

**MACONHA NA GUERRA ÀS DROGAS:
(IN)CONSTITUCIONALIDADE E (IN)CONVENCIONALIDADE**

**MARIJUANA IN THE DRUG WAR: (IN)CONSTITUTIONALITY
AND (IN)CONVENTIONALITY**

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior*

RESUMO: A questão do porte de drogas ilegalizadas para uso próprio está em discussão atualmente no Supremo Tribunal Federal (STF). Na verdade, é reflexo de um debate que já vem ocorrendo na própria sociedade brasileira. O paradigma reinante, do punitivismo e da abstinência, depara-se com o da redução de danos. No cenário internacional, a política de guerra às drogas vem sendo abandonada, pois comprovou gerar muito mais violência do que reduzi-la. O estudo passa pela reflexão acerca da artificialidade da criminalização seletiva de apenas determinadas drogas, e que essa escolha não tem base racional, isto é, não leva em conta o grau de risco social, mas sim tem mais a ver com políticas de segregação e com a dominação por meio do aparato coercitivo do Estado. A maconha se torna o maior exemplo por ser a droga ilegalizada mais utilizada no mundo e por, comprovadamente, ser menos ofensiva que as drogas não criminalizadas mais usadas. O estudo também faz as filtrações hermenêuticas constitucional e convencional, considerando a violação dos princípios da igualdade – na criminalização seletiva e discriminatória – e da intimidade – na autolesão do usuário.

Palavras-chave: Maconha. Porte para uso próprio. Isonomia. Inconstitucionalidade. Inconvencionalidade.

ABSTRACT: The issue on the possession of illegal drugs for own use is currently under discussion in the Federal Supreme Court (STF). In fact, it is a reflection of a debate that has already occurred in Brazilian society itself. The prevailing paradigm of punishing and abstinence faces the paradigm of harm reduction. In the international scene, the policy of war against drugs has been abandoned as it has been shown to generate much more violence than to reduce it. The study focuses on the artificiality of the selective criminalization of only certain drugs, stating that this choice has no rational basis. It does not take into account the degree of social risk, but it has more to do with segregation policies and with domination through the coercive apparatus of the State. Marijuana becomes the biggest example because

* Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor Colaborador no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Juiz de Direito do Rio Grande do Norte. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

it is the most widely used illegal drug in the world and is proven to be less offensive than the most commonly used non-criminalized drugs. The study also makes the constitutional and conventional hermeneutic filtering, considering the violation of the principles of equality - in selective and discriminatory criminalization - and intimacy - in the self-harm of the user.

Keywords: Marijuana. Possession for own use. Isonomy. Unconstitutionality. Unconventionality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DROGAS, UMA QUESTÃO SISTÊMICA; 2.1 DROGAS ILÍCITAS OU DROGAS ILEGALIZADAS? UMA ESCOLHA RACIONAL OU POLÍTICA? 2.2 A “GUERRA ÀS DROGAS” ENQUANTO METÁFORA DE SOLUÇÃO; 2.3 A LEI SECA ESTADUNIDENSE E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE VIOLENTA; 2.4 SEGUNDA GUERRA ÀS DROGAS: **abaixo os direitos civis; 2.5 A WAR ON DRUGS ENQUANTO POLÍTICA EXTERIOR; 3 AS DROGAS DA GUERRA; 4 CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA USO PRÓPRIO: INCONFORMIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL; 4.1 SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE; 4.2 PUNIÇÃO DA AUTOLESÃO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE; 4.3 UMA ÓBVIA OBJEÇÃO DO SENSO COMUM; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

O autor do presente texto adianta, desde já, que é abstinência de drogas para uso recreativo porque, primeiramente, não lhe apetece. Uísque, para ele, tem gosto de esmalte (talvez por isso seja costume no Nordeste adoçá-lo com água de coco). Cerveja é muito amarga. Considera admiráveis as pessoas que conseguem diferenciar (e geralmente pagar muito caro por isso) um vinho especial de outro comum. Detesta cheiro de fumaça e, ainda por cima, é alérgico a nicotina e a tabaco. O autor acha culturalmente curioso o hábito de se inalar fumaça, mas isso não é para ele nem para seus pulmões. Ademais, o abuso do uso recreativo de drogas causa problemas de saúde e, não raro, afeta também a família do dependente. E fala com conhecimento de causa porque tem um parente próximo alcoólatra.

Mas as drogas também podem salvar vidas. Em uma cultura em que a medicina é baseada na alopatia, desde que devidamente prescritas e com o acompanhamento médico necessário, drogas curam ou melhoram a qualidade de vida. Sendo assim, as drogas não são nem heróis nem vilões. Não passam

de meros compostos químicos, naturais ou artificialmente criados. São os seres humanos que lhes dão os fins.

Somos também contra a desvirtuação para uso recreativo das drogas criadas para fins medicinais. E o motivo é muito simples: as drogas farmacológicas costumam causar prejuízos fisiológicos, psicológicos e sociais quando consumidas fora das suas indicações, não só pelas contraindicações e seus efeitos adversos, como também em face do constante risco de *overdose*.

Contudo, à parte nossas posições pessoais, estamos aqui lidando com a questão do tipo penal descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que sujeita quem portar drogas ilegalizadas para uso próprio ao estigma de ser um criminoso, sem contar os casos em que esses dependentes químicos são criminalizados como traficantes de drogas.

Pretendemos fazer uma reflexão para além da pura dogmática jurídica e do viés eminentemente formalista e prescritivo. Não obstante a importância da dogmática jurídica, entendemos, como no dizer que se atribui a San Thiago Dantas, que “quem só direito sabe, nem direito sabe”. Da mesma maneira, quem tem fé no suposto caráter neutro do direito se sentirá, por diversas vezes, incomodado porque não pretendo deixar incólumes as ilusões referenciais do senso comum teórico.

É miopia epistêmica analisar o direito – que é um fenômeno social – apenas pela ótica da dogmática jurídica. Ocorre o mesmo com quem se apega aos fenômenos apenas pela ideia geral que deles se passa por meio do paradigma formalista – que abstrai dos conceitos sua pragmática, fazendo com que sejam inautenticamente compreendidos, pois que pretensamente soltos, sem espaço e sem uma história dentro da história de uma totalidade determinada. Isto, é, sem considerar a materialidade das relações sociais das quais os fenômenos emergem. Para que os institutos jurídicos ultrapassem à condição de meros recursos retóricos (não raro, enganadores), somente sua consideração na realidade social é que os torna reais, é que permite serem efetivamente dimensionados, problematizados e compreendidos autenticamente.

Nesse afã, transitaremos por áreas que, na divisão epistemológica tradicional, chamamos de direito, filosofia, economia política, ciência política, geopolítica, psicologia social, criminologia e sociologia. E estamos convencidos de que não

poderia ser diferente. A visão puramente jurídica dos fenômenos é, em si, uma artificialidade. A epistemologia gestada na Modernidade estratificou arbitrariamente os saberes em compartimentos e apregoou seu estudo em separado. Ocorre que isso também foi feito omitindo que tal divisão tem em vista uma realidade eurocentrada e que, mesmo dentro desse paradigma, termina por ser alienante.

No âmbito jurídico, esse modelo epistemológico conduz a uma falsa premissa: a de que o direito tem um *status* anímico, orgânico e autopoietico. Mas o direito – que está inserido no mundo da linguagem – torna-se real apenas e tão somente pela ação dos que nele creem e que há relações de poder que subjazem aos discursos de legitimação do fenômeno jurídico. O que queremos aqui deixar claro é que o direito, por si só, não transforma nada. São os homens, nas suas relações sociais, que o fazem transformador (ou não).

Nossas reflexões seguirão o seguinte enredo: contextualizaremos a questão das drogas ilegalizadas, revelando o sistema de ideias que, seletivamente, escolhe quais as que serão criminalizadas, com enfoque na *Cannabis*, e quais as que, mesmo sendo muito mais perigosas, serão intencionalmente esquecidas. As relações de poder explicam essa seletividade criminal primária¹, porque – obviamente – não há ilegalização sem uma reflexão prévia sobre quem serão seus alvos, no caso, os *outsiders*. A partir da identificação do paradigma reinante nas Américas, traremos a historicidade do modelo de guerra às drogas importado dos Estados Unidos – que o vendeu como política externa –, mostrando suas contradições e as intensões subjacentes ao discurso da abstenção. Passaremos, por fim, às implicações jurídicas desse modelo proibicionista quanto ao porte para uso próprio da maconha em suas filitragens hermenêuticas constitucional e convencional.

2 DROGAS, UMA QUESTÃO SISTÊMICA

Para além da letra fria das leis que versam sobre drogas ilegalizadas, há uma política que as conforma. E acima dessas políticas há uma forma de enxergar o

1 A criminalização ou seletividade primária começa ainda durante o processo legislativo, isto é, na escolha dos tipos penais, na seleção das condutas que serão reprovadas no âmbito penal.

mundo, um paradigma, que reproduz todo um sistema. E como alerta Denis Russo Burgierman (2011):

O sistema é muitíssimo mais importante que a lei, porém as pessoas falam muito sobre leis e pouco sobre sistemas. É comum que digam “Eu sou a favor da legalização” ou “Eu sou contra”; “Eu sou a favor da descriminalização” ou “Eu sou contra”. Qualquer dessas opiniões é legítima. No entanto, estudos mostram que as leis têm efeito insignificante na decisão de usar ou não determinada droga. O que importa é o sistema, e, nesse aspecto, é inegável que o que temos hoje é terrivelmente ruim. A não ser os traficantes, os políticos, os fabricantes de armas e helicópteros, os construtores de cadeias e os donos de clínicas, ninguém pode estar satisfeito com nosso sistema atual.

E esse mesmo sistema, da forma como ele funciona, prestigia quem está disposto a ser mais violento. Some-se a isso uma sociedade marcada por profundas desigualdades sociais e repleta de paradoxos até mesmo no trato das drogas, em razão de um proibicionismo seletivo. Adicione-se a falta de perspectivas para uma expressiva parcela da população diante da ética do sucesso (hoje materializada no fenômeno da ostentação) – erguida como valor maior a ser perseguido – haja vista a escassa possibilidade de competição com os estratos mais elevados da pirâmide social, leva a atos de inovação. Foi assim que aconteceu nos Estados Unidos durante a Lei Seca (*Dry Law*), em que um jovem truculento de 26 anos se tornou um dos mais bem-sucedidos homens de negócio. Seu nome era Alphonse Gabriel Capone. Abordaremos essa questão com maiores detalhes mais à frente. Mas, por ora, achamos importante tecer considerações sobre as drogas mais utilizadas.

Não dá para refletir sobre drogas sem abordar a mais danosa e amplamente utilizada. O álcool. Segundo o *Global status report on alcohol and health 2014*, da ONU (UN, 2015a), o uso excessivo de álcool causa 5,9% das mortes no mundo. E conforme o referido relatório, 5,1% de todas as doenças são atribuíveis à ingestão de álcool. Há mais de duzentas patologias associadas à ingestão de bebidas alcoólicas. Com o tabaco e a nicotina, não ocorre diferente. O relatório

WHO Report on the Global Tobacco Epidemic – 2015 (UN, 2015b) apontou que a diminuição do consumo de tabaco é associada à queda nas ocorrências de câncer de pulmão. O mesmo relatório apresenta o uso do tabaco como causador de 100 milhões de mortes em todo o mundo durante o século XX e continua a ser uma séria e crescente ameaça à saúde global (UN, 2015b). Com aproximadamente 6 milhões de vidas perdidas anualmente, as doenças relacionadas ao tabaco matam mais que a combinação do HIV, da malária e da tuberculose. A ingestão desmedida de drogas farmacológicas para fins recreativos também preocupa. Drogas como *viagra* e *cialis*, criadas para combater a disfunção erétil são, hoje, mais utilizadas pelos jovens, que delas não necessitam, do que pelo público-alvo – os idosos. Outras, como a *Ritalina*, desenvolvida para o tratamento do Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH), são indiscriminadamente consumidas por estudantes candidatos a concursos públicos. Antidepressivos e ansiolíticos são usados como soníferos ou, quando combinados com outras drogas, como o álcool, potencializam os efeitos destas. Em um mundo marcado pelo culto ao corpo, a utilização desvirtuada de esteroides anabolizantes, indicados no tratamento de disfunção hormonal, tem se tornado cada vez mais comum, ainda que cause insuficiência hepática e renal ou câncer.

Mas até mesmo compostos não descritos como drogas são vilões no quesito adição. Estudos sérios e recentes demonstram que o açúcar causa efeitos análogos à cocaína quanto à dependência química (QUEENSLAND, 2016). A obesidade tem se tornado um problema mundial e o açúcar, por ser carboidrato de rápida metabolização e por causar dependência química, é um dos principais vilões. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (UN, 2017a), em 2014, estavam acima do peso mais de 1,9 bilhão de pessoas acima dos 18 anos. Destes, mais de 600 milhões eram obesas; 39% dos adultos com 18 anos ou mais estavam acima do peso em 2014, e 13% eram obesos. Mas não somente de compostos químicos as pessoas se viciam. Para além da questão financeira, a adição aos jogos gera prejuízos tremendos ao indivíduo. O jogo patológico, espécie do gênero dos transtornos do controle dos impulsos, apresenta muitos dos mesmos comportamentos associados aos transtornos por uso de substâncias, como as fissuras, as necessidades de realizar o comportamento e a geração de consequências sociais negativas. Nos Estados Unidos, estima-se

que esse transtorno atinja 0,6% da população adulta, o que representa mais de um milhão de pessoas (WHITBOURNE; HALGIN, 2015, p. 313). Na mesma dimensão se encontram os transtornos relacionados aos jogos na internet e ao mundo virtual em geral (e causam mortes)². A dependência de sexo e as compras compulsivas, igualmente são transtornos nos quais as pessoas por eles afetadas assumem atitudes de adição. Por fim, as drogas ilegalizadas em excesso, igualmente, causam prejuízos à saúde dos seus usuários. Contudo, sobre essa questão pairam questões meramente conjunturais e culturais, e, acima de tudo, desinformação e preconceitos.

2.1 DROGAS ILÍCITAS OU DROGAS ILEGALIZADAS? UMA ESCOLHA RACIONAL OU POLÍTICA?

Mas se as drogas em geral são danosas e, por outro lado, há transtornos que geram adição e que atingem uma parcela expressiva da população, independentemente de uso de substâncias químicas, por que somente algumas drogas são tornadas ilícitas? Por que se atribuem a estas um elevado grau de danosidade social, embora o enfrentamento delas termine ocasionando ainda mais violência e sofrimento?

Trazemos, desde já, o exemplo da maconha, e uma pergunta: morrem mais pessoas atingidas por um raio (MANAUS, 2010), por overdose de aspirina ou por overdose de maconha? Nem vamos aqui contrapô-las com o álcool e o tabaco por ser desnecessário. Há relatos de mortes na literatura médica em razão do uso de ácido acetilsalicílico e, segundo estudos, o risco pode chegar a 10,4 em 100.000 – em se tratando de homens na faixa dos 50 anos (ASPIRIN, 2007). E quanto à maconha? Um relatório do DEA (órgão do FBI que combate o tráfico de drogas ilícitas) estimou que para que alguém morresse de overdose de maconha, seria necessário que o usuário fumasse 680 quilos de cigarros de maconha em um intervalo de 15 minutos (UN, 2017b). Levando em consideração que um cigarro de maconha pesa em média 0,9g, seriam necessários

2 Há relatos de mortes por inanição ou colapso após privação de sono durante dias de jogadores de partidas de videogame *online*.

775 mil cigarros. Não há, assim, na literatura médica mundial, um caso sequer de morte por overdose dos princípios ativos (THC e canabidiol) presentes na *cannabis sativa*. Mas a despeito das propagandas de bebidas alcoólicas diuturnamente veiculadas nos meios de comunicação social, a maconha tem sido considerada um grande mal pelo proibicionismo e qualquer discurso que questione o proibicionismo é rejeitado sumariamente. Ressonamos estudo conduzido no Reino Unido (NUTT; KING; PHILLIP, 2010) que, utilizando um modelo multicritério de tomada de decisões, analisou as 20 drogas mais consumidas, englobando danos físicos, psicológicos e sociais, com 16 parâmetros, entre eles: danos específicos das drogas, danos relacionados ao uso da droga, dependência, deterioração do funcionamento mental, perda de bens tangíveis, perda de relacionamentos e lesão a terceiros. Os resultados foram os seguintes: o álcool ficou em primeiro lugar, com o escore 72, seguido de longe pela heroína (55), o crack (54), a metanfetamina (33), a cocaína (27) e o tabaco (26). O escore da maconha foi 20.

Na verdade, pesquisas farmacológicas no Ocidente comprovam o uso medicinal da maconha em diversos tratamentos, e há drogas desenvolvidas a partir do princípio ativo canabidiol. No Oriente, sua reputação medicinal é bem antiga. O primeiro tratado de ervas medicinais que se conhece, o *Pen Tsao*, na China (há 4.700 anos), referenciava a *cannabis*, e há registros de usos médicos em praticamente todas as civilizações antigas. Na Índia, já era utilizada quando os britânicos chegaram. O Império Britânico passou a exportar extrato de *cannabis*, que se tornou um anestésico bastante usado contra dor de cabeça até o advento da aspirina (BURGIERMAN, 2011).

Os fatos relatados expressam com clareza a falta de racionalidade, a desproporção e a injustiça no tratamento que é dado às diversas drogas, tanto as institucionalizadas quanto as ilegalizadas. Contudo, a questão é bem mais grave devido aos efeitos violentos que o paradigma punitivista ocasiona. A guerra às drogas está gerando prejuízos econômicos e humanos abissais. Não só milhares de mortes decorrentes da guerra – seletiva, destacamos – às drogas, perpetrada pelos meios coercitivos do Estado (polícias), como pelo enfrentamento de facções criminosas e pela execução de dependentes químicos que se tornam inadimplentes. A guerra seletiva às drogas atinge criminalmente apenas determinada

parcela da pirâmide social – os pobres –, aliada à estigmatização dos seus alvos e à superlotação dos estabelecimentos prisionais. O discurso é de combate às drogas (apenas as ilegalizadas) e ao tráfico ilícito das mesmas, mas esse discurso em si já é violento, na medida em que se perfectibiliza com a ideia de guerra, de ações de exceção. Mas não só isso. Trata-se de uma guerra suja, sem limites, sem Genebra³. Essa ótica beligerante e desumana – essa guerra suja, sem Genebra – fomenta o crescimento de organizações como o PCC. A psicologia social revela que quanto maior a estigmatização de um grupo, maior a coesão entre seus membros, pelo reforço das identidades (MICHENER; DELAMATER; MYERS, 2005, p. 396). A estigmatização – e o conseqüente fortalecimento das organizações criminosas – reforça a prática de crimes contra o patrimônio para a alimentação desse mercado negro. Foi assim nos Estados Unidos durante a lei seca e está sendo assim no Brasil.

Assim, o encarceramento em massa, aliado às condições desumanas e a estigmatização, gera o fortalecimento de organizações criminosas e a destruição do futuro de uma parcela considerável da massa das periferias brasileiras. Sim, os presos na guerra às drogas têm classe. Referimo-nos à classe pobre, os *outsiders*. Trata-se de uma guerra seletiva, somente contra determinadas drogas e contra os usuários delas, ou vice-versa. A verdade é que somente descamisados são encarcerados no Brasil por causa da drogadição. Em geral, são dependentes químicos pobres que traficam para sustentar a dependência, porque um problema, primordialmente, de saúde pública tem sido tratado pelo Ministério da Justiça, e não pelo Ministério da Saúde.

Enquanto o problema das drogas ilegalizadas for de alçada das esferas coercitivas do Estado, não teremos um modelo que reduza o mal que o excesso no uso faz. O paradigma do enfrentamento bélico só aprofunda o problema, mas mesmo assim nossa política pública de drogas, refletindo o proibicionismo estadunidense, insiste na mesma tecla, e cada dia de maneira mais obtusa. O sistema atual cria mais violência e, com isso, pelo reforço do mesmo *modus operandi*, cria-se um ciclo vicioso crescente. Nessa hora, bem cabe a reflexão de Albert

3 Referimo-nos às Convenções sobre o direito humanitário e sobre os prisioneiros em tempos de guerra, formuladas em Genebra. É a guerra limpa. A chamada “guerra suja” ignora essas regras. *Vide*: INTERNATIONAL..., 1949).

Einstein, para quem “Insanidade é fazer a mesma coisa repetidamente e esperar resultados diferentes”. O paradigma da redução de danos, que se provou muito mais eficaz nos locais onde foi implantado (Europa em geral, Uruguai e agora também em vários estados dos Estados Unidos), continua sendo tabu por aqui.

Encontramo-nos diante de um paradoxo que não enfrentamos por desconhecimento, cegueira ou cinismo. Assim, tem-se, por um lado, o culto ao vinho, a massificação da cerveja, a popularização da cachaça e a elitização do uísque. Trata-se de um mercado bilionário, que gera impostos e empregos, a despeito dos prejuízos que também causam aos que se excedem. Um mercado dominado por corporações multinacionais que compram centenas de milhões de reais anualmente em espaços comerciais na grande mídia. Patrocinam torneios esportivos e eventos culturais por todo o planeta e, assim, pairam sobre qualquer reflexão acerca de sua natureza de droga. Mas isso vai ainda além. Algumas bebidas remetem à história e à religião, como o vinho. O vinho da enologia, o vinho dos rituais católicos. E assim, nem mesmo o mais ferrenho proibicionista se apercebe que um brinde em um jantar sempre precede um ato de drogadição. A “droga” é sempre a droga do outro. Portanto, quando o senso comum se refere a drogas, nunca insere nesse conceito as drogas não ilegalizadas. A relação entre o usuário, a droga não ilegalizada e a drogadição é sempre encoberta pela “normalidade”.

O álcool está impregnado na civilização ocidental, portanto, desde priscas eras. No caso do Brasil, até mesmo uma famosa medicação infantil, que seria fortificante e antianêmica, não faz muito tempo, continha álcool em percentual mais elevado do que as marcas mais comuns de vinho⁴. Somente no ano de 2001, 11 anos após o Estatuto da Criança e do Adolescente entrar em vigor (e em plena vigência da Lei nº 6.368/1976 – a antiga lei de drogas), foi proibida a ministração de medicação com álcool a menores de 18 anos e, com isso, sua fórmula teve que ser alterada (BRASIL, 2001). Curiosamente, essa mesma suposta medicação foi exportada massivamente para os Estados Unidos durante a vigência da Lei Seca. E é de bom alvitre falar sobre Lei Seca porque não há

4 Somos do tempo da drogadição involuntária com Biotônico Fontoura (cuja antiga composição continha 9,5% de álcool, enquanto um vinho de mesa, segundo a Lei nº 10.970/2004, pode ter um mínimo de 8,4% e um frisante, um mínimo de 7%).

como entender a questão da ilegalização seletiva de determinadas drogas sem compreender a chamada “guerra ao crime” estadunidense.

2.2 A “GUERRA ÀS DROGAS” ENQUANTO METÁFORA DE SOLUÇÃO

Em 1832, apontava Carl von Clausewitz (2007, p. 252) que a guerra é simplesmente uma continuação do intercurso político, apenas com a adição de outros meios. Ele, deliberadamente, usa a frase “com a adição de outros meios”, porque também quer deixar claro que a guerra em si não suspende o intercurso político ou o transforma em algo completamente diferente.

A guerra, aliás, tem se transformado em uma metáfora na implementação de soluções para problemas agudos. Traz consigo as ideias de urgência, importância, mobilização coletiva e esforço desmedido. Quando, porém, o significante é utilizado no âmbito social e no qual o belicismo lhe retira a faceta de metáfora para transformá-lo em modo de atuação, cria-se uma cadeia de sentido que estabelece uma guerra real, mas sem as regras humanitárias a que uma guerra propriamente dita se sujeita. Isso ocorre no caso das atividades que comportam a violência estatal, ainda que justificada como legítima.

Estados em que atuam políticas públicas sob uma ideia de guerra revelam, também, o déficit civilizacional de uma cultura alicerçada na barbárie, de uma totalidade social que traduz na força bruta uma pretensa maneira de legitimar e naturalizar sua dominação. Voltando nosso olhar para o Brasil, o discurso belicista da “guerra às drogas”, suprasumo de uma política criminal genocida, tornou-se dogma em amplos setores das polícias e tem relevante acolhimento tanto na magistratura quanto no Ministério Público brasileiros, mas sua origem é estrangeira.

Esse discurso reposiciona a prática policial e, em certa medida, também a judiciária, de modo a se comportarem de maneira estranha à exigível de um poder que tem por fim ser o guardião da Constituição e dos Direitos Humanos reconhecidos nela e nos Tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Como muitas teorias e práticas aqui implantadas, é elaboração estadunidense e aqui vendida como mais uma solução enlatada, como mostraremos a seguir.

2.3 A LEI SECA ESTADUNIDENSE E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE VIOLENTA

Narra Michael Willrich (2008) que os Estados Unidos passaram por duas fases de *War on Crime*. A primeira, desenvolvida nas décadas de 1920 e 1930, em razão da incidência de crimes perpetrados por *gangsters*. O período foi contemporâneo ao da Lei Seca, também conhecida na época como *noble experiment*, que vigorou de 1920 a 1936. E não foi por mera coincidência que a *War on Crime*, em sua primeira versão, terminou no mesmo ano da *Dry Law*.

A proibição da venda de bebidas alcoólicas, é bem verdade, foi aparentemente eficaz para retrain o consumo de álcool, principalmente entre os assalariados, que eram mais atingidos pelo custo das bebidas. Também caíram as detenções por embriaguez bem como os custos com tratamento de algumas doenças relacionadas ao consumo de álcool. O consumo *per capita* de álcool nos EUA só voltou a níveis pré-proibição em 1970 (WILLRICH, 2008, p. 195-231).

Mas foi em seus fracassos, reais e percebidos, que a *Dry Law* teve seu maior impacto sobre a justiça criminal e a vida social estadunidense. A Lei Seca foi a principal causa da onda de crimes dessa época, pois gerou um mercado ilegal de larga escala – o das bebidas alcoólicas –, cenário perfeito para a proliferação e o crescimento das máfias, o que levou a um debate público sobre o proibicionismo (WILLRICH, 2008, p. 195-231). Com o fim da lei seca, os níveis de criminalidade violenta voltaram aos patamares anteriores e se mantiveram mais ou menos estáveis até a década de 1970, momento em que a segunda *War on Drugs* eclodiu.

2.4 SEGUNDA GUERRA ÀS DROGAS: **abaixo os direitos civis**

Conforme lembra Löic Wacquant (2008, p. 17), quando o presidente Lyndon B. Johnson lançou a “guerra contra a pobreza”, em 1964, orgulhosamente anunciou que os Estados Unidos iriam erradicar a pobreza até o ano de 1976, de modo que o bicentenário do país seria também o anúncio do nascimento da primeira “sociedade de abundância” na história da humanidade. Por

óbvio, a história mostra que o que ocorreu foi um tempo de escassez de liberdade e abundância de guerra.

Johnson declarou a “guerra contra o crime” como parte dessa “guerra contra a pobreza”. Isto é, ações de “Estado Polícia” como estratégia de alcançar o *Welfare State*. Segundo Mitchell Lerner (2012, p. 124), Johnson cometeu um erro crítico ao vender a “guerra contra a pobreza” como parte de uma guerra contra o crime, dando de presente aos oponentes conservadores o argumento de que o aumento da criminalidade era decorrente das políticas sociais federais. Em mensagem encaminhada ao Congresso dos Estados Unidos, em março de 1966, a beligerância no tratamento da questão pelo presidente e ex-oficial da Marinha de Guerra estadunidense é de saltar aos olhos quando ele diz que o soldado da linha de frente na guerra contra o crime é o agente do Sistema de Justiça local.

O governo Richard Nixon incrementou a escalada belicista do trato da criminalidade. Nixon criou uma agenda doméstica voltada aos interesses do que chamou de “maioria silenciosa” que, segundo ele, teria definido sua vitória em 1968 (e que seriam eleitores brancos e conservadores). Dentro de um clima reacionário à década da contracultura, das liberdades civis, feminismo, liberdade sexual e do pacifismo, como salienta Radley Balko (2013, p. 68-69), Nixon tinha em mãos uma pesquisa do *Gallup*, na qual 85% da maioria branca dos Estados Unidos achava que os militantes negros não estavam sendo devidamente reprimidos; 65% achavam que os negros desempregados tinham maior probabilidade de obter ajuda governamental do que os brancos desempregados; e 66% pensavam que à polícia deveria ser dado maior poder. Quase metade achava que o país tinha mudado para pior ao longo dos últimos dez anos.

Nixon precisava de um amálgama para trazer para si esse contingente milionário de eleitores. Seus estrategistas encontraram nas drogas esse catalisador discursivo. A guerra às drogas foi estratégia racista e de reação aos movimentos pelos direitos civis, permitindo a hostilidade contra as minorias raciais e os movimentos de contestação à segregação racial, ao conservadorismo sexista e homofóbico, e à guerra do Vietnã sem ter que, diretamente, confrontar as pautas dos defensores dos direitos civis (FRAMPTON; LÓPEZ; SIMON, 2008, p. 7). E o foco no crime elevou a sensação de insegurança, fraturando o importante apoio

dos profissionais liberais, que passaram a abandonar os valores sociais reformistas – tão caros às vitórias dos movimentos pelos direitos civis nos anos antecedentes.

Corroborando a virada racista da justiça criminal estadunidense na segunda guerra às drogas, se em 1933, durante a *Dry Law*, 63% dos presos eram brancos e 24% negros, na mesma proporção da população de então, exatamente 70 anos depois, com a segunda guerra ao crime, apenas 33,8% da população carcerária era de brancos (USA, 2015b) – mesmo representando 77,1% dos habitantes dos Estados Unidos (USA, 2015a). O maior contingente étnico nos cárceres é o dos negros, com 35,4%, apesar de constituírem apenas 13,3% dos estadunidenses. Os latinos também sofrem: representam 17,6% da população em geral e são 21,6% no Sistema Carcerário.

2.5 A WAR ON DRUGS ENQUANTO POLÍTICA EXTERIOR

Como visto, a *War on Drugs* surgiu como uma reação conservadora à contracultura do final da década de 1960 e início da década de 1970. A contracultura era uma ameaça ao *Establishment* estadunidense. Dentro do movimento da contracultura, articulavam-se reivindicações libertárias e de contestação do *status quo*, com bandeiras que pregavam o fim do belicismo e, mais especificamente, da guerra do Vietnã (*Anti-War Movement*). Também destacava o fortalecimento dos direitos civis, em especial a igualdade racial e de gêneros, a liberdade de expressão, a liberdade sexual, a liberdade corporal e, dentro dela, o uso recreativo de drogas não legalizadas.

Internamente, a guerra às drogas protagonizou o encarceramento em massa das minorias negra e latina. Ao mesmo tempo, conseguia-se, por uma via legal, reprimir os movimentos contestatários e atingir as finalidades racistas de opressão dos mesmos negros e latinos. Mas esse novo capítulo da guerra ao crime não se restringiu às fronteiras acima do Rio Grande.⁵ Como uma vertente da segunda *War on Crime*, a *War on Drugs* também gerou efeitos na política externa dos Estados Unidos. Transmutada em Guerra às Drogas, tratou de ser

5 Rio que divisa os Estados Unidos do México, a fronteira geopolítica que separa a América Eurocêntrica (Estados Unidos e Canadá) da América Latina.

articulada, dentro de uma estratégia de dominação geopolítica, como discurso de legitimação para interferências e intervenções tanto na América Latina quanto na Ásia.⁶ Bewley-Taylor e Jelsma (2010, p. 225-228) atribuem a *War on Drugs* a dois fatores: a) o moralismo conservador protestante; b) dentro de uma ótica geopolítica, como justificação para o imperialismo nas periferias (em especial, América Latina e Ásia). Até os atentados de 11 de setembro, inclusive, trataram de estratégia muito útil para intervenções militares no exterior. A guerra às drogas – juntamente com o discurso humanitário – cobriu um vazio ideológico entre a Guerra Fria e a guerra contra o terror.

E o conservadorismo protestante dominante projeta nos países estrangeiros a culpa pelo consumo interno de drogas ilícitas nos Estados Unidos. A cruzada moralista precisa olhar para fora, de modo a encobrir suas contradições internas. Enxergar no Outro a causa do “mal”. A conversão do paradigma estadunidense em resoluções da ONU, de 1961, 1971 e 1988 reforçaram, legitimaram e aprofundaram o proibicionismo no trato das drogas ilícitas.

A Convenção de 1961 foi reforçada pelo Protocolo de modificação de 1972, pelo Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e pela Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (ambas baseadas na legislação de 1961).

3 AS DROGAS DA GUERRA

Tal proibicionismo é seletivo. Nele não está englobada a indústria do fumo, capitaneada pelas grandes corporações do tabaco, com Philip Morris à frente (que matam milhões, com o já visto acima). Nem abarca a indústria do álcool – dominada por multinacionais – cujas mortes estimadas são de 3,3 milhões por ano, como apontado por estudo da ONU (WHO, 2015a, p. 46). Assim, as drogas dessa guerra não são as produzidas pelas grandes corporações multinacionais. Em nome delas, pelo contrário, são feitas guerras para garantir seu consumo, como foi o caso do ópio, droga imposta à China no século XIX pelo Império

6 No mesmo sentido e em uma análise bem realizada sobre a questão das drogas, *vide* Andrade (2015, p. 87).

Britânico à base de tiros de canhão, em nome de suas corporações, que dominavam a produção e a comercialização mundial (MARX, 1972, p. 102-108). As drogas dessa guerra são as artesanais, produzidas na periferia. A uns, o epíteto de empresários e promovedores do desenvolvimento da indústria. A outros, a alcunha de traficantes destruidores de lares e da paz pública. A uns, o Estado desenvolvido, a civilização. A outros, o Narcoestado, a barbárie. Exercendo o imperialismo, os Estados Unidos, na seara mundial, além de capitanearem há décadas na ONU, por meio de tratados internacionais, seu modelo beligerante do enfrentamento da questão das drogas, também pressionam os demais países a adotarem o mesmo paradigma de enfrentamento violento.⁷ Isso tem gerado atritos com os enfoques menos punitivos, como o paradigma da redução de danos, a corrente principal na Europa e cujos resultados na diminuição do consumo e nos efeitos deletérios das drogas ilícitas são qualitativamente muito superiores aos do modelo proibicionista (BEWLEY-TAYLOR; JELSMA, 2010).

Porém o proibicionismo estadunidense foi recebido sem mitigações ou questionamentos na periferia latino-americana, local do mimetismo irrefletido, da importação de soluções vindas dos centros autoproclamados de produção de conhecimento, tudo ancorado na falácia do progresso ou no argumento de autoridade. Com o sucesso da transnacionalização da política criminal de drogas por parte dos EUA, principalmente na área de sua maior influência geopolítica, a América Latina, tal modo de enfrentamento da questão das drogas e da criminalidade em geral passou a ser delineado pelo referido horizonte de punibilidade, readequando toda a estrutura repressiva local. Isto é, moldando o sistema punitivo da periferia a um novo patamar de severidade e brutalidade (CARVALHO, 2014, p. 81).

Eventos recentes, contudo, têm demonstrado que a Guerra às Drogas está com os dias contados nos Estados Unidos. Alguns estados, aproveitando o processo eleitoral do final de 2016, já aprovaram via referendo, inclusive, a descriminalização do uso recreativo da maconha. A maconha tornou-se legal

7 Tal modelo proibicionista estadunidense teve seu nascimento ainda no início do século XX, com a Lei Harrison, fruto de um forte lobby moralista contra o álcool e as drogas em geral, e que culminou na ilicitude da cocaína e do ópio até hoje, e na lei seca contra o álcool, revogada esta última somente em 1933 (MUSTO, 1999, p. 65-68).

em oito estados (Califórnia, Alasca, Colorado, Massachusetts, Nevada, Maine, Oregon, o estado de Washington e o Distrito de Columbia, onde fica a capital)⁸. E em mais quatro estados (Arkansas, Dakota do Norte, Flórida e Montana) foi aprovada a legalização da *Cannabis* para fins medicinais. Por aqui ainda vige o discurso da guerra. Mas é só uma questão de tempo para que se reproduza aqui na colônia o que acontece lá na metrópole. Até lá, quantas mortes, criminalidade violenta e fortalecimento de organizações criminosas teremos que aturar?

4 CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA USO PRÓPRIO: INCONFORMIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL

Devemos ter sido estafantes até agora, mas é que não dá para responder a questões complexas de forma simplista, principalmente quando essa questão ultrapassa o mero saber dogmático-penal. Não há, assim, como entender a questão do proibicionismo sem compreender sua historicidade e as relações de poder que o subjazem. Nem muito menos sem permitir a quebra do paradigma da “normalidade” das drogas nunca criminalizadas. Enfim, as drogas nunca criminalizadas estão com esse *status* não com base em seu grau de periclitção à vida e à saúde humanas, mas sim porque por trás das mesmas existem poderosos interesses econômicos e de dominação e porque simplesmente são de uso comum e tradicional por parte das elites, que permitem e difundem às demais parcelas da pirâmide social seu uso.

Creemos que são poucos os que não reconhecem efeitos danosos na utilização recreativa das drogas em razão do risco de seu excesso (embora pesquisas demonstrem que até mesmo o álcool, em pequena quantidade, é saudável). Aliás, em se tratando de drogas não ilegalizadas, o senso comum costuma separar o uso recreativo (o “bebo socialmente”) da dependência química. Mas em se tratando de drogas ilegalizadas, a relação entre o usuário e ela sempre vem acompanhada do moralismo do vício. O usuário, de alguma maneira, é visto como alguém com desvio de personalidade, como fraco e viciado. Não há espaço para o uso

8 Califórnia..., (2016).

recreativo, como ocorre com o álcool, por exemplo. Mas cabe, então, a pergunta: podemos até ser contra o uso de drogas e contra os vícios (embora nós mesmos não tenhamos poucos, embora comumente só enxerguemos o cisco no olho alheio), mas temos o direito de impedir que o outro – maior e capaz – consuma álcool, tabaco, maconha, cocaína e demais drogas?

Podemos, igualmente, proibir alguém de se intoxicar com excesso de açúcares ou com o formol na carne vermelha, ou com os hormônios nos galináceos? Podemos impor nossa moral e religiosidade ao outro? Indo para um ponto mais concreto: a questão, aqui, é questionar normativamente o atual proibicionismo seletivo das drogas reinante. Há amparo na Constituição e nos Tratados de Direitos Humanos que o Brasil ratificou para sustentar o proibicionismo seletivo?⁹ A questão que se põe em jogo diz respeito à tutela da intimidade e da autodeterminação. Isto é, a proteção normativamente existente ao livre desenvolvimento da personalidade e quanto à autodeterminação do indivíduo. A utilização de drogas recreativas pode, em tese, causar lesão ao indivíduo. Mas o direito penal pode se importar com questões que não atinjam a alteridade? Além disso, não se pode esquecer o efeito rotulatório da criminalização (*Labelling Approach*). A estigmatização gera a evitação e, conseqüentemente, o afastamento do dependente químico ou até mesmo do usuário eventual do sistema de saúde. Sentindo-se dentro de uma subcultura criminal, a estigmatização serve para aprofundar sua criminalização em razão do esvaziamento dos espaços de sociabilização.

Como alerta Salo de Carvalho (2014, p. 172):

A visão patologizada dos consumidores deflagrada pelo sistema penal produz seu isolamento e sua rotulação, impedindo qualquer tipo de escuta diversa da policialesca. O sujeito envolvido com as drogas, por força da política proibicionista, ingressa no vicioso círculo da clandestinação, fato que, em caso de dependência, inviabiliza utilização dos serviços de assistência médica e social.

9 Há importante julgamento pendente de conclusão no Supremo Tribunal Federal, o RE nº 635.659/SP, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes.

O direito penal, portanto, em razão dos estigmas que acarreta, mesmo em situações de desencarceramento, deve ser utilizado com máxima parcimônia. Cabe, então, analisar a questão, primeiramente, sob o prisma constitucional. Com efeito, diz o art. 5º, X, da Carta de 1988: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O consumo recreativo de drogas hoje criminalizadas pode ser caracterizado como autolesão, assim como também o uso das drogas politicamente deixadas de lado da coerção penal. Não devem interessar ao direito penal tais condutas, sob pena de mantermos um modelo de direito penal fascista, que viola a intimidade e a autodeterminação do outro para lhe impor uma determinada concepção de mundo e um determinado prisma moral(ista). Esse moralismo desvirtua a relação usuário-droga-drogadição, transformando um eventual sujeito em situação de vulnerabilidade, que deveria receber atenção e proteção de uma política de saúde pública, em criminoso, assujeitando-o a todos os efeitos deletérios que isso ocasiona. Essa situação se torna ainda mais extremada em se tratando de relação dependente-droga-drogadição.

Estamos lotando as cadeias com pessoas em situação de vulnerabilidade e, o pior, organizando-as, isto é, inserindo-as em organizações criminosas, pois os estabelecimentos penais superlotados são o espaço em que reinam as gangues. Quanto maior a superlotação e a submissão dos presos a um sistema desumano, selvagem e cruel – cujo Estado de Coisas Inconstitucional já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 (BRASIL, 2015) –, mais força ganham essas organizações.

4.1 SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais, uma vez que é pressuposto para a uniformização do regime de liberdades individuais.

No esteio dessa relevância, a Constituição Federal traz como um dos objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art.

3º, IV); bem como dentre os direitos e Garantias Fundamentais, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito [...] à igualdade” (art. 5º, *caput*).

Na doutrina portuguesa, tão amplamente aceita aqui, observa Canotilho (2003, p. 426) duas vertentes de aplicação desse princípio ao Estado: a) na atuação do Estado e, em especial, na concretização do direito pelos tribunais; b) na criação do direito pelo legislador.

No primeiro caso, dirigindo-se aos tribunais, impõe que na concretização dos direitos, não haja discriminações indevidas. No segundo, dirigindo-se ao legislador, impõe que a lei, ao ser criada, já deve ter sido sob o prisma da igualdade. Bem ensina Pérez Luño (2006, p. 228) quando aponta:

[...] exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales. La igualdad ante la ley implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento, o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos.

A igualdade tem um conteúdo relacional. Determinadas características que, naquela questão, são as mais importantes para definir sua obediência ou não, é que são levadas em conta. Existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Segundo Canotilho (2003, p. 428), o princípio de proibição do arbítrio liga-se a um fundamento material ou a um critério material objetivo. Sintetiza ele: “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”. Inevitavelmente há que se realizar um juízo de valor.

Para se definir a existência ou não da arbitrariedade, isto é, se há ou não violação do princípio da igualdade, deve-se avaliar a suficiência ou insuficiência do arbítrio como fundamento adequado de valoração e de comparação. Tem-se que analisar a natureza e o peso dos fundamentos ou motivos justificadores para a diferenciação.

Segundo Jorge Miranda (2008, p. 253), a igualdade pode ser vista em dois sentidos: negativo e positivo. O primeiro sentido é o de negar, de vedar privilégios e discriminações. Isto é, ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado ou privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever. Observada a arbitrariedade, surge o dever de estancar o privilégio ou a discriminação.

No sentido positivo, visa-se recompor a igualdade por meio a) da concessão de tratamento igual em situações iguais; b) no tratamento desigual de citações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais e não as criadas e mantidas artificialmente pelo legislador; c) o tratamento em modos de proporcionalidade; d) o tratamento das situações não como apenas existem, mas como também devem existir, fazendo com que a desigualdade perante a lei seja igualdade através da lei (MIRANDA, 2008, p. 253).

Assim, o arbítrio, a desrazoabilidade da solução legislativa, a sua inadequação por desproporção, revelam de forma mais flagrante a preterição. Diante da situação, como no caso objeto desse escrito, em que há duas leis estabelecendo arbitrariamente tratamentos desiguais, qual das duas deverá ser eivada de inconstitucionalidade?

Proveniente da experiência do controle de constitucionalidade do Tribunal Constitucional Alemão, a jurisprudência pátria adotou a exclusão de “benefício incompatível com o princípio da igualdade”. Sobre ela, disse Gilmar Mendes (2014):

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores. [...] Tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos, sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo; e explícita, se a lei geral que outorga

determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos.

4.2 PUNIÇÃO DA AUTOLESÃO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Mas não somente a compatibilidade com a Constituição Federal deve ser analisada. Faz-se necessário realizar o controle de convencionalidade nacional. Como explica Valerio Mazzuoli (2016):

Falar em controle da convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais. Que os tribunais regionais de direitos humanos exercem o controle de convencionalidade não se tem dúvidas, eis que este é exatamente o seu papel. Porém, por decisão desses próprios tribunais regionais (v.g., da Corte Interamericana de Direitos Humanos) devem também (e em primeiro lugar) os juízes internos controlar essa mesma convencionalidade, fiscalizando a compatibilidade das normas domésticas (todas elas) com os mandamentos convencionais de direitos humanos (mais benéficos) de que o Estado é parte. Nesse sentido, não há dúvidas caber ao jurista pátrio investigar como há de se desenvolver a mecânica desse controle no plano do nosso direito interno.

Em termos de controle de convencionalidade, os seguintes textos são afetados à questão. Em primeiro lugar, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, a saber:

ARTIGO 11
Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. **Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada**, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas (BRASIL, 1992, grifo nosso).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, assim prescreve: “Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que:

Artigo 12º

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei (UNIVERSIDADE..., 1948, grifo nosso).

Por fim, diz o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592/1992:

ARTIGO 17

1. **Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada**, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Acerca da questão da autonomia individual, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no voto do juiz Sergio García Ramírez no caso Ximenes Lopes vs., diz o seguinte:

Naturalmente o desenvolvimento do ser humano não se sujeita às iniciativas e cuidados do poder público. Numa perspectiva geral, aquele possui, mantém e desenvolve, em termos mais ou menos amplos, a capacidade de conduzir sua vida, resolver sobre a melhor forma de fazê-lo, valer-se de meios e instrumentos para esta finalidade, escolhidos e utilizados com autonomia – que é virtude da maturidade e condição de liberdade – e inclusive recusar ou rechaçar de forma legítima a ingerência indevida e as agressões a ele dirigidas. Isso exalta a ideia de autonomia e descarta tentações opressoras, que possam ocultar-se sob um suposto desejo de beneficiar o sujeito, estabelecer sua conveniência e antecipar ou iluminar suas decisões (OEA, 2006). Cada pessoa adulta tem autonomia individual para tomar decisões livres sobre seu próprio estilo de vida, sem que o Estado possa intervir nessa área. Não há como, em um filtro de convencionalidade, penalizar comportamentos realizados em privado que não causem perigo ou dano a outrem. Argumentos baseados em mero perigo abstrato, ou suposta moralidade pública, não passam no teste da convencionalidade. O comportamento adotado na vida privada é lícito, salvo se constituir perigo real ou causar danos à propriedade ou direitos de terceiros.

4.3 UMA ÓBVIA OBJEÇÃO DO SENSO COMUM

O senso comum teórico faria objeções a aplicação da isonomia. Uma delas fatalmente seria a seguinte: “ora, mas a descriminalização só aumentaria o consumo da maconha”. O que os fatos mostram é que nas regiões em que houve a descriminalização o consumo diminuiu. Inclusive de drogas mais pesadas. Ademais, estudos apontam diminuição da criminalidade violenta (ALENCAR, 2015). Em Portugal, à descriminalização da maconha se atribui a queda de 70% do uso de heroína.

Deveríamos fazer uma pergunta: se o Estado criminaliza o usuário da maconha, cuja danosidade é reconhecidamente inferior às drogas sociais mais comuns como o álcool e, principalmente, o tabaco, não estaríamos fomentando uma discriminação que não possui um fundamento sério, que não é legítima

e que estabelece uma diferenciação jurídica sem um fundamento razoável? Entendemos que essa resposta é sim. Esse tratamento discriminatório só deixa mais claro o uso do Estado como ente opressor porque o uso da maconha se concentra nos estratos economicamente desfavorecidos e a determinadas minorias que não abrangem o *Establishment*.

A opressão jamais pode confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer-se sem encontrar oposição. Eis porque ela usará as bandeiras como as do proibicionismo, da consciência moral contra as drogas, do bem-estar da abstinência e da ordem contra os “viciados” e o “mal da droga”. Ela se negará enquanto política seletiva contra apenas determinadas drogas – as drogas da plebe – e outras não – as drogas das grandes corporações multinacionais, as usadas comumente pelos estratos superiores.

Muitos dos arautos do proibicionismo seletivo depois irão saborear seus uísques importados, espumantes, vinhos e charutos cubanos, e dormirão os sonos dos justos. Tendo em vista que se trata de uma questão sistêmica, não o farão por maldade, mas porque estão imersos em um modo de compreensão de mundo que gera uma violência encoberta por uma carapaça de moralidade. Esse discurso jamais se revelará como tal que é – violento – visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei – e como fundar uma ordem, a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica (STRECK, 2009, p. 29).

O melhor caminho para preservar o Estado de Direito é aplicar o princípio da igualdade e, com ele, conferir-se igual tratamento ao usuário de maconha ao que já é dado aos usuários das drogas mais nocivas e culturalmente aceitas e nunca ilegalizadas, a exemplo do álcool e do tabaco.

Portanto, assim agindo estaremos aplicando com a máxima efetividade os Direitos Fundamentais, compatibilizando as duas situações por meio da equiparação a todos os acusados em crimes de porte ilegal de maconha para uso próprio, o que se prevê para as drogas sociais recreativas. Aproveitamos para levar em consideração as ponderações feitas por Alexandre Morais da Rosa (2006, p. 236):

[...] no Estado Democrático de Direito, somente se justifica a intervenção estatal, via “direito penal mínimo” (Cap. 4º), em face de crimes que impeçam a realização dos objetivos constitucionais do Estado, ou seja, os que alimentam a injustiça social e os necessários à coesão do laço social, demitindo-se, assim, da criminalização de toda-e-qualquer-conduta que possa ser resolvida por formas extrapenais ou decorrentes da omissão (quicá dolosa) do modelo econômico adotado/imposto no Brasil contemporâneo.

Por conseguinte, estanca-se o critério discriminatório de maneira positiva, isto é, tratando-se igualmente os discriminados pela lei ordinária, no caso o agente que é encontrado com maconha para uso próprio e aqueles que são adquirentes e portadores de drogas não ilegalizadas.

Manter a discriminação é ferir o princípio da igualdade, uma vez que usuários de drogas mais danosas terminam não sendo molestados por razões meramente culturais e econômicas do que os da maconha. O fundamento para discriminação não é sério, razoável e nem tem sentido legítimo.

Não é legítima a distinção. Ainda mais quando se trata de situações em que a conduta, objetivamente, é a mesma, isto é, o porte de drogas recreativas até menos danosas do que outras regulamentadas. Tendo em vista que há um público-alvo – trata-se de droga consumida por um determinado estrato da sociedade – manter a discriminação é aplicar o direito penal do autor (SANTOS JÚNIOR, 2007). Não existe motivo justificador para a diferenciação de tratamento. E alerta Canotilho (2003, p. 429):

Esta ideia de igualdade justa deverá aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou de clemência (perdão, anistia), pois embora se trate de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam a existência de fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores.

Verificado o arbítrio injustificado que viola a igualdade, deve o Judiciário aplicar o princípio da isonomia, fazendo com que a desigualdade diante da lei (injusta) seja sanada por meio da submissão das duas situações a um mesmo regramento.

5 CONCLUSÃO

Como já ressaltado, as drogas não são demônios. Não passam de compostos químicos, criados natural ou artificialmente. São os seres humanos que lhes dão os fins. Antes de querermos pôr fim às drogas, mesmo que a todas, deveríamos questionar seus porquês, por qual razão as pessoas se drogam e por qual razão a perseguição aos drogaditos. A guerra seletiva às drogas é, acima de tudo, uma questão de poder e de dominação, como visto. É uma guerra cínica porque se projeta apenas contra a drogadição do outro. Mas não é qualquer outro. Trata-se de expiar no *outsider*, nas parcelas da população que estão nos estratos mais baixos da pirâmide social, a própria drogadição normalizada. É, acima de tudo, uma obliteração do gozo alheio, porque ao outro tal desejo não pode ser gozado.

Antes de perguntar sobre o viciado – que sempre está no outro, mas não qualquer outro, mas apenas no distante – que tal se perguntar pelos próprios vícios? E a drogadição é imoralidade, uma rota de fuga ou a busca impossível de preencher um vazio? Quem poderá, em um átimo de sinceridade, responder “não tenho” à seguinte pergunta: qual o seu vício, a sua dependência? Para além do estigma do usuário-dependente (o viciado, no jargão comum), suspeitamos que, usualmente, o abuso na drogadição revela, apenas, uma compulsão preexistente.

Não sejamos cínicos. A cachaça é droga do excluído, assim como o uísque e o vinho são as do incluído. No mesmo caminho, o rivotril é o calmante do rico e do incluído; e a maconha, o do pobre e do periférico. Os usuários de um saem nas colunas sociais; os usuários do outro, nas páginas policiais. Rico sofre de depressão. Pobre não tem alternativa: corre do camburão. E todo camburão, como nos versos musicados de Marcelo Yuca, tem um pouco de Navio-Negreiro. Rico *versus* pobre. Ambos se drogam porque nosso problema é muito maior: é um problema que tem a ver com uma concepção de civilização baseada no

individualismo, no imediatismo, na competição sem limites e no consumismo compulsivo e ilimitado. O rivotril e a maconha são uma rota de fuga para o insólito desse mundo. Um pouco de gozo em meio a tanta castração em nome de valores vis.

Como resolver a questão da drogadição no outro? Punindo uma autolesão, seletiva e hipocritamente? Punir o outro imunizando-se dos seus próprios vícios ou costumes drogaditos é sintoma de uma decrepitude social. Proíba-se o baseado do maconheiro, mas não aquele *carmère* chileno ou maltado escocês tarja preta doze anos. “*Keep Walking*”, afinal, todo mundo é humano; ou só alguns.

Temos um problema civilizacional que não vai se resolver com o proibicionismo. Mas esse proibicionismo é bem capaz de piorá-lo – e tem demonstrado isso claramente. Enquanto continuarmos tratando uma questão de saúde pública de maneira seletiva, desarrazoada e desproporcional, por meio de leis penais, estaremos dando prova de nosso modo de vida esquizofrênico e egoísta; de que vivemos um *apartheid* social, porque sabemos que não se trata de uma guerra contra drogas. Essa guerra é contra pessoas – e só algumas delas. Essa guerra, para além do moralismo de impor ao outro o que não se impõe a si mesmo, não é só antiético. Também viola o núcleo do que entendemos por igualdade. A maconha, como se pode ver nos estudos sobre seus riscos em relação às drogas não criminalizadas, é apenas um pretexto para o controle da subcidadania. E mesmo para os que ingenuamente acreditam na sua utilidade, como a cada dia essa guerra se torna mais bárbara, violenta e obtusa, vislumbramos um discurso esquizofrênico porque há uma quebra da realidade: esperar resultados diferentes fazendo sempre a mesma coisa. Mais do mesmo. Mais barbárie.

A guerra seletiva às drogas, esperamos, chegará ao fim em nosso país porque nos Estados centrais isso já está ocorrendo no seu berço: os Estados Unidos da América. A maconha é o primeiro passo porque é o *case* mais gritante. Mas não sem décadas de opressão, muitas hipocrisias, centenas de milhares de prisões, milhares de mortes e muito sofrimento para os estratos inferiores da pirâmide social e, reflexamente, para os estratos médios. Milhões de estigmatizados, milhões marginalizados e lançados à reincidência – uma profecia que se autorrealiza, surrealisticamente aplicada como agravante porque seria demais

reconhecer que o sistema tem fins desumanos, de destruição de subjetividades e de banalização do mal.

Fundamentos normativos, como demonstramos, não faltam para pôr fim a essa estúpida política criminal de guerra: sob a ótica técnico-jurídica, façamos uma filtragem hermenêutica. Declaremos a nulidade sem redução de texto do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em face da sua inconstitucionalidade e inconvencionalidade, nos termos do art. 5º, *caput*, e inciso X, da Constituição Federal, no primeiro caso; e arts. 11.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, por fim, art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Talvez seja a única forma de não fazermos parte dessa barbárie construída diuturnamente.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Humberto. Drogas e violência: a realidade nos países que legalizaram. **Portal Vermelho**, aba Geral, 25 set. 2015. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/270659-10>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. **Princípio da proporcionalidade e a guerra contra as drogas**. 2. ed. Natal: OWL, 2015.

ASPIRIN risk compares to driving cars, study finds. **Reuters**. Aba Health News, 8 mai 2007. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-risks-idUSN0737156120070508>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

BALKO, Radley. **Rise of the warrior cop: the militarization of America's Police Forces**. [Recurso eletrônico]. New York: Public Affairs, 2013.

BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. La internacionalización de la guerra contra las drogas: las drogas ilícitas como un mal moral y un valioso enemigo. In: **Casus belli**: cómo los Estados Unidos venden la guerra. Trad. para o espanhol de Beatriz Martínez Ruiz. Amsterdam: Transnational Institute, 2010, p. 225-228.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Decreto n. 592, de 6 de Julho de 1992**: Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**: Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico **DJe-031**. Divulg. 18 fev. 2016, public. 19 fev. 2016.

_____. **Resolução - RE nº 543, de 19 de abril de 2001**. Publicada no DO de 20/04/01. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/RE_543_2001.pdf/7a7d6182-86c5-4bd4-8539-402709f02c55>. Acesso em: 1 mar. 2017.

BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. [Edição digital]. São Paulo: Leya, 2011.

CALIFÓRNIA, Massachusetts e Nevada legalizam uso recreativo da maconha. **Globo.com**, aba Mundo, 9 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/california-aprova-legalizacao-do-uso-recreativo-de-maconha.html>>. Acesso em: 1 mar 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** [Recurso eletrônico]. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CLAUSEWITZ, Carl Von. **On war**. New York: Oxford University Press, 2007.

FRAMPTON, Mary Louise; LÓPEZ, Ian Haney; SIMON, Jonathan. Introduction. In: _____ (Eds.). **After the war on crime: race, democracy, and a new reconstruction**. New York: New York University Press, 2008.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **The Geneva Conventions of 12 august 1949**. [Recurso eletrônico]. Geneva: International Committee of the Red Cross, [2015?].

LERNER, Mitchell B. (Ed.). **A Companion to Lyndon B. Johnson**. [S.l.]: Blackwell Publishing, 2012.

MANAUS é a cidade com maior número de mortos por raios. **Globo.com**. Fantástico, Rio de Janeiro, 7 fev. 2010. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1480575-15605,00.html>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

MARX, Karl. **Acerca del colonialismo (artículos y cartas)**. Moscou: Progreso, 1972.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. [Recurso digital – Kobo]. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHENER, H. A.; DELAMATER, J. D.; MYERS, D. J. **Psicologia Social**. São Paulo: Thomson, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MUSTO, David. **The American disease**: origins of narcotic control. 3. ed. New York: Oxford University Press, 1999.

NUTT, David J.; KING, Leslie A; PHILLIP, Lawrence D. **Drug harms in the UK**: a multicriteria decision analysis, *The Lancet*, v. 376, nov., 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença do caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2006**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/component?option=com_phocadownload/Itemid,6/download,1/id,1/view,category/>. Acesso em: 1 mar. 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Teoría del derecho**: uma concepción de la experiencia jurídica. 5. ed. Madri: Tecnos, 2006.

QUEENSLAND University of Technology. **Treating sugar addiction like drug abuse**. ScienceDaily. ScienceDaily, 7 April 2016. Disponível em: <www.sciencedaily.com/releases/2016/04/160407111828.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Discurso sobre o sistema penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 861, p. 466-482, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). **Global status report on alcohol and health – 2014**. Geneve: World Health Organization, 2015a.

_____. World Health Organization (WHO). Media Center. **Obesity and overweight**. Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/en/>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. **WHO Report on the Global Tobacco Epidemic – 2015**. Geneva: World Health Organization, 2015b.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Census Bureau, 2015a**. QuickFacts. Disponível em: <<http://quickfacts.census.gov/qfd/states/00000.html>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. **Prisoners in 2015**. [S.i]: Dec 2015b. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p15.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. Department of Justice. **Opinions and recommended Ruling, Findings of Fact, Conclusions of Law and Decision of Administrative Law Judge**. Disponível em: <<http://www.ccguides.org/young88.php>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em em 10 de dezembro de 1948**. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

WACQUANT, Loïc. **Castigar a los pobres**: el gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona: Gedisa, 2010.

_____. **Urban outcasts**: a comparative sociology of advanced marginality. Cambridge: Polity Press, 2008.

WHITBOURNE, Susan Krauss; HALGIN, Richard P. **Psicopatologia**: perspectivas clínicas dos transtornos psicológicos. 7. ed. Porto Alegre: ARTMED, 2015.

WILLRICH, Michael. Criminal justice in the United States. In: GROSSBERG, Michael; TOMLINS, Christopher (Ed.). **The Cambridge history of law in America**, p. 195-231. New York: Cambridge University Press, 2008. v. III.

Correspondência | Correspondence:

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior
Fórum Distrital Varela Barca, Av. Nossa Senhora de Guadalupe, 2145,
Panatis III, CEP 59.112-560. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3615-4663.
Email: rosivaldotoscano@tjrn.jus.br

Recebido: 15/02/2017.

Aprovado: 12/03/2017.

Nota referencial:

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Maconha na guerra às drogas: (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 19, n. 1, p. 227-261, jan./abr. 2017. Quadrimestral.