

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE USO DE DROGAS

PERSON'S RIGHTS AND THE ISSUE OF
CONSTITUTIONALITY OF CRIME IN THE ILLICITE USE OF
DRUGS

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y LA CUESTIÓN
DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CRIMEN DE USO DE
DROGAS

* Professor da graduação e Pós-graduação Stricto sensu em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar e Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Professor no curso de Direito da UniFatecie, Brasil.
E-mail: alex.de.castro@hotmail.com

Alexander Rodrigues de Castro*

Silvio Toledo Neto**

** Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar – UniCesumar, Maringá (PR), Brasil.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Genealogia das drogas como método de revelação do seu processo de significação; 3 Julgamento do recurso extraordinário Nº 635.659: Criminalizar ou descriminalizar o uso de (quais) drogas; 4 Defesa dos direitos da personalidade através do devido processo legal diante do crime de uso de drogas; 5 Conclusão; Referências.*

RESUMO: Iniciamos com um breve estudo histórico sobre as drogas em sociedade, para depois procedermos a uma análise do Recurso Extraordinário nº 635.659 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, onde se questiona a constitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/2006 com relação aos princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, que são corolários dos direitos da personalidade. Concentramo-nos sobre o voto do ministro Luiz Roberto Barroso que optou pela descriminalização dessa conduta no que diz respeito à cannabis sativa, limitando como parâmetro objetivo para distinção entre as condutas de uso e tráfico a quantia máxima de 25 gramas do entorpecente. Na sequência, com apoio no direito comparado, elencamos alternativas ao uso do direito penal como meio regulamentador da questão.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade; Recurso Extraordinário nº 635.659; Uso de drogas.

ABSTRACT: Current paper comprises the history of drugs in society and investigates Extraordinary Act 635,659 in the Brazilian Supreme Court, questioning the constitutionality of art. 28 of Law 11,343/2006 with regard to constitutional principles on intimacy and private life, corollaries of the person's rights. The text will analyze the vote of Minister Luiz Roberto Barroso who defended the decriminalization of this behavior with regard to cannabis sativa, providing an objective parameter between usage and peddling the maximum quantity of 25 g of the drug. Comparative law reveals the alternatives in penal law as the issue's regulating medium.

KEY WORDS: Extraordinary Act 635,659; Illicit use of drugs; Person's rights.

RESUMEN: Iniciamos con un corto estudio histórico sobre las drogas en sociedad, para después proceder a un análisis del Recurso Extraordinario n° 635.659 en trámite en el Supremo Tribunal Federal, en que se cuestiona la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 11.343/2006 con relación a los principios constitucionales de la intimidad y de la vida privada, que son corolarios de los derechos de la personalidad. Nos concentramos sobre el voto del ministro Luiz Roberto Barroso que optó por la descriminalización de esa conducta en lo que dice respecto al cannabis *sativa*, limitando como parámetro objetivo para distinción entre las conductas de uso y tráfico la cantidad máxima de 25 gramos de la droga. En la secuencia, con apoyo en el derecho comparado, presentamos alternativas al uso del derecho penal como medio reglamentado de la cuestión.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la Personalidad; Recurso Extraordinario n° 635.659; Uso de Drogas.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é desenvolver um estudo atual do cenário jurídico brasileiro em relação à criminalização da conduta de uso de determinados entorpecentes, abordando o Recurso Extraordinário nº 635.659, atualmente em pauta no Supremo Tribunal Federal. Nesse recurso, discute-se a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei nº 11.343/2006, sustentada a partir dos direitos da personalidade do usuário de drogas, tais como o direito à autonomia, à vida privada e à intimidade, que – nessa abordagem – se chocariam com a criminalização da escolha individual do usuário em fazer uso de determinada substância, do que resultaria então que o próprio usuário seria autor e vítima da conduta criminosa.

Além da questão da constitucionalidade ou não da tipificação da conduta de uso de determinadas drogas, o problema em debate na Suprema Corte toca em questões maiores, em especial o combate ao tráfico de drogas, que seria fomentado especialmente pela demanda incessante por alguns entorpecentes, a desigualdade racial evidenciada pela seletividade penal no combate ao tráfico e aos altos índices de encarceramento decorrentes do subjetivismo determinado pela lei na distinção entre as figuras do usuário e do traficante. Classificar um indivíduo como usuário ou traficante quando detido com porções de drogas em uma região dominada pelo tráfico é tarefa difícil, tendo-se em vista o caráter subjetivo dos critérios da natureza e a quantidade de droga apreendida, circunstâncias pessoais do agente e o local onde ocorreu o flagrante. Tal subjetivismo mistura-se ainda com preconceitos raciais e sociais revelados pela maior propensão em se identificarem supostos usuários em bairros de classe alta, enquanto em bairros pobres e periféricos jovens com algum envolvimento com entorpecentes são desde logo presumidos como traficantes.

Os problemas da política de criminalização do consumo de entorpecentes são comuns a várias partes do mundo, fato que nos impõe a obrigação de tomar notas de como outros países no mundo estão lidando com estas mesmas questões acerca do tráfico e do uso de determinados entorpecentes. Esse direito comparado, entretanto, deve ocorrer ressaltando-se pontos peculiares da realidade brasileira, tais como o encarceramento em massa de pessoas pobres, negras e marginalizadas, bem como o poder do tráfico de drogas, que formam facções criminosas bem organizadas e, através do poder de fogo e da violência, dominam comunidades inteiras, ditando suas regras, confiscando menores para atividade ilícita e agregando outros delitos contra a vida e a propriedade.

O ponto alto da guerra às drogas deu-se na década de 1970, quando a maioria dos países uniram forças para combater as drogas, erigida então como um grande inimigo da família e dos bons costumes e, principalmente, como verdadeiro vírus mortal que ataca os jovens. Contudo, meio século após a implementação de tal política, ainda não se obteve o resultado que se almeja, qual seja, a erradicação das drogas do meio social. Em verdade, o uso de substâncias entorpecentes ilícitas continua extremamente difundido. Dessa forma, em vários lugares do mundo experimenta-se com regulamentações alternativas ao tradicional tratamento jurídico-penal.

De toda sorte, após perflustrar pontos cruciais relacionados ao referido recurso extraordinário em pauta no Supremo Tribunal Federal, passa-se a uma análise da questão a partir do devido processo legal, considerando-o como essencial para a compreensão de todo o sistema de regras, tendo natureza não apenas processual (como seu nome poderia fazer crer), mas também material. De tal forma, no conjunto de um sistema constitucional democrático, consideramos que o devido processo legal forma parte de uma base de defesa jurídica da vida, da liberdade, do patrimônio e dos direitos da personalidade. Em seu aspecto material, esse princípio regente exige que a produção de leis esteja em consonância com o conjunto de princípios fundamentais que norteiam a defesa dos direitos individuais. Já em seu aspecto processual, exigem-se normas de procedimento que sejam claras e bem definidas de forma a respeitar as garantias constitucionais.

Para fornecer bases mais sólidas para a discussão jurídica, iniciaremos com uma análise do uso de substâncias psicoativas em algumas sociedades ao longo da história, concluindo que a relação do ser humano com substâncias capazes de alterar o estado de consciência – seja para fins medicinais, religiosos ou recreativos – é a regra e não a

exceção. Dessa forma, fica claro que a percepção que se tem das drogas é fruto de uma construção social, definida a partir de determinado contexto cultural, social, político e econômico. Por consequência, também as definições de drogas, usuário e vício passam por esse processo de significação típica de cada época.

2 GENEALOGIA DAS DROGAS COMO MÉTODO DE REVELAÇÃO DO SEU PROCESSO DE SIGNIFICAÇÃO

Essa epistemologia das drogas é necessária na medida que se constata que as substâncias psicoativas sempre estiveram presentes nas mais diversas sociedades, o que nos impõe tecer um olhar crítico à questão da drogadição desvinculando-se da política do medo, que subsidia discursos de repressão às drogas a todo e qualquer custo, mesmo em detrimento da vida, da integridade física e psíquica, da honra, da imagem, da privacidade e da intimidade, dentre outros direitos da pessoa. É justamente pela política do medo que se deflagram enormes gastos do erário e se mantém o proibicionismo como tônica no combate às drogas por mais de um século. Porém, em sentido contrário, há vários estudos de cunho histórico e antropológico que demonstram “que o ser humano sempre se relacionou com substâncias capazes de alterar seu estado de consciência (psíquico) ou físico”¹. E, não obstante, as circunstâncias peculiares de cada época, “esses usos remetem aos mais diversos contextos” com objetivos diversos, tais como “celebrações de caráter religioso; para finalidades curativas (medicinal); em processos de interação social, festividades (recreativo) ou mesmo em razão das propriedades nutritivas”². Portanto, é possível anuir com a conclusão de que “aquilo que hoje se compreende por droga é uma construção social”, de modo que sua definição é, por essência, baseada no contexto cultural, social, político e econômico de cada época, sendo que “exatamente a mesma lógica deve ser aplicada às significações de adicção/vício/dependência, doença, etc.”, de modo que “é adequado dizer que se tratam de definições políticas (no sentido lato da palavra), permeadas por relações de poder e de saber por trás dos processos de significação”³.

448

Mesmo no Brasil, determinadas substâncias receberam significações distintas a cada época. Por exemplo, cite-se que “até o século XVII a cachaça era vendida como remédio ou produto de luxo, sendo vulgarizado seu uso ao longo do século XVIII” enquanto esse uso perdura até os tempos atuais, fazendo com que a cachaça seja um importante produto no mercado de consumo brasileiro e de grande importância na economia nacional. Aliás, fazendo referência ao Brasil colonial, o termo droga representava “uma ampla gama de produtos, do pau-brasil ao algodão ou mesmo às especiarias orientais como pimenta, canela e nóz moscada”⁴. Nesse mesmo sentido, outra substância psicoativa de especial relevo no cenário atual dos debates sobre as drogas, a maconha, também recebeu significações distintas em determinados períodos, pois “muito antes de ser chamada de ‘erva maldita’, a *Cannabis sativa* prestou importantes serviços à humanidade”, indo além do uso meramente medicinal de suas propriedades e chegando ao uso comercial, uma vez que “até o início do século 20, ela era um dos cultivos mais importantes para a indústria”. De tal forma, “sua fibra, mais forte que a do algodão, era o material mais indicado para a fabricação de cordas e tecidos resistentes”⁵. No Brasil, também se explorou o mercado do cânhamo, com cultivo voltado à “confecção de cordas e tecidos chegando inclusive a Coroa a fundar a Real Feitoria do Linho Cânhamo”⁶, iniciativa que não prosperou. O hábito de se fumar a planta, por sua vez, foi difundido especialmente pelos africanos. Inclusive, “evidências apontam que desde o século

¹ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 176.

² Idem.

³ Ibidem, 2019, p. 178.

⁴ Ibidem, 2019, p. 183.

⁵ ARAUJO, Tarso. Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional. 2. ed. São Paulo: Editora Leya, 2014, p. 131.

⁶ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio, op cit. 2019, p. 186.

XVI era permitido a escravos fumar em períodos de descanso”, sendo “de origem africana também as nomenclaturas utilizadas no Brasil para referir à mesma: *liamba, riamba e diamba*”⁷. Esta planta também foi explorada pelo nordeste brasileiro, que a utilizou como mercadoria de relevante lucratividade nos negócios estadunidenses, tendo presidentes como Benjamim Franklin e Thomas Jefferson como dois dos seus principais interessados, pois há registro que o “óleo de Cânhamo, gênero da *cannabis sativa*, conhecida popularmente como maconha, era extraído daquela planta e utilizada como combustível na produção da luz elétrica que chegava às ruas de algumas das grandes cidades dos Estados Unidos da América”⁸.

Diante das constatações que denotam que a significação dispensada às drogas em séculos passados era absolutamente contrária ao que conhecemos hoje por meio da política criminal do proibicionismo, certifica-se que antes do início do século XX “não se pode falar das drogas enquanto problema”⁹. Foi somente a partir deste século que se iniciou o estabelecimento da política de repressão a determinadas substâncias entorpecentes, quando então houve o “recurso às primeiras políticas proibicionistas diante do redesenho social e político do Estado brasileiro, da ascensão e consolidação de novos saberes (*as ciências do homem*, sobretudo), e uma nova racionalidade governamental sobre a população: *a biopolítica*”¹⁰. A partir do século XX, portanto, com a conjunção de nova perspectiva jurídica em relação às drogas, supostamente fomentada pelos novos saberes alcançados na literatura médica e concretizada com o avanço esmagador do poder das indústrias farmacêuticas, agregada à política de se ter as drogas como um grande mal à humanidade, chegou-se efetivamente a uma ruptura na significação social até então dispensada à drogadição, enraizando em seu lugar outra significação que, em sua essência, é marcada pela demonização dessas substâncias, fazendo com que o proibicionismo seja a ordem natural da política a ser adotada. O problema instalado ou, melhor esclarecendo, o problema, agora com vida gerada pelo medo, somente poderia ser combatido pela repressão às drogas, utilizando-se, para tanto, de severas penas a quem produzisse, comercializasse e usasse estas substâncias psicoativas.

Essa nova perspectiva do direito, somada aos “novos saberes médicos-psiquiátricos e posteriormente através da indústria farmacológica (que passaram a ter a hegemonia discursiva sobre os usos adequados destas substâncias)” e, definitivamente, com a “patologização de certas substâncias e de sujeitos (a criação do anormal: o toxicômano)”¹¹, foi a tônica que fomentou o início do proibicionismo em relação às drogas e que teve seu ponto alto na década de 1970, quando então assumiu a forma da guerra contra as drogas. Contudo, outros elementos fomentaram essa política criminal de repressão que durou ao longo do século XX e permanece neste século. Mais precisamente “na década de 1920 um novo elemento entraria em discussão: a ótica higienista”¹². Elementos como a implantação de políticas sanitaristas e higienistas, mudanças no ideário social acerca das drogas, um novo projeto político a partir do século XX, especialmente considerando a recente abolição da escravatura, a urbanização crescente, a pobreza e a questão social, bem como a ordem mundial que estabelecia o proibicionismo como projeto político a ser adotado por todos os países¹³, concretizaram a política de repressão às drogas e fez com que a maioria dos países adotasse a criminalização de determinadas substâncias psicoativas como meio de se combater o grande mal que avançava contra a saúde pública e possuía como objetivo destruir, supostamente, a pessoa e a família.

⁷ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio, op cit. 2019, p. 186.

⁸ ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governamentalidade Neoliberal: uma genealogia da redução de danos. Florianópolis: Insular, 2014, p. 54.

⁹ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. op cit., 2019, p. 180.

¹⁰ Idem.

¹¹ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio, op cit., 2019, p.192.

¹² Ibidem, 2019, p. 194.

¹³ Ibidem, 2019, p. 192-3.

Como referido, a partir do século XX, a interdisciplinaridade ingressava com mais intensidade no mundo jurídico, especialmente os saberes desenvolvidos pela literatura médica, considerando que “a significação médica dada a estas substâncias mudou substancialmente na última década do século XIX e primeiras do século XX”, sendo que é neste período “da virada do século que o problema médico-científico das drogas começa a ser efetivamente construído”¹⁴. E, com esta nova construção social dispensada às drogas, cria-se, através da patologização de determinadas substâncias, a figura do toxicomaniaco ou adicto e, com isto, se “institucionalizou o campo científico da psiquiatria no Brasil”, de modo que, “como produto deste saber e de seus critérios de verificação por meio da chave normal-patológico, tem-se a criação de uma nova subjetividade anormal: o toxicômano”. Inevitavelmente se há uma patologia, deverá haver a busca por técnicas e remédios que visam a cura da toxicomania, que restou por ser tratada conjuntamente com a loucura e o crime, sendo esse o ponto “central para a consolidação de uma hegemonia da representação psiquiátrica sobre drogas na medicina brasileira.”¹⁵

A definição do usuário como dependente de drogas também se modificou ao longo do tempo, uma vez que “até meados do século XX, os farmacologistas entendiam que a familiaridade com diferentes tipos de substâncias decorreria na diminuição da intoxicação”¹⁶. Logo, entendia-se que o uso prolongado e habitual de determinadas substâncias resultaria em um costume gradativo do usuário para com a substância ministrada. No entanto, esta ótica foi alterada pela postura repressiva às drogas, deixando de reconhecer o fator da tolerância desenvolvida pelo usuário, entendida como “a capacidade de uma droga entrar em contato com o organismo sem causar graves efeitos nocivos, passando a perceber que a frequência no uso possibilitaria uma melhor adequação ao organismo”¹⁷, para então adotar outro entendimento, o de que o uso reiterado, habitual e contínuo de substâncias psicoativas resultaria no uso abusivo de drogas. Essa ideia “utilizada por diversos profissionais da saúde acaba sendo empregada de forma bastante problemática”, especialmente considerando que “na medida em que os juízos de valores passam a ser presentes nas práticas e diagnósticos destes profissionais que atribuem uma doença normalmente chamada de dependência química”¹⁸. De qualquer forma, muito se afirma que “os modelos atuais de dependência tendem a localizar as causas dos padrões de uso de drogas dentro do corpo ou cérebro do indivíduo, afastando fatores relacionais e contextuais”¹⁹ e, inevitavelmente assim qualifica qualquer usuário, sem reconhecer a possibilidade do convívio com o uso de certas drogas, adotando-se, para tanto, posturas que visam a diminuição dos riscos.

A partir desse contexto, que perdurou até chegar o século XXI revela-se que com o diagnóstico de abuso de drogas, o usuário é tratado como doente, passando então a ser estigmatizado no meio social, devendo, a partir desse diagnóstico, ser medicado e tratado, enquanto que para combater o acesso a estas substâncias supostamente degenerativas da moral e da ordem cívica, resta a proibição da produção, comercialização e uso. Portanto, justamente “a partir da interseção dos saberes médicos e jurídicos, das técnicas de melhoramento populacional por práticas higienistas e moralizantes, de uma difusão midiática preocupada com a degenerescência do povo e com a patologização de determinadas substâncias em si” que se deflagra “uma nova estratégia de governo populacional: o dispositivo das drogas”²⁰. É possível afirmar assim que o “saber/poder que investe sobre a vida da população (biopolítica), e que

¹⁴ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio, op cit. 2019, p. 197.

¹⁵ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio, op cit. 2019, p. 198.

¹⁶ ROSA, Pablo Ornelas. Drogas e a Governamentalidade Neoliberal: uma genealogia da redução de danos. Florianópolis: Insular, 2014, p. 64.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ PBPD, Plataforma Brasileira de Política de Droga. Plato: Drogas e Políticas. Diretrizes Para Redução de Riscos no Uso de Cannabis: uma atualização abrangente de evidências e recomendações. Editora da Plataforma Brasileira de Política de Droga, setembro 2017, v. 2, p. 79.

²⁰ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio, op cit., 2019, p. 214.

tem como finalidade o melhoramento, o aperfeiçoamento da população, a regeneração da raça, está inserido em um projeto de formação de uma nova nação”²¹.

3 JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659: CRIMINALIZAR OU DESCRIMINALIZAR O USO DE (QUAIS) DROGAS

Está em pauta no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 635659²², que possui por objeto a compatibilidade ou não da tipificação do porte de drogas para consumo pessoal, previsto no artigo 28 da lei 11.343/2006, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, que são corolários dos direitos da personalidade. A discussão central é em torno da descriminalização do uso das drogas, especificamente se o uso deve ser conduta tipificada pelo Direito Penal na condição de *ultima ratio* do ordenamento jurídico, ou se deve ser o uso disciplinado pelas demais áreas do direito, como o Direito Administrativo (com previsões de apreensão, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde, dentre outras medidas) e o Direito do Consumidor, como a regulamentação do mercado de consumo, tal como tem acontecido no Uruguai, onde através de previsão legal disciplinou-se que “o controle estatal abrange a importação, a exportação, o plantio, o cultivo, a colheita, a produção, a aquisição, o armazenamento, a comercialização e a distribuição de *cannabis* e seus derivados”. Essa legislação regulamenta especialmente a maconha, “sendo permitido o uso para fins medicinais e de pesquisa, mediante autorização e controle do Ministério de Saúde Pública”. Disciplina ainda que “outros usos de *cannabis* serão regulados pelo Instituto de Regulação e Controle de *Cannabis* (IRCCA)”, enquanto “o cânhamo, *cannabis* de uso não psicoativo (teor inferior a 1% de THC), fica a cargo do Ministério de Pecuária, Agricultura e Pesca”²³.

De toda sorte é importante distinguir os termos utilizados nesse assunto, uma vez que a abolição da pena privativa de liberdade já ocorreu para o delito de porte de drogas para consumo pessoal por ocasião da atual lei de drogas, restando somente a aplicação de penas alternativas, como a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programas ou curso educativo. Como o nome sugere, descriminalizar é deixar de tipificar determinada conduta como crime, podendo se dar de duas maneiras, “uma delas é a descriminalização *de jure*, ou seja, feita por uma mudança de lei” e “a outra é a chamada descriminalização judicial que muda o modo de aplicar a lei, sem que ela mesma seja alterada”. A última caracteriza “uma descriminalização na prática, que depende da atuação dos juízes no dia a dia”²⁴. Portanto, normalmente quando se fala em descriminalizar, relaciona-se com o crime de posse de drogas para consumo pessoal. E, no que condiz à legalização, normalmente está relacionada a uma opção política, devendo então ser processada pelo Poder Legislativo que, reconhecendo a descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal, regulamentaria o modo de aquisição, a quantidade e a qualidade da droga, bem como disciplinaria políticas públicas mais eficazes para redução de danos.

Uma onda de abolicionismo tem atingido e questionado duramente a política proibicionista que deflagra a repressão inclusive contra o uso de drogas, uma vez que com o passar do tempo tem-se demonstrado que “não tratar

²¹ Ibidem, 2019, p. 196.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635659. Tema 506 – Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso: 04 julho 2020.

²³ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera Maria. Abolicionismos Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 33.

²⁴ ARAUJO, Tarso. Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional. 2. ed. São Paulo: Leya, 2014, p. 269.

usuários de drogas como criminosos é uma tendência na Europa e na América Latina”²⁵. Exemplos como Portugal, Espanha, México, e especialmente vários Estados dos Estados Unidos, país que mais sustentou a bandeira da guerra às drogas, como também o Uruguai, modificaram suas legislações proibicionistas em busca de alternativas menos gravosas ao cidadão e menos dispendiosas para o Estado, pautadas no reconhecimento dos direitos do homem. Na data de “1º de julho de 2001, Portugal tornou-se o primeiro país a mudar sua lei para descriminalizar as atividades ligadas ao consumo de todo e qualquer tipo de droga”. Definiu-se, porém, que “usar ou portar drogas continua sendo ilegal no país, o que significa que a polícia ainda pode notificar alguém que for flagrado com substâncias ilícitas”, contudo, “a diferença é que o usuário não pode ser levado para a delegacia, e tudo o que lhe acontece a seguir não tem nenhuma relação com a esfera criminal”²⁶.

Na América Latina, o grande exemplo de mudança do proibicionismo para uma abordagem mais abolicionista na questão das drogas é o Uruguai, mais especificamente a partir da lei 19.172/2014, país que “escreveu um novo capítulo na história das políticas de drogas, ao promulgar uma lei que regulamenta o comércio de maconha para uso recreativo, medicinal, industrial e científico”. A proposta dessa legislação “veio do Poder Executivo, em julho de 2012, quando o país atravessava uma crise de violência associada ao narcotráfico”²⁷. Nessa mesma sintonia, também descriminalizando o uso da *cannabis*, os EUA se mostraram pioneiro quando, “em 2012, plebiscitos nos Estados de Colorado e Washington aprovaram a Emenda 64 e a iniciativa 502, respectivamente, legalizando a erva para uso recreativo em mercados regulados como o do álcool”. É de se notar que, “apesar de a iniciativa contrariar diretamente a lei federal, o então presidente Barack Obama deu aos Estados a garantia de que sua autonomia legislativa seria respeitada, como é tradição naquele país”²⁸.

No Brasil, como asseverou o ministro Luiz Roberto Barroso, por ocasião de seu voto no Recurso Extraordinário 635.659, o problema é bem mais grave que na maioria dos outros lugares devido ao poder do tráfico de drogas. Não obstante a importância de se analisar os direitos dos usuários a partir de seus fundamentos constitucionais, em especialmente os direitos da intimidade, privacidade e autonomia pessoal, o grande problema a ser enfrentado é o poder do tráfico de drogas que, conjugando uma série de crimes correlatos à sua atividade, dominam comunidades inteiras, mormente as mais pobres.

Especificando Barroso que, no caso dos autos em julgamento, se trata da substância psicoativa conhecida por maconha, onde se processa um homem, então presidiário à época dos fatos, por portar a quantia de 3 gramas da droga para consumo pessoal, de modo a ser ressaltado pelo eminente ministro que seu posicionamento pela descriminalização seria vinculado estritamente a esta substância psicoativa. E, sopesando, por sua vez, o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal como marco na defesa e proteção dos direitos fundamentais e o dever de rever, a partir do pragmatismo jurídico, a contextualização (circunstâncias objetivas da realidade) e o consequencialismo (consequências que a decisão vai produzir no mundo real), defendeu em seu voto que a descriminalização é uma forma de combater o poder do tráfico de drogas, já que a proibição fornece ao criminoso e sua organização o monopólio de produtos cuja demanda pelo homem nunca foi ceifada da sociedade, criando então o mercado negro das drogas. Para tanto, estabeleceram-se algumas premissas “fáticas e filosóficas” que nortearam o seu convencimento pela descriminalização do uso de *cannabis*:

1. consumo de drogas é uma coisa ruim e, conseqüentemente, o papel do Estado e da sociedade deve ser o de desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico;

²⁵ Idem.

²⁶ ARAUJO, Tarso, op cit., 2014, p. 273.

²⁷ Ibidem, 2014, p. 268.

²⁸ Ibidem, 2014, p. 260.

2. o fracasso da guerra às drogas que, deflagrada especialmente nos anos de 1970, não coibiu o consumo que continua crescente, não se tratando adequadamente o dependente e criando reserva de mercado para o tráfico, cada vez mais poderoso;

3. deve-se olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira, isto considerando que nessa realidade o problema das drogas não é somente o usuário, mas principalmente a questão do poder do tráfico de drogas, diferentemente de outros países. O tráfico desempenha concorrência desleal a qualquer atividade lícita e revela uma tragédia moral brasileira, pelo que retira das famílias pobres a possibilidade de educar os seus filhos na honestidade. Portanto, para se neutralizar o poder do tráfico deve-se tomar a medida radical de acabar com a ilegalidade das drogas em sua produção, distribuição e consumo.

Estabelecendo prioridades em seu argumento, visando como primeiro objetivo acabar com o poder do tráfico de drogas e, em segundo, reconhecer que se deve combater o problema carcerário onde jovens primários e pobres, especialmente negros, lotam os presídios como traficantes e passam a cursar a escola do crime e o círculo vicioso de violência, onde se começa o que denominou de: “genocídio brasileiro”. E, só por último então, deve vir a questão do usuário de drogas. E isso não por ser menos importante, mas em vista do fato de se tratar de opção pessoal, onde o sujeito assume o risco deliberadamente de praticar a conduta, enquanto o risco de uma atividade não se justifica por si só para ser criminalizada.

Afirmando que “em uma democracia não tem tabu”, o ministro Barroso se propõe a utilizar o caso desses autos para promover uma medida de combate ao tráfico de drogas, o principal vilão do cenário da guerra às drogas. O consumidor não deseja pactuar com o crime organizado, antes, preferiria a segurança legal para exercer sua liberdade através de suas buscas. Aliás, afirma-se que, pelo fato do uso ser crime, prejudica-se o próprio bem jurídico tutelado, a saúde pública, uma vez que o usuário se afasta de toda e qualquer autoridade com receio de ser identificado e processado criminalmente. A criminalização da conduta individual do uso e, conseqüentemente, a maneira clandestina de aquisição de drogas pelo usuário outorgam então poder ao tráfico de drogas que, vale a pena registrar, é o núcleo lucrativo das organizações criminosas, as quais congregam outros delitos de intensa gravidade, como o tráfico de armas, a cooptação de menores para traficância e o controle de comunidades inteiras, especialmente aquelas onde vivem os marginalizados e pobres.

A violência gerada pelo crime organizado no controle da atividade de tráfico de drogas é fruto da criminalização das drogas. Melhor explicando, “uma das dificuldades de vender drogas ilícitas é que, à margem da lei, os comerciantes não têm a quem recorrer quando alguma coisa dá errado”. A violência surge assim como mecanismo de controle no submundo das drogas. Suponhamos: “Quando um fornecedor entrega droga de baixa qualidade ou um cliente deixa de pagar, o que o traficante pode fazer? Procurar um advogado ou chamar a polícia não dá. O jeito é resolver seus problemas com violência”. Afinal, “ser temido é a melhor – e geralmente a única – forma de ser respeitado nesse negócio. Quem não constrói essa reputação acaba perdendo espaço para quem faz valer sua valentia”²⁹.

No que diz respeito à rentabilidade desse mercado ilegal, vários são os relatos de que as drogas enriqueceram grupos criminosos pelo mundo inteiro. Por exemplo, “no início dos anos 1980, o colombiano Diego Montoya abandonou os tradicionais negócios de sua família com a pecuária e a cafeicultura em nome de um negócio bem mais lucrativo: o refino de cocaína”. Constatou-se que “ele comprava pasta-base no Peru para processá-la em laboratórios nas suas terras no *Valle del Norte* e depois vendia a droga para chefões do cartel de Cáli”. Com a lucratividade em alta e “para facilitar a importação da matéria-prima, ele comprou vários aviões e construiu pistas de pouso clandestinas”, de modo que seu negócio perdurou por “mais de uma década e cresceu a ponto de sua quadrilha tornar-se uma das maiores fabricantes de cocaína do país – e do mundo -, com uma produção de cerca de 4 toneladas de cocaína por

²⁹ ARAUJO, Tarso, op cit., 2014, p. 101.

mês³⁰. Na Itália, “a máfia calabresa *Ndrangheta* migrou dos sequestros para o tráfico de cocaína na década de 1980, para tornar-se um dos principais fornecedores de droga da Europa, faturando cerca de US\$ 35 bilhões por ano³¹.”

A criminalização do uso das drogas ilícitas, portanto, gera poder. Não se fala necessariamente em abolir a ilegalidade da conduta do tráfico de drogas. O que se defende é distinguir de maneira mais precisa o usuário do traficante, regulamentar o consumo, a produção e a aquisição de determinadas substâncias psicoativas que mesmo diante da proibição persistem em ser utilizadas. No caso da maconha, especificadamente a droga apreendida nos autos em pauta no Supremo Tribunal Federal, há exemplos de outros países que adotaram previsões legais objetivas de quantidade para distinguir o usuário do traficante, em Colorado e Washington “a lei permite a compra de até 28,5 gramas por vez, para maiores de 21 anos (mesmo turista), em locais habilitados pelo governo para esse tipo de comércio”. A conduta criminosa consiste em “consumir a droga em locais públicos e dirigir sob efeito dela³²”. Na Espanha, a fuga dos usuários do tráfico de drogas fez com que se desenvolvesse os “clubes sociais de *cannabis*”, consistente em grupos de pessoas que compõem um circuito fechado de seus membros e, através de suas mensalidades normais como de todo e qualquer clube, conseguem “obter maconha de origem controlada e os torna independentes do crime organizado, ao mesmo tempo que recolhem impostos para o governo e mantém menores de idade e turistas afastados de sua produção de maconha³³”. Uma questão, aliás, ainda insatisfatoriamente abordada quanto à quantidade de entorpecente é a possibilidade de considerar um montante diminuto como abarcado pelo princípio da insignificância³⁴.

Como bem deve ser ressaltado, não está se afirmando que drogas sejam boas, antes, justamente reconhecendo o alto poder de destruição à vida humana associada às mazelas da outorga do poder ao tráfico de drogas, que se busca uma política de redução de danos. Na 2ª edição da revista *Plato – Drogas e Políticas*, publicada pela Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD), ao estudar as Diretrizes para Redução de Riscos no Uso de *Cannabis* (DRRUC), concluiu-se que “as evidências indicam que uma extensão significativa do risco de consequências adversas à saúde causadas pelo uso de Cannabis pode ser reduzida a partir de escolhas informadas de comportamento por parte dos usuários”. Especifica-se através do estudo que diretrizes “baseadas em evidências servem como uma ferramenta de educação para a população em geral e de intervenção, informando os usuários sobre escolhas possíveis para melhores resultados em termos de saúde pública”. É nesse sentido que se encontra justificativa na proposta uruguaia, pois ela tem representado, antes mesmo de se falar em combater o tráfico de drogas, verdadeira “preocupação em proteger o bem jurídico saúde pública, utilizando o Estado (seja via órgãos estatais como Ministério da Saúde, seja através de pessoas jurídicas de direito público não estatal para implementação da política quanto à cannabis)”. Sendo certo que mesmo diante da criminalização as drogas não são extirpadas do meio social, a legislação do Uruguai visa então “minimizar riscos e reduzir danos, fornecendo informação, educação e prevenção sobre as consequências e os efeitos associados ao consumo de drogas em geral, inclusive estabelecendo regras quanto ao tratamento, à reabilitação, à reinserção dos usuários problemáticos de drogas³⁵”.

³⁰ Ibidem, 2014, p. 116.

³¹ Ibidem, 2014, p. 131.

³² ARAUJO, Tarso, op cit. 2014, p. 260.

³³ ARAUJO, Tarso, op cit., 2014, p. 262.

³⁴ Independentemente do próprio caráter problemático do princípio da insignificância tal como usado no Brasil, conforme já demonstrado em DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 74, pp. 39-64, jan./jun. 2019; DE CASTRO, Alexander; MACRÌ, Francesco. Il problema dei delitti di bagatella nell'emergenza dello stato costituzionale: breve analisi dell'evoluzione del suo trattamento tecnico-dogmatico in Brasile e in Italia. Revista direitos sociais e políticas públicas - UNIFAFIBE, Bebedouro, v. 6, n. 2, pp. 538-579, 2018; DE CASTRO, Alexander; MACRÌ, Francesco. Insignificância e tenuidade do fato enquanto excludentes de tipicidade: uma análise da escassa lesividade da conduta nos sistemas penais brasileiro e italiano. Revista da faculdade de direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 39, pp. 49-64, 2018.

³⁵ FISCHER, Benedikt; RUSSELL, Cayley; SABIONI, Pamela; VAN DEN BRINK, Wim; LE FOLL, Bernard; HALL, Wayne; REHM, Jürgen; ROOM, Robin. Diretrizes para redução de riscos no uso de Cannabis: uma atualização abrangente de evidências e recomendações. *Plato: Drogas e Políticas*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 9-52, set. 2017, p. 11.

Esta subjetividade deferida na legislação brasileira antidrogas, especialmente dispensada no critério de distinção entre a condição de usuário ou traficante fomenta a descriminalização social e racial. É dever registrar que é muito mais fácil reconhecer um usuário de drogas em um bairro de classe alta, enquanto também há grande probabilidade de se confundir jovens negros em periferias como traficantes e integrantes de organização criminosa, sendo “exatamente neste ponto em que a questão cruza com o fator estrutural do sistema penal e de hierarquização racial no país”, ou como tratado há pouco, concretiza-se o denominado genocídio brasileiro. Notadamente, a maior parte dos presidiários brasileiros são negros. Cita-se, para tanto, o “relatório de levantamento de informações penitenciárias realizado em 2016, 53% da população brasileira se declara negra, e 64% dos presos no sistema penitenciário nacional são negros”³⁶. Essa condição legal, portanto, prevalece em sentido contrário ao fundamento da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e que visa também erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais³⁷, ao que se denota desde logo, a condição ilegítima da criminalização do uso de drogas em vista do Estado democrático de Direito.

Nas razões de quem postula pela guerra às drogas através do proibicionismo, normalmente compreende o argumento de que as “drogas fazem mal, então seu uso deve ser desencorajado”, ou que “é preciso proteger as crianças do uso de drogas, e proibir o uso manda uma mensagem de que isso é errado”, ou que os “usuários devem ser combatidos porque são eles que alimentam o tráfico de drogas”. Contudo, denota-se que tais posicionamentos são oriundos da crença de que proibir o uso ajuda a controlar a demanda, pois presumem que “o medo de ser punido, de ser estigmatizado por uma condenação por uso de drogas e consequente barreira simbólica cumpriram a missão de desencorajar as pessoas a usar substâncias proibidas”. E, nesse sentido, acredita-se que a criminalização tornar-se-ia a maneira adequada de se coibir a drogadição e que a descriminalização do uso “removeria todos esses entraves e deixaria a população mais propensa a se drogar, além de mandar uma mensagem errada para a população, de que usar drogas é algo aceitável”³⁸.

Contudo, esses argumentos foram colocados à prova ao longo do tempo, especialmente após os próprios anos altos do proibicionismo, na década de 1970 com os movimentos de contracultura. Ademais, após alguns países regulamentarem o uso de determinadas drogas, tanto de maneira geral em certos países europeus ou especificadamente a maconha, “a prática mostrou que a descriminalização tem pouco ou nenhum efeito sobre o consumo”. Aliás, pode ser citado que “na Europa, por exemplo, países que não punem usuários, como Itália e Alemanha, têm taxas de consumo menores do que países que castigam seus usuários com penas de prisão, como Reino Unido e França”. Ainda, cita-se que no “Portugal, que descriminalizou o uso de todas as drogas em 2001, não teve mudanças de consumo significativas nos primeiros seis anos da nova lei, como previam os opositores da nova política – e ainda viu o uso diminuir entre adolescentes”³⁹.

Naturalmente é possível vislumbrar que onde há políticas públicas com informações corretas sobre os danos gerados pelas drogas e a melhor maneira de reduzir os danos ao utilizá-la, os riscos inerentes do uso indevido dessas substâncias tendem a diminuir. Afinal, “em ambientes de legalização, há oportunidades de intervenção que podem modificar o comportamento dos usuários de Cannabis e minimizar os impactos na saúde pública”⁴⁰.

³⁶ DIAS, Felipe da Veiga; SILVEIRA, Alexandre Marques. Usuários de Drogas e Tratamentos Seletivos no Século XXI: Entre a estigmatização e a legitimação por meio dos crimes dos poderosos. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 18, n. 3, pp. 739-765, setembro/dezembro 2018, pp. 742-3. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6617>. Acesso em: 25 ago. 2019.

³⁷ BRASIL. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³⁸ ARAUJO, Tarso, op cit., 2014, p. 270.

³⁹ Idem.

⁴⁰ FISCHER, Benedikt; RUSSELL, Cayley; SABIONI, Pamela; VAN DEN BRINK, Wim; LE FOLL, Bernard; HALL, Wayne; REHM, Jürgen; ROOM, Robin, op cit., 2017, p. 15.

4 DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ATRAVÉS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL DIANTE DO CRIME DE USO DE DROGAS

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV, estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, consagrando-o como princípio base ao ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um princípio regente, essencial para compreensão de todo o sistema de regras, que é aplicado tanto no direito material como no direito processual. Sendo obrigatório, portanto, que se faça uma análise da questão das drogas a partir do devido processo legal, especialmente em busca de soluções proporcionais àquilo que se espera de um Estado democrático de Direito. Afinal, é possível afirmar que a vida, a liberdade, o patrimônio e os direitos da personalidade encontram proteção à sua vitaliciedade na constituição que adote o *due process of law* como princípio expresso em sua carta política, servindo então como base geral à interpretação e aplicação da norma constitucional e infraconstitucional, bem como ao processo legislativo e a função executiva.

A análise da repressão penal à luz desse (bem como de outros princípios constitucionais) é fundamental à construção de um direito penal democrático⁴¹. O devido processo legal é princípio constitucional fundamental, que está inserido expressamente no Título II da Constituição Federal, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, expressando desde logo no *caput* do artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. De tal sorte que o devido processo legal, positivado nesse artigo, serve como mecanismo de defesa destas garantias fundamentais, considerando especialmente seus dois ângulos de atuação, substancial (*substantive due process*) e processual (*procedural due process*), onde aquele “indica a incidência do princípio no que diz respeito ao direito material ou substancial”, enquanto este, por sua vez, indica “a aplicação do princípio ao direito processual ou instrumental”⁴².

O devido processo legal de cunho substancial ou material é destinado a garantir que o processo legislativo e a atuação da administração pública, ou até mesmo a do Poder Judiciário quando da análise da constitucionalidade das leis, estejam em consonância com a razoabilidade. O âmbito substancial do devido processo legal “ou princípio da razoabilidade, é destinado a evitar os abusos cometidos no Legislativo e na administração”, sendo nesse sentido que o devido processo legal surge como mecanismo de defesa dos direitos da personalidade em questões cruciais e complexas como a criminalização do uso de drogas, pois permite ao Poder Judiciário reavaliar a constitucionalidade de legislação infraconstitucional quando desproporcional com a Constituição Federal, situações de conflitos e prejuízos ao fazer valer a norma, tais como quando: “(a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”⁴³.

Não é muito polêmico afirmar que a política criminal de drogas atualmente instituída não conduz a resultados proporcionais às garantias do cidadão. Igualmente razoável é constatar que a proibição do uso de drogas gera poder ao crime organizado na medida que a demanda pela substância não cessa mesmo com a existência da criminalização da conduta. Evidencia-se, assim, que a legislação antidrogas brasileira tem gerado muito mais prejuízos que benefício ainda que busque justificar-se por supostamente proteger a saúde pública, principal bem tutelado pela criminalização

⁴¹ CASTRO, Alexander de. O legislador entre “felicidade pública” e “máxima felicidade”: contribuição à história da filosofia jurídica às vésperas da era dos direitos. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 41, pp. 97-119, dez. 2019; DE CASTRO, Alexander. “Boa razão” e codificação penal: apontamentos sobre a questão penal setecentista em Portugal (1769-1789). Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 111, pp. 105-143, 2015; DE CASTRO, Alexander; RI JUNIOR, Arno Dal. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. Sequencia, v. 29, n. 57, pp. 261-284, 2008.

⁴² SÁ, Renato Montans de; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Processo Civil I: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 105-6.

⁴³ Ibidem, 2012, p. 106.

da conduta do uso de determinadas substâncias. Existindo a demanda, haverá oferta. Vale dizer que, como no caso dos autos em pauta na Suprema Corte brasileira, onde se apura a apreensão de um detento com pequena porção de maconha para consumo pessoal, o uso dessa substância tornou-se habitual, sendo impossível sua erradicação do meio social. Aliás, quando se estuda a genealogia das drogas, uma vez considerando que as substâncias devem ser analisadas de maneira individual, constata-se que o homem sempre se relacionou com substâncias capazes de alterar sua percepção, seja para fins religiosos, medicinais ou recreativos.

A desproporcionalidade da tipificação da conduta positivada no artigo 28 da lei n. 11.343/2006 também se revela na opção de qual campo do direito será dispensada para sua regulamentação. No Brasil, é utilizado o direito penal como forma de regulamentação do uso de certas drogas, não obstante sua criminalização seja supostamente para proteger, de modo geral, a saúde. E, conforme já exposto em momento anterior, quando da comparação de como outros países lidam com os problemas das drogas, há outros meios jurídicos menos gravosos aos direitos inerentes do homem e que apresentam resultados mais eficazes. Resguarda-se, pois, muito mais a intimidade, privacidade e autonomia, quando o Estado trata os usuários de drogas como pessoas doentes ou, em casos de uso recreativo, dispensa informações adequadas capazes de reduzir os danos gerados pelo uso indevido. Logo, outras áreas jurídicas se revelam mais apropriadas que a penal, tais como o direito administrativo e o direito do consumidor. Dessa forma, a desproporcionalidade da criminalização do uso de drogas também se revela na medida em o direito penal não é estritamente necessário (*ultima ratio*) para regulamentá-lo, desrespeitando-se assim o princípio da fragmentariedade do Direito Penal em nosso sistema jurídico, eis que há meio alternativo para chegar ao mesmo resultado. E na verdade, poder-se-ia dizer, alcançar até melhor resultado com respeito à liberdade e aos demais direitos da personalidade.

Especificamente no artigo 28 da Lei de Drogas, o que se proíbe, como já demonstrado, é a conduta do uso, que diz respeito somente à pessoa do usuário no exercício de sua autonomia, essencialmente ligada à vida privada e intimidade. Sendo o agente do crime de uso autor e vítima de sua própria ação, choca-se a tipificação de tal conduta com o próprio princípio da lesividade, se interpretado de acordo com a ideia de autonomia individual derivada da ideia segundo a qual a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Ademais, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Assim, a política criminal de drogas, que é pautada no proibicionismo da conduta individual perpetrada na esfera privada, revela-se intervenção desproporcional do Estado, pois há na Constituição Federal reconhecimento pético de direitos inalienáveis à pessoa, mormente as garantias constitucionais reveladas pelos direitos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade e autonomia, o direito à liberdade e o direito à honra. Agravam-se, pois, os danos a esses direitos, a estigmatização da pessoa do usuário que é tratado como criminoso, que é, inclusive, o fator que afasta o dependente químico ou as pessoas que precisam de ajuda e tratamento com profissional da saúde. Portanto, no lugar do trato criminal desproporcional dispensado ao usuário, o mal das drogas deve ser combatido pela saúde pública com atendimento adequado e não com pena que ceifa a dignidade e a cidadania do ser humano.

A proporcionalidade em sentido estrito exigido pelo devido processo legal em seu sentido substancial consiste em requerer da legislação infraconstitucional resultados que menos coloquem a perder direitos essenciais ao homem. Obviamente, não é o que ocorre na aplicação da lei de drogas, em especial no que condiz ao crime de uso, onde a inconstitucionalidade se mostra principalmente pela desproporcionalidade entre a tipificação da conduta (criminalização) e a sua penalização, inviabilizando o exercício dos direitos da personalidade pela incidência de conduta autônoma e individual como crime de uso de psicoativos ilícitos. Ocorrendo a inviabilidade da intervenção penal, o princípio da necessidade ou da economia do direito penal – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* – revela-se como base sólida a denunciar a inconstitucionalidade do dispositivo legal proibicionista voltada ao uso de drogas, uma vez que nesse princípio garantista, encartado na Constituição Federal de 1988 e especialmente registrado no artigo

8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, exige que a lei apenas estabeleça penas estrita e evidentemente necessárias.

Seguindo o entendimento que os direitos da personalidade podem ser positivos ou negativos⁴⁴, no âmbito da questão em tela, o devido processo legal em seu sentido material relacionar-se-ia com os direitos negativos, uma vez que visa a limitação do poder estatal, ou melhor, uma abstenção deste em favor do cidadão. Os direitos da personalidade concernentes ao caso são os direitos à vida privada, à intimidade, à autonomia e à integridade psíquica. Considera-se, pois, a existência de certos direitos naturais do homem, os quais são anteriores a formação do Estado, que os deve respeitar e promover⁴⁵.

O sentido processual do devido processo legal corresponde ao direito fundamental do cidadão de se obter do Estado um processo justo e equitativo, tratando-se de um supraprincípio que determina o respeito a outros diversos princípios para cada área de atuação do direito⁴⁶. E, nesse sentido, relaciona-se com a questão das drogas, não somente com relação ao rito do processo penal que é dispensado nos casos de tráfico de drogas, mas também no que diz respeito à definição do que é posse de drogas para consumo pessoal ou aquilo que será enquadrado como conduta de tráfico de drogas. Vale reiterar que nos termos do artigo 28, § 2º da Lei de Drogas não há requisitos objetivos e precisos. Ao contrário, esta persiste como legislação insegura, marcada pela imprecisão da subjetividade, uma vez que 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.

No complexo trato dos males ocasionado pela drogadição, a forma desejada pelo legislador para distinguir o usuário do traficante é evidentemente de ordem subjetiva, o que acarreta confusões e interpretações distintas acerca de cada caso em concreto⁴⁷, gerando o fortalecimento de prisões indevidas, voltadas especialmente para aqueles que vivem nas periferias, onde geralmente o poder do tráfico de drogas estabelecem suas bases. Vale dizer, a subjetividade dispensada na lei de drogas no que diz respeito à definição de uso ou tráfico, favorece o reconhecimento de usuários em bairro de classe alta, enquanto desfavorece o usuário de drogas flagrado em bairro pobre. A ausência de especificidade nessa definição legal pode culminar em medidas desproporcionais, tais como “depositar” um usuário de drogas em um presídio como traficante, aumentando seu envolvimento com a criminalidade.

458

É dever do Estado dispor aos cidadãos critérios legais seguros de definição de usuário e traficante. Afinal, não obstante tratar-se ainda o uso de drogas como conduta típica, quem é de fato somente usuário não deseja responder como traficante. Em outras palavras, se há distinção legal entre a figura do uso e do tráfico, essa insegurança gerada pela subjetividade legal é fonte de arbitrariedade e injustiças, cometidas especialmente nos bairros mais pobres e marginalizados, deflagrando sua pior face contra a população pobre e negra da periferia. Portanto, a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343/2006 é marcada também através do devido processo legal em seu sentido processual, uma vez considerada a ausência de especificidade objetiva capaz de regulamentar a questão das drogas de maneira equitativa.

⁴⁴ Em paralelo com a compreensão dos direitos fundamentais, onde é já tradicional classificá-los em positivos e negativos segundo digam respeito à faculdade de demandar prestações do Estado ou à faculdade de exigir do Estado a abstenção em sua esfera de liberdades pessoais. Veja-se RICCIPELLI, Antônio. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Barueri: Editora Manole, 2007, p. 108.

⁴⁵ JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004, p. 65.

⁴⁶ Sobre o princípio do devido processo legal no Brasil, veja-se JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004, p. 68.

⁴⁷ Tal inconveniente é ainda agravado pela estrutura da criminalização do tráfico de substâncias entorpecentes. Na feliz ironia de Vera Maria Guilherme: “No caso brasileiro, por haver norma penal em branco no que diz respeito às drogas consideradas ilícitas, cabe a Anvisa definir o grau de maldade do lobo, a partir de critérios nada medicinais ou técnicos, porém, muitas vezes, atendendo a questões industriais e econômicas.” GUILHERME, Vera Maria. Quem Tem Medo do Lobo Mau? A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil: por uma abordagem abolicionista. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2013, pp. 22-3.

5 CONCLUSÃO

Apesar da complexidade do tema, parece ser fácil concluir que a política criminal de drogas com base na repressão não alcançou o objetivo de criar uma sociedade sem drogas. Ao contrário, tem-se demonstrado a ineficácia do proibicionismo, considerando que, não obstante a criminalização da opção pessoal em detrimento dos direitos das personalidades, os entorpecentes mantêm-se presentes na sociedade. Neste sentido, os direitos inerentes à condição humana, tais como o direito à autonomia, vida privada, intimidade, liberdade intelectual, com a consequente escolha de como conduzir a própria vida, chocam-se com a proibição encartada no artigo 28 da lei 11.343/2006. Nesse artigo, a conduta individual do usuário constitui o cerne da conduta criminosa mesmo que o autor e a vítima do fato criminoso sejam os mesmos, circunstâncias tal que indica uma inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Não se trata, porém, de tão somente dispensar tratamento jurídico-penal diverso aos usuários de drogas. O uso depende do comércio de drogas, mercado que está – ante a política proibicionista – monopolizado pelo crime organizado que, por sua vez, dominam especialmente as comunidades mais pobres através da violência. Ademais, a ausência de objetividade legal na distinção entre as condutas de uso e de tráfico tem gerado injustiças sociais gritantes, tais como o alto encarceramento de negros e pobres marginalizados. O subjetivismo dos critérios de enquadramento da conduta nos artigos 28 ou 33 da lei n. 11.343/2006, combinado com os preconceitos raciais e sociais típicos da sociedade brasileira, faz com que seja prática normalizada no sistema de justiça pátrio o reconhecer em um jovem negro pobre um membro do tráfico ilegal de entorpecentes.

Por todo o exposto, especialmente a partir da genealogia das drogas, é possível constatar que a significação do que é droga e do que é vício contém, em sua essência, designações atuais, construídas especialmente no último século, não obstante o fato de que o homem tenha frequentemente ao longo da história se relacionado com as drogas. Conclui-se, assim, que o tratamento penal dispensado a quem faz uso de drogas é absolutamente desproporcional em função da baixa lesividade do ato. Tal perspectiva é ainda reforçada pela constatação de que a liberdade é justamente a possibilidade de fazer que não atingirá terceiros.

459

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional**. 2. ed. São Paulo: Leya, 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera Maria. **Abolicionismos Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635659**. Tema 506 – Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506> Acesso: 04 jul. 2020.

CASTRO, Alexander de. O legislador entre “felicidade pública” e “máxima felicidade”: contribuição à história da filosofia jurídica às vésperas da era dos direitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 41, pp. 97-119, dez. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/95267>. Acesso em: 10 ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.95267>.

DE CASTRO, Alexander. “Boa razão” e codificação penal: apontamentos sobre a questão penal setecentista em Portugal (1769-1789). **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 111, pp. 105-143, 2015. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2016V111P105>. Acesso em: 10 ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.9732/P.0034-7191.2016V111P105>

DE CASTRO, Alexander. O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016). **Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 74, pp. 39-64, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1976/1867>. Acesso em: 08 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12818/P.0304-2340.2019v74p39>

DE CASTRO, Alexander; MACRÌ, Francesco. Il problema dei delitti di bagatella nell'emergenza dello stato costituzionale: breve analisi dell'evoluzione del suo trattamento tecnico-dogmatico in Brasile e in Italia. **Revista direitos sociais e políticas públicas - UNIFAFIBE**, Bebedouro, v. 6, n. 2, pp. 538-579, 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/486/pdf%20%28italiano%29>. Acesso em: 08 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v6i2.486>

DE CASTRO, Alexander; MACRÌ, Francesco. Insignificância e tenuidade do fato enquanto excludentes de tipicidade: uma análise da escassa lesividade da conduta nos sistemas penais brasileiro e italiano. **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 39, pp. 49-64, 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/88511>. Acesso em: 08 fev. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.88511>

460

DE CASTRO, Alexander; RI JUNIOR, Arno Dal. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. **Sequencia**, v. 29, n. 57, pp. 261-284, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14958>. Acesso em: 10 ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n57p261>

DIAS, Felipe da Veiga; SILVEIRA, Alexandre Marques. Usuários de Drogas e Tratamentos Seletivos no Século XXI: Entre a estigmatização e a legitimação por meio dos crimes dos poderosos. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 3, pp. 739-765, setembro/dezembro 2018, pp. 742-3. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6617>. Acesso em: 25 ago. 2019.

FISCHER, Benedikt; RUSSELL, Cayley; SABIONI, Pamela; VAN DEN BRINK, Wim; LE FOLL, Bernard; HALL, Wayne; REHM, Jürgen; ROOM, Robin. Diretrizes para redução de riscos no uso de Cannabis: uma atualização abrangente de evidências e recomendações. **Platô: Drogas e Políticas**, São Paulo, v. 2, n. 2, pp. 9-52, setembro 2017, p. 11.

GUILHERME, Vera Maria. **Quem Tem Medo do Lobo Mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil: por uma abordagem abolicionista. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2013.

JUNIOR, Flávio Bortolozzi. **Resistir para re-existir**: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

RICCITELLI, Antônio. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Barueri: Manole, 2007.

ROSA, Pablo Ornelas. **Drogas e a Governamentalidade Neoliberal**: uma genealogia da redução de danos. Florianópolis: Insular, 2014

SÁ, Renato Montans de; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Processo Civil I: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Recebido em: 02/09/2020

Aceito em: 14/12/2020