



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

SAMANTHA PEPE REIS

**UMA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS DE ORDEM JURÍDICA, ECONÔMICA E  
SOCIAL DA DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA CÂNBIS:  
alternativas de enfrentamento à política do proibicionismo**

BRASÍLIA

2022

SAMANTHA PEPE REIS

**UMA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS DE ORDEM JURÍDICA, ECONÔMICA E  
SOCIAL DA DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA CÂNABIS:  
alternativas de enfrentamento à política do proibicionismo**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB), como requisito para obtenção do título de Bacharela no Curso de Direito.

**Orientador:** Prof. Ms. Tédney Moreira da Silva

BRASÍLIA

2022

SAMANTHA PEPE REIS

**UMA ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS DE ORDEM JURÍDICA, ECONÔMICA E  
SOCIAL DA DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA CÂNABIS:  
alternativas de enfrentamento à política do proibicionismo**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Ciências  
Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro  
Universitário de Brasília (CEUB), como  
requisito para obtenção do título de  
Bacharela no Curso de Direito.

**BRASÍLIA, \_\_\_\_\_ DE \_\_\_\_\_ DE 2022.**

**BANCA AVALIADORA**

---

Prof. Ms. Tédney Moreira da Silva

---

Prof(a). Avaliador(a)

*“Desobediência civil é um Direito intrínseco ao cidadão. Reprimi-la é tentar encarcerar a consciência.”*

*(Mahatma Gandhi)*

## RESUMO

Trata-se de Monografia apresentada no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília. A sua finalidade é analisar os efeitos práticos da política proibicionista que impôs um controle penal rígido sobre a cânabis, planta cujas substâncias são classificadas como ilícitas, frente às alternativas de adoção, no âmbito nacional, de medidas despenalizadoras e de regulamentação. O trabalho se desenvolve em cinco capítulos: no primeiro, se aborda os aspectos históricos que levaram à proibição da cânabis. No segundo capítulo, se procede a uma análise dos impactos da adoção da atual política punitiva sobre a cânabis e das penas aplicadas em razão da política criminal. Analisa-se, no terceiro momento, à luz dos princípios da proporcionalidade e da transcendentalidade como instrumentos jurídicos, a criminalização da cânabis e das condutas a ela relacionadas. No quarto capítulo se faz uma análise dos efeitos práticos da legalização da cânabis de ordem jurídica, econômica e social no caso do estado do Colorado e se apresenta o Recurso Extraordinário 635.659. No último momento, se aduz os resultados da pesquisa de opinião pública acerca da descriminalização e legalização da cânabis. Apresentam-se como hipóteses e resultados pretendidos do trabalho os seguintes: a criminalização da cânabis, geradora da guerra às drogas, é diretamente responsável por diversas violações de direitos humanos, sendo esta socioeconomicamente prejudicial e os seus efeitos desproporcionais, inefetivos e incoerentes em relação aos seus objetivos, fazendo-se adequado e necessário o rompimento com a política proibicionista da criminalização da cânabis.

**Palavras-chave:** Proibicionismo; criminalização da cânabis; direitos humanos; descriminalização e legalização da cânabis; Princípios da Proporcionalidade e Transcendentalidade.

## LISTA DE FIGURAS

<b>Figura 1</b> – Anagrama da palavra maconha.....	12
<b>Figura 2</b> – Propaganda dos cigarros Grimault.....	13
<b>Figura 3</b> – Penas aplicadas em 200 processos analisados.....	28
<b>Figura 4</b> – Média de meses para arquivamento dos processos analisados.....	28
<b>Figura 5</b> – Faturamento da Indústria da Maconha nos anos de 2014 e 2015.....	39
<b>Figura 6</b> – Número de empregos criados pela Legalização da Maconha.....	40
<b>Figura 7</b> – Gráfico 1.....	43
<b>Figura 8</b> – Gráfico 2.....	44
<b>Figura 9</b> – Gráfico 3.....	44
<b>Figura 10</b> – Gráfico 4.....	45
<b>Figura 11</b> – Gráfico 5.....	45
<b>Figura 12</b> – Gráfico 6.....	46
<b>Figura 13</b> – Gráfico 7.....	47
<b>Figura 14</b> – Gráfico 8.....	47
<b>Figura 15</b> – Gráfico 9.....	48
<b>Figura 16</b> – Gráfico 10.....	49
<b>Figura 17</b> – Gráfico 11.....	50
<b>Figura 18</b> – Gráfico 12.....	50
<b>Figura 19</b> – Gráfico 13.....	51
<b>Figura 20</b> – Gráfico 14.....	52
<b>Figura 21</b> – Gráfico 15.....	52
<b>Figura 22</b> – Gráfico 16.....	53
<b>Figura 23</b> – Gráfico 17.....	54

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 ASPECTOS HISTÓRICOS: SISTEMA PROIBICIONISTA NO BRASIL E SEUS OBJETIVOS.....</b>	<b>10</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CHEGADA DA CÂNABIS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO.....	11
2.2 O PROIBICIONISMO E A CRIMINALIZAÇÃO DA CÂNABIS.....	13
<b>3 ANÁLISE DOS IMPACTOS DA ADOÇÃO DA ATUAL POLÍTICA PUNITIVA SOBRE A CÂNABIS E DAS PENAS APLICADAS EM RAZÃO DA POLÍTICA CRIMINAL .....</b>	<b>19</b>
3.1 IMPACTOS DA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS.....	19
3.2 AS PENAS APLICADAS EM RAZÃO DA POLÍTICA CRIMINAL.....	24
3.2.1 Tráfico de drogas.....	24
3.2.2 Posse de maconha para uso pessoal.....	27
<b>4 A CRIMINALIZAÇÃO DA CÂNABIS E DAS CONDUTAS A ELA RELACIONADAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA TRANSCENDENTALIDADE COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS.....</b>	<b>30</b>
4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	30
4.2 O EXAME DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	30
4.3 O EXAME DO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE...33	
4.4 A CRIMINALIZAÇÃO DA CÂNABIS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE.....	35
<b>5 O CASO DO ESTADO DO COLORADO E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 .....</b>	<b>38</b>
5.1 ANÁLISE DOS EFEITOS PRÁTICOS DE ORDEM JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL NO CASO DO ESTADO DO COLORADO.....	38
5.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659.....	41
<b>6 PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA CÂNABIS NO BRASIL.....</b>	<b>43</b>
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil internalizou, seguindo os trâmites legais, todos os instrumentos internacionais de controle de drogas, caracterizando-se pela implementação ampla da política proibicionista, que se adequou facilmente ao modelo brasileiro. Tal política repressiva se ampara na comoção e no sensacionalismo midiático, que tem por objetivos a garantia da eleição de figuras políticas conservadoras e a liberação de verbas para a militarização do combate às drogas. O direito penal da indústria do controle do crime é um mercado que movimenta bilhões anualmente.

Pode-se entender o proibicionismo como um posicionamento ideológico, de fundo moral e que se traduz em ações políticas. Estas ações de cunho político, através da edição de leis penais e criminalização de condutas, voltam-se para a regulação de comportamentos, produtos ou fenômenos interpretados como negativos sob a ótica dessa ideologia.

A criminalização de condutas, no ordenamento jurídico vigente, deve estar relacionada a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, seja por ação ou omissão. Somente é possível proibir uma conduta se esta for apta a causar dano ou perigo concreto de dano a um bem jurídico alheio. Não é o Estado autorizado, em uma democracia, a intervir em condutas meramente individuais, que não apresentam um risco concreto para terceiros, não sendo proporcional ou coerente a criminalização da posse para uso pessoal da cânabis, equivalente a um mero perigo de autolesão e que não afeta qualquer bem jurídico alheio individualizável.

O crescente incremento punitivo e repressivo às drogas consideradas ilícitas, como a cânabis, recebe um enorme investimento de recursos na área militar e dissemina a ideia da guerra moldadora de uma política criminal repressiva que agrava a situação carcerária.

Assim, o presente trabalho visa investigar a coerência da política penal proibicionista, à luz do princípio da proporcionalidade e transcendentalidade, no aspecto de sua adequação e respeito aos parâmetros de racionalidade em contraposição às violações de direitos humanos geradas pela denominada guerra às drogas. Por fim, objetiva através de uma abordagem predominantemente comparativa, expor os efeitos práticos de ordem jurídica, econômica e social nos países e estados que efetivamente legalizaram ou descriminalizaram a cânabis.

Diante das mudanças na opinião pública internacional, que atualmente está mais favorável à reforma do modelo atual de tratados e leis de drogas, faz-se necessário debater sobre a eficácia e analisar os efeitos práticos da imposição do sistema proibicionista, no que tange aos aspectos da violação dos direitos humanos, bem como se faz necessário analisar as novas experiências de descriminalização e legalização da cânabis adotadas no âmbito nacional por outros países e estados, para possibilitar uma tentativa de rompimento com o modelo atualmente adotado no Brasil.

O seu objetivo geral é verificar a coerência jurídica, social e econômica da manutenção da adoção do sistema de políticas proibicionistas no Brasil. Para o desenvolvimento do objetivo geral do trabalho, pretende-se estudar os aspectos históricos da criação de um sistema proibicionista que classificou a cânabis como droga ilícita; pesquisar sobre as Convenções Internacionais que atualmente baseiam a política internacional de drogas e verificar os seus objetivos específicos; realizar um levantamento de dados do encarceramento pelos crimes relacionados ao tráfico e posse para consumo da cânabis no Brasil; levantar estudos para analisar os custos humanos e econômicos da adoção da atual política punitiva sobre a cânabis na realidade social do Brasil; estudar a aplicação das penas pelos crimes relacionados ao tráfico e consumo de drogas ilícitas em relação aos demais crimes do Direito Brasileiro para verificar a coerência interna do sistema de normas penais pelo princípio da proporcionalidade, no seu aspecto de adequação e, por fim, pesquisar os efeitos práticos de ordem jurídica, econômica e social nos países e estados que efetivamente legalizaram ou descriminalizaram a cânabis.

Este trabalho pretende responder às seguintes questões:

1. Quais foram os instrumentos internacionais que criminalizaram a cânabis e quais são os objetivos declarados da política proibicionista;
2. Qual é a coerência da política penal proibicionista de guerra às drogas que criminaliza a cânabis à luz do princípio da proporcionalidade, no aspecto de sua adequação e respeito aos parâmetros de racionalidade e de defesa dos Direitos Humanos, considerando que grande parte das violações a tais Direitos decorrem desta mesma guerra;
3. Com base no princípio da transcendentalidade, de que forma se justifica a criminalização da posse para consumo próprio da cânabis, tendo em consideração que as condutas só podem ser proibidas se forem aptas a causar dano ou perigo concreto de dano a um bem jurídico alheio;

Para o desenvolvimento do trabalho de conclusão de curso, será utilizada a metodologia bibliográfica quali-quantitativa, através de uma análise comparativa, para fins de levantamento dos conceitos utilizados acerca do tema, segundo a doutrina jurídica e jurisprudência vigente.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS: SISTEMA PROIBICIONISTA NO BRASIL E SEUS OBJETIVOS

Este primeiro capítulo tem como objetivo analisar os aspectos históricos que levaram à criminalização da cânabis e que levaram à criação de um sistema proibicionista expressado internacionalmente em convenções da ONU, bem como pretende analisar os objetivos deste sistema de redução do consumo, de impedimento de produção e de erradicação de determinadas substâncias.

Sobre as demandas antidrogas, leciona Thiago Rodrigues (RODRIGUES *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 91):

É importante ter em mente que demandas antidrogas, organizadas por grupos militantes ou difusas na sociedade, precederam à elaboração das primeiras leis sobre psicoativos e, mais que isso, foram o substrato sobre o qual governos nos quatro continentes erigiram estatutos legais repressores. Essa pressão moralista contra as drogas remonta a finais do século XIX e princípios do século XX, e assumiu formas particulares nas Américas, Europa e Ásia. Se hoje o proibicionismo está cristalizado em normas internacionais, há cerca de um século havia um vazio jurídico que deixava ainda intocado, do ponto de vista da regulamentação legal, um mercado de drogas psicoativas bastante vigoroso e mobilizador de importantes interesses econômicos.

O proibicionismo é uma classificação do modelo que rege a atuação dos Estados em face de determinado conjunto de substâncias. Este paradigma pode ser entendido, no entendimento de Maria Lucia Karam (KARAM, 2007, p. 181-182), como:

[...] um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros.

Sobre o proibicionismo, explica Thiago Rodrigues (RODRIGUES *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 91): “*Antes de ser uma doutrina legal para tratar a “questão das drogas” o proibicionismo é uma prática moral e política que defende que o Estado deve, por meio de leis próprias, proibir determinadas substâncias e reprimir seu consumo e comercialização*”.

Atualmente, este sistema encontra previsão na Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964 (BRASIL, 1964), que revogou as convenções anteriores e foi revista através de um Protocolo de 1972; no Convênio sobre substâncias psicotrópicas, de 1971; e na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 - Convenção de Viena (PERFEITO, 2018, p. 37-44) e os seus objetivos são os da redução do consumo, impedimento de produção e erradicação de determinadas substâncias.

O Brasil teve exemplar atuação na criação de legislações proibicionistas, no caso específico da cânabis, que foi considerada definitivamente ilegal em território nacional em 1932, cinco anos antes de os EUA adotarem este posicionamento (FIORE, 2012, p. 10).

## 2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CHEGADA DA CÂNABIS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

A cânabis (*cannabis sativa*) é uma planta não natural do Brasil. Segundo documento oficial do Ministério das Relações Exteriores em 1959, ela foi trazida ao país pelos escravos negros e, por este motivo, recebeu a denominação de “fumo-de-Angola” ou “fumo de negro” (SAAD, 2018, p. 16). De acordo com Elisaldo Araújo Carlini (CARLINI, 2006, p. 315) : “*a planta teria sido introduzida em nosso país, a partir de 1549, pelos negros escravos, como alude Pedro Côrrea, e as sementes de cânhamo eram trazidas em bonecas de pano, amarradas nas pontas das tangas*”.

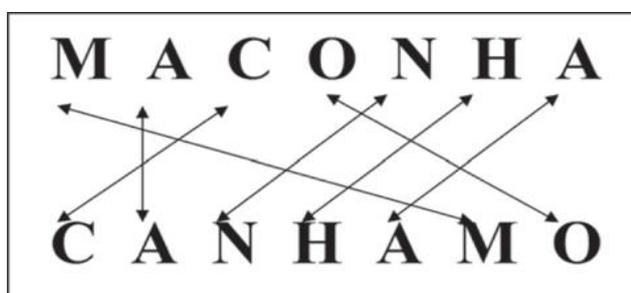
Há uma contradição entre este relato oficial do governo brasileiro, ao afirmar que a planta teria sido introduzida pelos escravizados negros e os registros históricos que indicam que a produção do cânhamo era uma política do Estado, pois este era um dos principais produtos agrícolas da Europa, utilizado em páginas de papel de cânhamo, em telas feitas de suas fibras e, também, na produção de embarcações portuguesas. De acordo com André Barros e Marta Peres (BARROS; PERES, 2011, p. 3):

Desde a antiguidade, gregos e os romanos usaram velas e cordas de cânhamo nos navios. No século XV, cultivado nas regiões de Bordéus e da Bretanha, na França, em Portugal e na África, o cânhamo era destinado à confecção de cordas, cabos, velas e material de vedação dos barcos, que inundavam com frequência em longas navegações. O produto obtido de suas

fibras, dotado de rigidez e elasticidade, proporcionava às caravelas uma enorme velocidade. Incluindo velame, cordas e outros materiais, havia 80 toneladas de cânhamo no barco comandado por Cristóvão Colombo, em 1496. O cultivo de cânhamo em terras lusas tornou-se massivo à época das Grandes Descobertas, pois fornecia o material das embarcações portuguesas. Decreto do rei D. João V, de 1656, comprova que o incentivo à produção de maconha era uma política de Estado.

Aliás, a “maconha”, em português, seria um anagrama da palavra “cânhamo”, conforme mostra a **Figura 1**.

**Figura 1. Anagrama da palavra maconha.**



Fonte: (CARLINI, 2006, p. 315)

Conforme registros, no século XVIII, o cultivo da cânabis no Brasil era uma preocupação da Coroa Portuguesa, que procurava incentivar a cultura desta planta. Conforme (CARLINI, 2006, p. 315):

[...] aos 4 de agosto de 1785, o Vice-Rei [...] enviava carta ao Capitão General e Governador da Capitania de São Paulo [...] recomendando o plantio de cânhamo por ser de interesse da Metrópole [...] remetia a porto de Santos [...] ‘dezesseis sacas com 39 alqueires’ de sementes de maconha [apud. Fonseca, 1980, p. 133-145]

Nos anos em que seguiram, o uso da planta se disseminou entre os negros escravos e os indígenas brasileiros, atingindo a classe média após a divulgação dos trabalhos do Professor Jean Jacques Moreau, da Faculdade de Medicina da Tour, na França. Segundo Elisaldo Araújo Carlini (CARLINI, 2006, p. 315)

Contra a bronchite chronica das crianças [...] fumam-se [cigarrilhas Grimault] na asthma, na tísca laryngea, e em todas [...]. Debaixo de sua influência, o espírito tem uma tendência às idéias risonhas. Um dos seus efeitos mais ordinários é provocar gargalhadas [...]. Mas os individuos que fazem uso contínuo do haschich vivem num estado de marasmo e imbecilidade [apud. Chernoviz, 1888]

Os cigarros Grimault, ou “cigarrilhas Grimault”, tinham espaço em catálogos de produtos farmacêuticos ainda em 1905, quando eram publicados em meios de propaganda, conforme mostra a Figura 2.

**Figura 2. Propaganda dos cigarros Grimault.**



Fonte: (CARLINI, 2006, p. 316)

## 2.2 O PROIBICIONISMO E A CRIMINALIZAÇÃO DA CÂNABIS

O modelo proibicionista de controle de drogas se sustenta em um fundamento jurídico-moral, unido a um fundamento sanitário-social, constituindo o modelo internacional imposto pelas Nações Unidas por meio de tratados internacionais. Explica Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (RODRIGUES, 2006, p. 45-46):

[...] foi implementado em oposição ao total liberalismo que existia até o início do século XX, e caracteriza-se pelo controle da oferta, da produção e do consumo. Busca dissuadir o uso de determinadas substâncias através da coação e da ameaça de punição, em especial com pena de prisão, e tem por objetivo alcançar o ideal da abstinência.

Dois fatores básicos se relacionam à origem do proibicionismo moderno, o primeiro desses se traduz na Reforma Moral Puritana, nos Estados Unidos: essa reforma associava o consumo do ópio, da cocaína, da cânabis e do álcool aos grupos marginais e imigrantes definidos por classe social, por religião ou por etnia; o segundo fator é verificado na transposição do Estado Mínimo pelo crescimento de burocracias em resposta aos conflitos, havendo as associações médicas e farmacêuticas se aliado à onda do puritanismo com o fim de obter o controle e o monopólio sobre as drogas

(SILVA, 2017, p. 93). Sobre o tema Joyce Keli do Nascimento Silva explica (SILVA, 2017, p. 94):

[...] o controle internacional de drogas tem início em 1909, quando representantes da Inglaterra, Alemanha, França, Holanda e Portugal, potências coloniais da época; dos Estados Unidos, então potência ascendente; bem como representantes de outros importantes países se reuniram na Conferência de Xangai com emissários do Império Chinês, para debater a limitação da produção e do comércio do ópio e seus derivados.

Esta Conferência, conforme ensina Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (RODRIGUES, 2006, p. 38) é a criação de:

[...] um esboço de um sistema de cooperação internacional em assuntos de droga, que inspirou a primeira convenção sobre ópio de 1912, e inaugurou a prática de encontros diplomáticos para a discussão do tema do controle de drogas psicoativas, motivadas pelo *ímpeto proibicionista norte-americano*.

Sobre a primeira Convenção do Ópio, a autora (RODRIGUES, 2006, p. 38) dispõe:

A 1ª Convenção sobre Ópio da Haia, realizada em 1912, foi mais uma vez incentivada pelos EUA, pressionando pela implementação de sua política a nível internacional, e culminou com a elaboração de um documento de grande impacto, que explicitamente exigia a limitação da produção e venda de ópio e opiáceos (morfina), incluindo pela primeira vez a cocaína, que eram as substâncias de maior visibilidade nas sociedades americana e européia do início do século XX. Estabeleceu-se a necessidade de cooperação internacional no controle dos narcóticos, restringindo-se seu uso lúdico, apenas permitido o uso médico. A Convenção da Haia representa a consolidação da postura proibicionista dos Estados Unidos no âmbito mundial, em especial com a ampliação do rol de substâncias proibidas.

Em 1925, na Segunda Conferência Internacional do Ópio, em Genebra, cuja agenda previa apenas a discussão das substâncias ópio e cocaína, o delegado brasileiro Pernambuco Filho, juntamente com o delegado egípcio, demonstraram esforços para incluir a cânabis na discussão, sob o argumento de que a cânabis seria uma substância "*mais perigosa que o ópio*" (KENDELL, 2003, p. 297). Essa participação do Brasil no processo que criminalizou a cânabis é confirmada em uma publicação científica brasileira na década de 1930, conforme (LUCENA, 1934, p. 01):

[...] já dispomos de legislação penal referente aos contraventores, consumidores ou contrabandistas de tóxico. Aludimos à Lei nº 4.296 de 06 de julho de 1921 que menciona o haschich. No Congresso do ópio, da Liga das

Nações Pernambuco Filho e Gottuzo conseguiram a proibição da venda da maconha. Partindo daí deve-se começar a dar cumprimento aos dispositivos do referido Decreto, nos casos especiais dos fumadores e contrabandistas da maconha.

Todavia, os esforços empregados em 1924 pelo delegado Pernambuco Filho em Genebra contradiziam documento oficial do governo brasileiro (Ministério de Relações Exteriores), que dispunha (CARLINI, 2006, p. 316):

Ora, como acentuam Pernambuco Filho e Heitor Peres, entre outros, essa dependência de ordem física nunca se verifica nos indivíduos que se servem da maconha. Em centenas de observações clínicas, desde 1915, não há uma só referência de morte em pessoa submetida à privação do elemento intoxicante, no caso a resina canábica. No canabismo não se registra a tremenda e clássica crise de falta, acesso de privação [sevrage], tão bem descrita nos viciados pela morfina, pela heroína e outros entorpecentes, fator este indispensável na definição oficial de OMS para que uma droga seja considerada e tida como toxicomanógena.

Os esforços do médico Pernambuco Filho, indiscutivelmente, influenciaram a criminalização da cânabis em todo o mundo. Esta planta não constava da recomendação de 1912 e foi, nas palavras de André Barros e Marta Peres (BARROS; PERES, 2011, p. 14), “*baseada nas ideias racistas e escravocratas presentes no discurso de um psiquiatra brasileiro, que a criminalização da maconha viria a ser internacionalizada*”.

A 1ª Convenção de Genebra, em 1931, delineou então os primeiros objetivos do recém adotada política proibicionista, que eram, nas palavras de Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (RODRIGUES, 2006, p. 39):

[...] limitar a fabricação e regulamentar a distribuição dos estupefacientes ou drogas narcóticas, o que limitou a fabricação mundial de drogas para finalidades médicas e científicas, e restringiu as quantidades de drogas disponíveis em cada estado e território, sendo vetado aos países signatários que excedessem a fabricação ou importação das suas necessidades de narcóticos previstas.

Após cinco anos, em 1936, foi assinada a 2ª Convenção de Genebra, essa foi direcionada especificamente ao combate do tráfico ilícito de drogas consideradas como perigosas. Entrou em vigor em 1939 e previa um mandato criminalizante a todos os seus signatários (SILVA, 2017, p. 101) por meio de, nas palavras de Camila Soares Lippi (LIPPI, 2013, p. 57): “*mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, regulamentando a extradição de pessoas que cometam qualquer dos*

*atos previstos em seu art. II* e “*também de cartas rogatórias em processos que tenham como objeto qualquer dessas condutas*”. Foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 2.994/38 (SILVA, 2017, p. 101).

Advieram, então, após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas em 1945, três Convenções ainda hoje em vigor, que tratavam sobre o controle internacional de drogas: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1972 e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (RODRIGUES, 2006, p. 41).

A primeira destas, a Convenção Única sobre Entorpecentes, em 1961, proibiu expressamente o uso não médico da cânabis, bem como instituiu um sistema internacional de controle e de responsabilidade aos estados-parte e reforçou o controle de distribuição, produção e comércio de drogas. Esta Convenção marca, nas palavras de Joyce Keli do Nascimento Silva uma (SILVA, 2017, p. 102): “*militarização da segurança pública e atribuição de legitimidade às agências norte-americanas de repressão, operadores por excelência desse tipo de controle policial sobre as drogas*”.

Sobre o tema, expõe Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (RODRIGUES, 2006, p. 40):

Nesse momento nota-se a radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias, inclusive algumas que eram consumidas há milênios por tribos nativas da América Latina, como é o caso de folha de coca no Peru e na Bolívia. Pretendia-se impor uma valoração negativa sobre uma cultura ancestral, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos.

Reflete Joyce Keli do Nascimento Silva sobre o preâmbulo da Convenção Única sobre Entorpecentes (SILVA, 2017, p. 102-103):

[...] o preâmbulo da Convenção de 1961, ao expressar os objetivos desta, adota o discurso das drogas como um “mal à saúde física e moral da humanidade”. A Bewley-Taylor e Jelsma [2011] chamam a atenção para o fato de que expressões dotadas de carga emotiva sempre estiveram presentes durante as negociações dos tratados anteriores e da própria Convenção de 1961, mas que foi a primeira vez que constou em um documento internacional sobre controle de drogas o termo emotivo ‘mal’.

A segunda destas, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1972, trouxe uma novidade no controle penal das drogas ao incluir no rol de substâncias

proibidas as drogas psicotrópicas. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues leciona que (RODRIGUES, 2006, p. 40):

[...] até então apenas as drogas narcóticas relacionadas com o ópio, além da cannabis e da cocaína, estavam sujeitas a controle internacional, muito embora outras substâncias, como os estimulantes, anfetaminas e LSD, até então fora do controle, tivessem também efeitos psicoativos”. Quando a Convenção entrou em vigor, em 1976, essas substâncias psicotrópicas bem como os sedativos-hipnóticos e os tranquilizantes foram objeto do controle internacional.

A última das três convenções ainda em vigor, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, foi assinada e depois promulgada no Brasil através do Decreto nº. 154, de 26 de junho de 1991 (SILVA, 2017, p. 107).

Explica Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues que a Convenção de 1988 (RODRIGUES, 2006, p. 41): *“pretende combater as organizações de traficantes, através da ampliação das hipóteses de extradição, cooperação internacional e do confisco de ativos financeiros dos traficantes, unificando e reforçando os instrumentos legais já existentes”*.

Esta última convenção, além de inaugurar a política de erradicação de cultivos de qualquer planta com propriedades entorpecentes também cria um sistema de monitoramento e controle de todas as substâncias químicas utilizadas na produção de drogas. Nesse sentido, leciona Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (RODRIGUES, 2006, p. 42-43):

Dentre os objetivos principais declarados dessa Convenção, estabeleceu-se também a meta de erradicação do cultivo de plantas narcóticas [o que se aplicava diretamente aos países produtores de coca da América Latina], e de aumento dos esforços contra a produção ilícita de drogas, incluindo o monitoramento e o controle de substâncias químicas usadas no preparo e manufatura de drogas ilícitas.

Foi com base neste último instrumento de 1988 que se internacionalizou de forma definitiva a política americana de “guerra às drogas”. É certo que a definição de tráfico de entorpecentes contida no artigo 3.1.a. da referida convenção foi contemplada nos sistemas penais de diversos países.

[...]

Um ponto de suma importância, bastante questionado na época, foi a indicação na Convenção da incriminação do usuário na posse de entorpecentes para fins de exclusivo consumo pessoal e a imposição da prisão como pena nesse caso. De acordo com o texto convencional, a definição de “tráfico ilícito” incluiria também a posse, compra ou cultivo de drogas para uso pessoal, medida questionável do ponto de vista constitucional, além de pouco recomendável em termos de política criminal, por ser a prisão considerada estigmatizante e ineficaz.

Desde a Convenção sobre Ópio de 1912, treze instrumentos internacionais objetivando o controle de drogas foram assinados e ratificados pela maioria dos países. Apesar de todos os esforços, 113 anos depois, verifica-se que poucos resultados práticos foram alcançados. Nas palavras de Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (RODRIGUES, 2006, p. 45): *“apesar da proibição, se mantém a produção, o tráfico e o consumo de substâncias em todos os países do mundo”*.

Em face deste cenário, se faz necessário avaliar a coerência de se manter um sistema repressivo de controle às drogas, que não é capaz de atender aos seus próprios objetivos, e que vem, progressivamente, causando diversos efeitos colaterais que ameaçam a sociedade, no que tange à violação de seus Direitos Humanos.

### 3 ANÁLISE DOS IMPACTOS DA ADOÇÃO DA ATUAL POLÍTICA PUNITIVA SOBRE A CÂNABIS E DAS PENAS APLICADAS EM RAZÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

O discurso do combate às drogas merece especial consideração crítica. Caracterizado por uma expressão rigorosamente condenatória, é percebido pela veemência de uma argumentação emotiva, alarmista, sensacionalista e moralista defronte a uma análise serena, objetiva, científica e isenta de juízos de valores. A abordagem midiática da cruzada antidrogas se limita a preconização de uma repressão radical implacável restringida às drogas classificadas como ilícitas, fazendo prevalecer a cegueira de uma visão unidimensional, inapropriada para análise do fenômeno em toda a extensão de sua complexidade (BUCHER; OLIVEIRA, 1994, p. 137-138).

Sobre o proibicionismo, dispõe Thiago Rodrigues (RODRIGUES *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 98):

O proibicionismo parece ser uma técnica interessante para as estratégias de biopolítica porque é um instrumento que, ao mesmo tempo, pode disciplinar a prática médica – intervindo em condutas profissionais e em práticas de automedicação ou livre intoxicação dos indivíduos – e vigiar uma parcela considerável da sociedade que deve ser controlada, revistada, observada de perto, confinada. Quando a proibição, ao invés de coibir acaba por estimular um mercado ilícito vigoroso, indivíduos pertencentes a grupos já anteriormente passíveis de vigilância ganham um acréscimo de “periculosidade” porque além dos crimes que poderiam cometer, passa a ser possível um novo crime, tão ameaçador porque é uma afronta ampla à sociedade. Um grande medo, um hediondo crime: ao mesmo tempo um problema moral, de saúde pública e de segurança pública. Com tal “potencial”, as técnicas de governo não poderiam descuidar do tráfico e do uso de psicoativos ilegais como vetor de biopolítica.

Verifica-se, desta forma, que para o autor o proibicionismo é um instrumento da biopolítica, usado pelo governo para restringir o tráfico e o uso de psicoativos ilegais.

#### 3.1 IMPACTOS DA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS

A relação entre o Direito Penal e a política de combate às drogas (chamada “guerra às drogas”) nasceu em Genebra, na Convenção para a repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, em 1936, por iniciativa dos EUA. O intuito norte-americano

foi de tornar o tipo penal tráfico de drogas abstrato, de forma a evitar a obrigatoriedade de caracterização do dolo de venda para punir o indivíduo envolvido, buscando abranger toda e qualquer pessoa envolvida com a substância caracterizada como “droga” (VALOIS, 2016, p. 419-420).

Sobre o tema, Luis Carlos Velois explica (VALOIS, 2016, p. 419):

A atividade do judiciário no campo da guerra às drogas tem sido de natureza complementar, relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate às drogas. O judiciário, com efeito, tem agido como um verdadeiro aliado da polícia de drogas.

Dizendo de outra forma, o judiciário, que era para ser um órgão garantidor de direitos e, mais do que isso, um alicerce de cientificidade e coerência diante da fraqueza e suscetibilidade demonstradas pelo Legislativo, apresenta-se também com sua política de drogas que, como todas nesse campo, é mais polícia do que polícia.

Para o autor, o propósito do legislador foi o de criar um crime de fácil apuração e condenação, relativizando a necessidade de comprovação do dolo e ampliando os verbos do crime de tráfico de drogas, com o objetivo de tornar mais fácil a atividade policial quando tratando de envolvimento com substâncias classificadas como ilícitas (VALOIS, 2016, p. 420).

Em minuciosa análise às decisões judiciais no estado de Alagoas, Bruno Cavalcante Leitão Santos, Francisco de Assis de França Júnior e Arthur de Mendonça Porto se posicionam (SANTOS; JÚNIOR; PORTO, 2020, p. 4):

Sabe-se que essa política ostenta-se fracassada a nível global, razão pela qual seus resultados não poderiam ser diferentes no estado de Alagoas, que acaba por adotá-la levantando a bandeira do velho e conhecido sermão da moralidade e dos bons costumes. Diz-se que é um fracasso porque trata-se de uma política que nunca se mostrou capaz de diminuir o tráfico ou o consumo, tampouco extingui-los – a verdade é que o tráfico de drogas é um negócio regido pela lei da oferta e da procura, logo, sua própria existência é condicionada a dos consumidores. Em suma, se existem consumidores, mas o Estado se vale de uma política proibicionista, é inevitável que o interesse desses consumidores seja saciado através do tráfico ilegal de drogas.

Diante disso, faz-se indispensável o seguinte questionamento: se a política criminal de guerra às drogas, conforme já afirmado anteriormente, exhibe-se como um fracasso retumbante, por qual razão continua a ser aplicada a nível mundial, inclusive nesse pequeno estado nordestino? Porque, por trás do discurso oficial e fracassado, existe o discurso real – sendo, este sim, um verdadeiro sucesso na gestão das ilegalidades – responsável por excluir e marginalizar aqueles que são inúteis ao mercado formal do sistema capitalista, de modo que a solução para esses inúteis é que sofram toda a severidade e rigor da lei penal aplicada pelo magistrado.

A real abrangência da pergunta “por que a política criminal de guerra às drogas foi criada e porque ela continua a ser aplicada em nível mundial?” é complexa. De acordo com Maurício Fiore (FIORE, 2012, p. 9):

[...] é preciso ressaltar que não se "explica" o empreendimento proibicionista por uma única motivação histórica. Sua realização se deu numa conjunção de fatores, que incluem a radicalização política do puritanismo norte-americano, o interesse da nascente indústria médico-farmacêutica pela monopolização da produção de drogas, os novos conflitos geopolíticos do século XX e o clamor das elites assustadas com a desordem urbana. Além disso, sem desconhecer a importância histórica do pioneirismo e do empenho dos EUA para torná-la universal, é preciso notar que somente convergências locais na mesma direção puderam fazer da proibição uma realidade global. O caso brasileiro, nesse sentido, é exemplar, na medida em que as legislações proibicionistas foram criadas pari passo às norte-americanas e, no caso específico da maconha, droga já há muito estigmatizada pelas elites locais, a perseguição oficializou-se primeiro aqui.

Neste sentido, é necessário, primeiramente, compreender que há uma divisão do Direito Penal em dois discursos distintos. O discurso de objetivos declarados e o discurso de objetivos ocultos.

Para o discurso de objetivos declarados, associa-se o Direito Penal à proteção de bens jurídicos fundamentais, para tutelar apenas os valores mais importantes da vida humana. Há uma seleção de bens jurídicos considerados mais relevantes que serão protegidos sob a ameaça e efetivação da sanção penal. Neste primeiro discurso, objetivando a harmonia no meio social, o controle do Estado existe para garantir a submissão dos membros da sociedade aos modelos e normas. Quando o indivíduo infringe estas normas e modelos, o Direito Penal entra em cena para resolver estes conflitos por meio da norma penal (SANTOS; JÚNIOR; PORTO, 2020, p. 7-8).

Para o discurso de objetivos ocultos, o Direito Penal apresenta uma segunda face, coberta por um viés de seletividade, onde o Direito seleciona bens jurídicos de acordo com a lógica do sistema capitalista, demonstrando uma extensa perseguição pelas agências de controle aos indivíduos e grupos mais vulneráveis. Sobre o viés da seletividade, Bruno Cavalcante Leitão Santos, Francisco de Assis de França Júnior e Arthur de Mendonça Porto explicam (SANTOS; JÚNIOR; PORTO, 2020, p. 10):

[...] a questão da seletividade não passa mais significativamente pela tipificação de condutas pelo direito penal, mas pelo interesse das agências de controle (que formam o sistema penal), estas sim seletivas, posto que atuam quase exclusivamente de forma repressiva contra negros e pobres da periferia. Esses aparelhos de controle são formados pelas polícias, ministério públicos e juízes, que atuam quando determinado indivíduo se porta em

desconformidade aos valores hegemônicos da sociedade a qual está inserido. Com propriedade, Shecaira afirma que “[...] Este controle formal é seletivo e discriminatório, pois o status prima sobre o merecimento [...]”

Neste contexto, leciona Nilo Batista (BATISTA, 2001, p. 25-26): “*O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas*”. Para o autor, são três as características que compõem a base do sistema penal brasileiro: seletividade, repressão e estigmatização.

Para Marco Aurélio Souza da Silva (SILVA, 2014, p. 234-235):

É nessa conjuntura que se sobressai o controle social antidrogas, sob o manto de um sistema penal que prega o discurso de segurança pública dirigido à construção de mais presídios, produção de leis penais mais rigorosas, maior vigilância eletrônica, aumento do número de policiais e encarceramento em massa, abrindo o espaço para uma política de violação dos direitos fundamentais, notadamente contra as classes sociais desfavorecidas ou vulneráveis, composta essencialmente por jovens, pobres, negros, moradores da periferia.

Dessa forma, o discurso de objetivos ocultos do Direito Penal demonstra um caráter de extrema desigualdade que é corriqueiramente reproduzido, por meio de um funcionamento seletivo que coloca à margem da sociedade grupos sociais mais vulneráveis. Neste sentido, Bruno Cavalcante Leitão Santos, Francisco de Assis de França Júnior e Arthur de Mendonça Porto esclarecem (SANTOS; JÚNIOR; PORTO, 2020, p. 10):

[...] percebe-se que o direito e sistema penal não tem outra função, senão a de legitimar e reproduzir a realidade social, pois só serve a proteção da sociedade burguesa. Esse critério de reprodução da realidade social é facilmente verificado quando da análise da população carcerária, que a título de exemplo, no Brasil, é constituída, segundo dados do InfoPen, por 61,7% de negros ou pardos, e ainda, de acordo com essa mesma instituição, 75% tem somente até o ensino fundamental completo, servindo como indicador de baixa renda. Mas por qual razão o capitalismo teria interesse em usar o controle social para excluir negros e pobres da periferia? E de que modo essa exclusão atende a hegemonia vigente? Em primeiro lugar há de se afirmar que existe uma contradição quando se diz que Estado e direito servem para proteger o bem comum, pois vive-se numa sociedade de conflito, havendo somente uma aparência de proteção. Tratam-se, portanto, de relações desiguais e opressivas, onde o Estado utiliza-se do direito penal para criminalizar aqueles que não aceitam ou que simplesmente se mostram desinteressados em contribuir como força de trabalho para a ordem vigente através das já citadas agências formais de controle, tendo por fim, a prisão. Desse modo a população carcerária serve para demonstrar a sociedade o que pode acontecer com aqueles que não aceitam o processo de socialização

oferecida pelo trabalho assalariado através dos capitalistas. Sob essa ótica, com propriedade a criminologia crítica afirma que o que fracassa na pena de prisão é a tentativa de correção do sujeito, mas que a finalidade de garantir a reprodução e continuidade do sistema capitalista é um sucesso absoluto.

Sobre o funcionamento seletivo do proibicionismo, que coloca à margem da sociedade grupos mais vulneráveis, explica Thiago Rodrigues (RODRIGUES *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 98):

[...] não se quer afirmar que o proibicionismo seja a única, ou mesmo a mais importante, técnica de assédio e aprisionamento destinado às “classes perigosas”, mas que ele é um importante recurso nessa função global de disciplina e contenção. Cada crime produzido por novas legislações inaugura um novo flanco de combate aos “perigosos”, um novo acesso ao sistema penitenciário, uma outra entrada para a vigilância constante. Se existe um crime que é forjado com tamanha carga de reprovação moral e científica, temos à frente um “perigo” de considerável importância que conquista e catalisa sem dificuldades o consenso repressivo das sociedades. O “fracasso” da proibição, então, potencializa-se em positividade: a guerra perdida contra “as drogas” significa a guerra diariamente renovada e eficaz contra pobres, imigrantes, negros, camponeses entre outros “ameaçadores”.

Observa-se, então, que o Direito Penal não visa somente a punição, mas a sobrevivência do próprio sistema e a marginalização de certos grupos sociais menos favorecidos. Nas palavras de Marco Alexandre de Souza Serra (SERRA, 2009, p. 42) “*as relações de poder são produto dos conflitos sociais que não se identificam ao antagonismo de classe e constituem o motor da história*”.

O crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei 11.324/06 possui 18 verbos, através dos quais, é possível atribuir até 15 anos de reclusão aos indivíduos que tiverem contato com substâncias tidas como ilícitas. Para Luís Carlos Valois (VALOIS, 2016, p. 421):

Todos esses verbos, a generalização do texto *definidor* do crime, a preocupação do legislador em dizer que basta a pessoa possuir drogas em desacordo com determinação legal, ou seja, retirando a necessidade de se provar qualquer desígnio do possuidor, são resultados do uso do direito penal como medida de polícia, afastando completamente a legislação penal da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado. É a força do poder político se exercendo por intermédio do legislativo, demonstrando o quanto a violência institucionalizada é capaz de fixar discricionariamente os próprios limites e de restringir até o mínimo sufocante os limites da legalidade, usando leis relativas. A guerra às drogas convoca todos os mecanismos do Estado.

Neste sentido, expõem Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues e João Pedro Pádua (RODRIGUES; PÁDUA, 2013, p. 8-9):

A análise conjunta dos dados destes gráficos, portanto, indica que os crimes relacionados a drogas [exemplificados por tráfico e posse para consumo pessoal] ganharam mais atenção do legislador do que quaisquer outros crimes no mesmo período, pelo maior número de leis editadas sobre o tema. Além do mais, no delito de tráfico de drogas, o aumento das penas ocorreu de forma mais consistente no tempo, e mais acentuado do que em todos os demais crimes analisados, incluindo alguns mais associados à violência geral e à sensação de insegurança na sociedade, como homicídio e estupro. O delito de tráfico de drogas também teve maior aumento de pena do que o crime de corrupção passiva, normalmente associado a uma preocupação crescente da sociedade com maior moralidade, transparência e controle dos agentes públicos, além de ser potencialmente mais danoso para a sociedade, visto que pode ter resultados desastrosos e de longo prazo nas políticas públicas em geral e na atividade fiscalizadora do Estado.

Verifica-se, dessa forma, em face da análise dos autores, que os crimes relacionados ao tráfico ganharam maior atenção do legislador em comparação a outros crimes em um mesmo período.

### 3.2 AS PENAS APLICADAS EM RAZÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

#### 3.2.1 Tráfico de drogas

A política repressiva de combate às drogas aumenta, cada vez mais, a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, bem como as suas péssimas condições carcerárias. Nesse sentido, leciona Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (RODRIGUES, 2006, p. 231)

É importante detectar dois parâmetros: o percentual de presos cumprindo pena por tráfico de drogas e o aumento da população carcerária brasileira na última década, decorrente do incremento da severidade penal com relação ao tráfico de drogas.

Em termos estatísticos, o impacto da lei dos crimes hediondos no sistema penitenciário brasileiro é impressionante. Pelos dados oficiais, o Brasil possuía, em 1995, a taxa média de 95 presos por cem mil habitantes, que passou para 108 em 1997 e chegou à proporção de 180 presos por cem mil habitantes em junho de 2004. Em termos absolutos, a população carcerária brasileira, após a lei dos crimes hediondos, praticamente triplicou em pouco mais de uma década, pois passou de 114.377 em 1992, para 328.776 de presos em junho 2004.

Sobre o encarceramento, explica Thiago Rodrigues (RODRIGUES *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 101)

A guerra às drogas pode ser pensada, então, nos marcos desse fortalecimento de um Estado que deixou de ser “de bem-estar” e passa a ser “penal”, criminalizando explicitamente a miséria [*apud*. Wacquant, 2001]. Além da positividade como garra para o apresamento de miseráveis dedicados ao pequeno e médio comércio de drogas, o combate ao narcotráfico é via para intervir no comportamento dos “usuários” que são penalizados por seu hábito “escuso”, mesmo com os abrandamentos legais em voga que preconizam “penas alternativas”. O fato de não irem à prisão, resultado das políticas de descriminalização do uso, não significa que os usuários deixem de ser assediados pelas forças estatais ou deixem de cumprir uma pena. Para os pequenos e médios traficantes, em grande parte provenientes das classes pobres e sempre “perigosas”, a eles, “refugos humanos”, cabe a prisão ou a morte no enfrentamento com a polícia ou entre os grupos narcotraficantes.

O Autor segue explicando sobre a manutenção da guerra interminável do proibicionismo (RODRIGUES *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 102)

Na guerra interminável que atravessa a sociedade, o combate ao narcotráfico, ou “às drogas” de forma genérica, emerge como um importante instrumento de sustentação para a eficácia dessa guerra. A contenção de grupos ou classes “perigosas” é potencializada pela repressão ao tráfico, atividade amplamente recriminada do ponto de vista moral por eleitorados cada vez mais amedrontados que clamam por “mais Estado”, o que hoje quer dizer, lembrando Bauman [2005], mais polícia e mais repressão. O tráfico, crime hediondo entre nós brasileiros, é pleno de positivities como arma na guerra pelas sujeições de “desviantes” e “ameaçadores da ordem”. A proibição, estatuto mundial no tratamento do tema das drogas psicoativas, é um fracasso vitorioso: na impossibilidade de chegar ao fim, a guerra às drogas se renova constantemente. Psicoativos novos e antigos continuam sendo produzidos, comercializados e usados, dando provas da mobilidade dos grupos dedicados ao tráfico que escapam ou se readequam às sempre reeditadas políticas repressivas. A pergunta sobre por que manter uma guerra perdida pode ser respondida, ainda que parcialmente, ao repararmos nessa potente tática de controle social e perseguição seletiva que é a guerra às drogas. Quem defende o proibicionismo como modo eficaz para lidar com a “questão das drogas” transita por discursos médicos, governamentais e moralistas ou caminha determinado na poeira de muitas outras batalhas que não têm como objetivo, pura e simplesmente, a erradicação de substâncias específicas e das práticas sociais a ela relacionadas, mas a manutenção de uma guerra infundável.

As consequências desta infundável guerra, no que tange à violação dos Direitos Humanos mais básicos, é trágica. Sobre o tema, explica Maria Lucia Karam (KARAM *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 105):

Essa globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das drogas qualificadas de ilícitas se caracteriza por uma sistemática violação a princípios e normas consagrados nas declarações universais de direitos [como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos] e nas Constituições democráticas [aí, naturalmente incluída a Constituição Federal

brasileira], desautorizadamente negando direitos fundamentais e suas garantias.

A nova Lei de Drogas 11.343/06 substituiu a revogada Lei 6.368/76 e aumentou a pena mínima para os crimes identificados como “tráfico” de três anos de reclusão para cinco anos de reclusão. Ainda, diante das circunstâncias qualificadoras, que aumentam de um sexto a dois terços da pena para os tipos básicos de crime identificados como “tráfico”, as penas aplicadas raramente ficam no mínimo de cinco anos de reclusão (KARAM *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 106).

Maria Lucia Karam reflete, ainda, acerca da indevida antecipação do momento criminalizador (KARAM *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 106-107)

A Lei 11.343/06 reafirma a antecipação do momento criminalizador da produção e da distribuição das drogas qualificadas de ilícitas.

Essa antecipação se revela no abandono das fronteiras entre consumação e tentativa, com a tipificação autônoma [isto é, a previsão na lei como crime] da posse, do transporte ou da expedição das substâncias ou matérias-primas proibidas. Possuir, transportar ou expedir são condutas que constituem apenas um começo da execução da venda ou de qualquer outra forma de fornecimento, que caracterizam propriamente o “tráfico”.

Pense-se, por exemplo, no caso de um crime de homicídio por envenenamento, em que o oferecimento da bebida com o veneno é apenas um começo da execução da proibida conduta de matar. Se alguém é surpreendido entregando o copo e, assim, é interrompido em sua ação e não consegue que a vítima efetivamente tome a bebida envenenada e morra, será punido, como prevê a legislação penal regular [o Código Penal], apenas pela tentativa, tendo assim a pena reduzida entre um a dois terços. A pena mínima do homicídio consumado é de seis anos de reclusão. Essa pena mínima para quem tentou matar, mas não conseguiu, será reduzida para, pelo menos, quatro anos. No caso do “tráfico”, não. Tanto a posse, o transporte ou a expedição, quanto o efetivo fornecimento ou venda serão punidos com a mesma pena.

Mas, a indevida antecipação do momento criminalizador da produção e da distribuição das drogas qualificadas de ilícitas se revela também na tipificação autônoma de meros atos preparatórios, como o cultivo de plantas ou a fabricação, fornecimento ou simples posse de matérias-primas, insumos ou produtos químicos destinados à sua preparação, ou mesmo a fabricação, transporte, distribuição ou simples posse de equipamentos, materiais ou substâncias conhecidas como precursores a serem utilizados em sua produção

Esta criminalização antecipada contraria, inclusive, princípios constitucionais da proporcionalidade e da lesividade (expressão do princípio da proporcionalidade), segundo os quais uma conduta somente pode ser criminalizada quando os seus resultados afetam um bem jurídico alheio, relacionado ou relacionável aos Direitos individuais concretos (KARAM *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 107).

Há também, um desmedido rigor penal quando se trata do crime de tráfico de drogas, conforme explica Maria Lucia Karam (KARAM *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 109-110):

O desmedido rigor penal volta a se manifestar quando a Lei 11.343/06 vai além da negação da possibilidade de graça e anistia, imposta por cláusula de penalização deslocadamente incluída na Constituição Federal, para negar também, aos condenados por “tráfico”, o indulto, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (isto é, o “sursis”) ou sua substituição por pena restritiva de direitos [as chamadas “penas alternativas”, como multa, prestação de serviços à comunidade, etc.] e quando, reproduzindo dispositivo introduzido no Código Penal pela Lei 8.072/90 [a lei dos crimes “hediondos”], impõe o cumprimento de dois terços da pena para o livramento condicional, negando-o para “reincidentes específicos”.

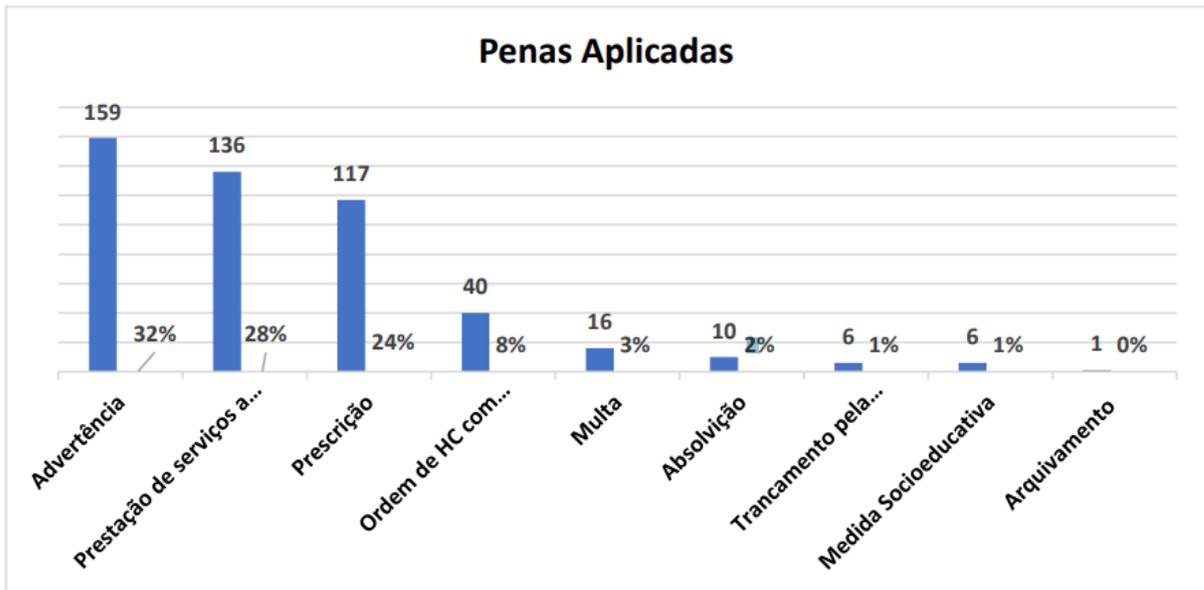
O tratamento diferenciado para condenados por crime de “tráfico”, a partir tão somente da consideração desta espécie abstrata de crime, sem qualquer relação com a finalidade e os fundamentos da execução da pena, viola o princípio da isonomia. O princípio da isonomia determina que todas as pessoas em igualdade de situação têm de ser tratadas de forma igual. É este o significado da norma que diz que “todos são iguais perante a lei”.

Verifica-se, desta forma, pela análise da autora, a existência de um tratamento de caráter diferenciado aos condenados pelo crime de tráfico, simplesmente pela consideração da espécie abstrata do crime.

### 3.2.2 Posse de maconha para uso pessoal

Uma pesquisa realizada no Tribunal de Justiça de São Paulo analisou 491 processos que tratavam sobre a posse de maconha para o uso pessoal, que se iniciaram em 2013 até 2020. A média de duração destes é de 17,7 meses e a conclusão é de que as penas aplicadas são (CASTRO, 2021, p. 58): “*advertência, trancamento de ação penal, prestação de serviços à comunidade e prescrição*”, conforme pode ser verificado na imagem abaixo:

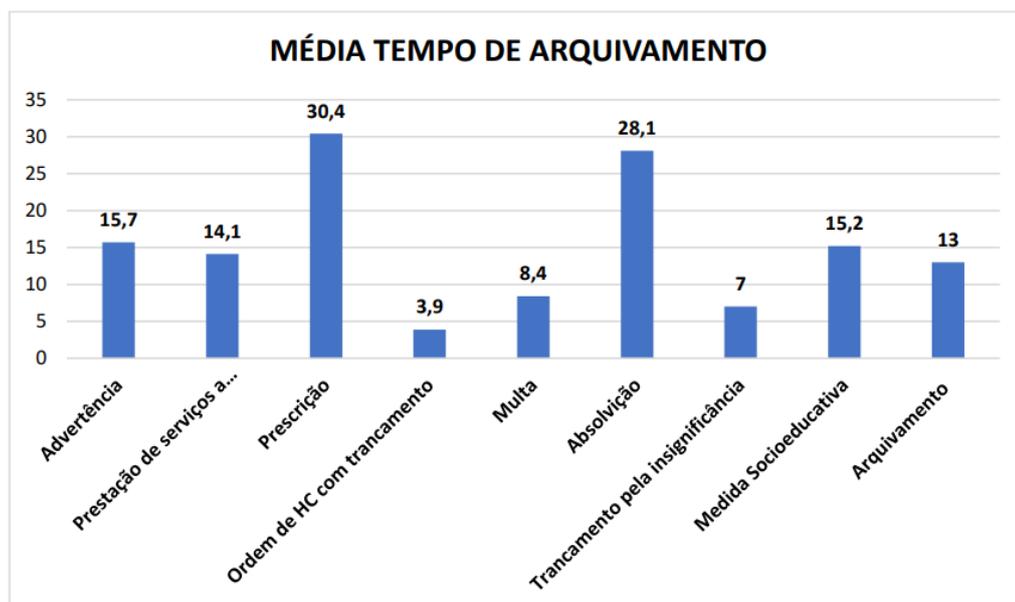
**Figura 3 – Penas aplicadas em 200 processos analisados**



Fonte: (CASTRO, 2021, p. 59)

No que tange à duração dos processos, a partir da abertura do Termo Circunstanciado, de acordo com as sentenças (CASTRO, 2021, p. 59): “*tem-se a prescrição que demora em média 30,4 meses para a extinção, absolvição em 28,1 meses e advertência em 15,7 meses para o encerramento*”, conforme pode ser verificado na imagem abaixo:

**Figura 4 – Média de meses para arquivamento dos processos analisados**



Fonte: (CASTRO, 2021, p. 59)

A autora Mariana Gomes de Castro (CASTRO, 2021, p. 58) observa, ainda, que: *“Os processos nos quais a sentença foi ordem de habeas corpus para trancamento da ação penal por conta de um processo que levou 21 meses para sua conclusão, a média até o encerramento dos autos é de 3,4 meses”*.

Verifica-se, desta forma, que as penas aplicadas nestes processos são advertência, trancamento de ação penal, prestação de serviços à comunidade e prescrição, sendo que o tempo médio até o encerramento dos autos onde a sentença foi ordem de habeas corpus é de 3,4 meses.

## 4 A CRIMINALIZAÇÃO DA CÂNBIS E DAS CONDUTAS A ELA RELACIONADAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA TRANSCENDENTALIDADE COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS

### 4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Princípio é um mandamento nuclear que fundamenta um sistema jurídico e irradia sobre as regras, para lhes preencher de significado, se apresentando como critério interpretativo (ANDRADE, 2019, p. 45).

Levando em consideração que os princípios são espécies de normas, Canotilho (CANOTILHO, 1998, p. 1145-1146) os distingue a partir dos seguintes eixos:

- a) a diferença no grau de abstração de cada um – as normas que apresentam um grau de abstração elevado, ou seja, as de mais difícil concretização, são princípios; enquanto as normas com um grau de abstração mais reduzido, com maior grau de concretização, são regras;
- b) a diferença no grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto – os princípios, justamente por apresentarem grau de abstração elevado, necessitam de intervenções dos operadores do direito para que possam ser aplicados em um caso concreto. É necessário que o legislador ou o juiz intervenha no sentido de concretizar um princípio, tornar um princípio concreto. Diferentemente, as regras permitem a aplicação direta;
- c) o caráter de fundamentalidade dos princípios no sistema das fontes de direito – os princípios são normas de grande relevância ao ordenamento jurídico, seja porque ocupam posição hierárquica superior no sistema das fontes de direito [exemplo, princípios constitucionais], seja porque possuem importância estruturante no sistema jurídico [exemplo, princípio do Estado de Direito];
- d) a questão da proximidade que os princípios têm da ideia de direito – os princípios são as máximas do sistema jurídico, orientadas pelo ideal de justiça ou pela ideia de direito; os princípios vinculam o ordenamento jurídico, ou seja, subordinam as decisões jurídicas;
- e) a natureza normogênica dos princípios – os princípios são a razão que fundamenta as regras.

Princípios são, neste sentido, eixos norteadores do ordenamento jurídico e, por ocuparem uma posição hierárquica superior, o vinculam, subordinando as decisões jurídicas.

### 4.2 O EXAME DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Seguindo a linha de raciocínio introduzida por Canotilho, verifica-se que a proporcionalidade se apresenta na espécie das normas tidas como princípios,

definidos como normativa “*decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados*” (ÁVILA, 1999, p. 175).

Neste sentido, dispõe Olavo Hamilton Ayres Freira de Andrade (ANDRADE, 2019, p. 48-49):

O direito constitucional moderno entende os direitos humanos como a essência da ordem jurídica. Nesse diapasão, o princípio constitucional da proporcionalidade desempenha papel crucial – o da ponderação de bens tutelados no Carta Magna. Atua contra o exercício imoderado do poder inclusive do próprio Legislativo.

Conforme ensina Maria Christina de Almeida (ALMEIDA, 1998, p. 388)

A expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em um sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre os meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de determinado direito.

Existe, na ideia de proporção, a implicação de uma relação entre duas grandezas. Expõe Beccaria sobre o tema (BECCARIA, 1998, p. 51): “*Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois uma proporção entre os delitos e as penas*”.

No Brasil, em seu ordenamento, o art. 59 do Código Penal Brasileiro estabelece ao Juiz a necessidade de observar as circunstâncias do crime quando da fixação da pena base, sendo preciso que esta corresponda ao adequado e necessário à reintegração social. Tendo em consideração o caráter ressocializador da pena, somente quando for necessário à manutenção social, será o infrator privado de sua liberdade (NETTO, 2002, p. 422-428).

Para Valeschka e Silva Braga (BRAGA, 2004, p. 75): “*A proporcionalidade, como máxima jurídica, implica uma apta, necessária e proporcional [em sentido estrito] relação entre meio e fim. Resta, incrustada nesse critério, a ideia de justiça adequada, de propriedade das vias empregadas para a busca da finalidade*”.

Por seu turno, Humberto Bergmann Ávila compreende a proporcionalidade como um postulado normativo. Segundo o autor, a proporcionalidade não pode ser

considerada como um princípio pois não entra em coalisão com outros princípios (ÁVILA, 1999, p. 153): “*O dever de proporcionalidade, então, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo*”. Por constituir um postulado normativo, entende o jurista que (ÁVILA, 1999, p. 169-171):

[...] impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto [aplicação] de outras normas. Ele consistiria, na verdade, numa condição normativa para a aplicação do direito e, portanto, sem sua observância, não haveria a devida realização dos interesses juridicamente protegidos. Por tudo isso, seria inútil procurar a *sedes materiae* da proporcionalidade, pois seu fundamento se encontra na própria estrutura principal das normas jurídicas e da atributividade do Direito.

Encontrando o fundamento da proporcionalidade na própria estrutura principal das normas jurídicas, esta constitui uma barreira a ocasionais arbitrariedades dos agentes públicos, limitando e estabelecendo as fronteiras dos princípios constitucionais (BRAGA, 2004, p. 76).

Por este motivo, a conduta do Estado deve ser limitada pela proporcionalidade, conforme leciona José Carlos Vieira de Andrade, (ANDRADE, 1998, p. 148): “[...] os Poderes Públicos têm o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas também o de intervir para os acondicionar, garantir e mesmo restringir quando se tornar necessário para salvaguarda de valores ou interesses comunitários”.

Salienta, ainda, Caio Tácito, ao apontar a doutrina italiana em estudo sobre o tema, que (TÁCITO, 1992, p. 11): “*A liberdade facultada ao juiz na construção do direito e na ponderação dos interesses em jogo não se pode afastar; porém, do princípio da proporcionalidade [...]*”.

Não bastasse isto, Valeschka e Silva Braga observa que (BRAGA, 2004, p. 77): “[...] se o agente público, ao implementar as medidas constitucionalmente previstas, ultrapassar ou limitar, em demasia, o núcleo dos princípios constitucionais magnos, deve o Poder Judiciário, colocar a dita medida dentro dos lindes da proporcionalidade”.

Aliás, observa José Joaquim Gomes Canotilho, ao destacar que a proporcionalidade constitui um princípio conformador e informador da atividade administrativa (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 924):

[...] no exercício dos poderes discricionários, não basta que a administração prossiga o fim legal justificador de tais poderes; ela deve prosseguir os fins legais, os interesses públicos, primários e secundários, segundo o princípio da justa medida, adotando dentre as medidas necessárias e adequadas para atingir esses fins e prosseguir esses interesses, aquelas que impliquem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica dos administrados.

Segundo Valeschka e Silva Braga, o fato é que (BRAGA, 2004, p. 78):

[...] na aplicação do princípio da proporcionalidade em face do conflito entre dos bens constitucionais, deve-se verificar, mesmo que implicitamente, se a medida impugnada afigura-se adequada [isto é, apta a produzir o resultado 'almejado'], necessária [isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso] e proporcional em sentido estrito [se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto].

Dessa forma, se extraem três critérios imprescindíveis para a aplicação deste princípio: a adequabilidade; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

#### 4.3 O EXAME DO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

O princípio da alteridade ou princípio da transcendentalidade dispõe a impossibilidade de incriminação de atitudes que são inteiramente subjetivas, ou seja, que não apresentam potencial lesivo a um bem jurídico alheio. Neste sentido, leciona André Estefan (ESTEFAN, 2018, p. 159):

Tem como precursor Claus Roxin e significa que não é possível incriminar atitudes puramente subjetivas, ou seja, aquelas que não lesionem bens alheios. Se a ação ou omissão for puramente pecaminosa ou imoral não apresenta a necessária lesividade que legitima a intervenção do Direito Penal. Por conta desse princípio, não se pune a autolesão, salvo quando se projeta a prejudicar terceiros [...]

Neste sentido, esclarecem Daniel de Lima Santos e Rodolfo Boranga de Campos (SANTOS; CAMPOS, 2018, p. 2):

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, para que uma determinada conduta seja punida criminalmente pelo Estado é necessário que a mesma transcenda a esfera individual de quem a pratica, ou seja, é necessário que a conduta praticada pelo agente prejudique, lesione ou exponha a perigo bem de terceiros, de modo que, a conduta que se esgota na esfera individual do agente, é atípica, não podendo sofrer qualquer intervenção do direito penal. Tal sistemática representa o Princípio da Alteridade.

Sobre o tema, Fernando Capez expõe (CAPEZ, 2011, p. 32):

[...] proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro [altero].

De acordo com o autor, não é permitida a intervenção penal de uma conduta/ato que se esgota na esfera de intimidade ou na esfera privada do próprio agente e que só resulta em um mal para si mesmo, por caracterizar conduta atípica. Deve existir, para o princípio da alteridade, uma lesividade a um bem jurídico alheio, para que se possa legitimar a intervenção penal.

No que se deve entender por esfera privada, ressaltam-se as lições de Luís Greco (GRECO, 2010, p. 91):

O alcance da esfera privada não é fixado a partir dessa esfera mesma, mas privado é aquilo que não afeta a terceiros [...]. Apenas num segundo momento se pode avaliar se uma conduta está ou não compreendida na esfera privada: daí porque se pode falar de um conceito secundário de privacidade. A esfera privada é, nessa perspectiva, aquilo que resta depois que se subtraem as afetações a terceiros: daí o caráter residual do conceito.

Sobre este princípio, expõem Gabriela França Lima e Marcus Vinicius Aquotti Feltrin (LIMA; FELTRIN, 2020, p. 8):

Pelo Princípio da Transcendentalidade ou Alteridade, é vedado a incriminação de atitude em que o dano provocado afetará somente a própria pessoa, ainda que a conduta seja considerada imoral, revelando-se incapaz de atingir o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, “A transcendentalidade da ofensa, como se vê, é a segunda exigência que decorre do resultado jurídico desvalioso. Só é relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros” [apud. GOMES; BIANCHINI; CUNHA; OLIVEIRA, 2011 p. 145]. Quanto aos crimes relacionados às drogas, se o indivíduo que recebe a substância ilícita e faz o uso imediatamente, essa prática não poderá ser considerada crime, assim poderá ser aplicado o princípio referido.

Neste sentido, se posiciona Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2002, p. 62-63):

Somente podem ser erigidos à categoria de criminosos fatos lesivos de bem jurídico alheio, e não atos que representem uma má disposição de direito próprio. Nesse sentido, aliás, é o núcleo do Direito penal brasileiro, visto que não se pune o suicídio tentado, a automutilação, o dano à coisa própria, etc., mesmo porque semelhante intervenção seria de todo inútil, desprovida de capacidade motivadora.

Conclui-se, então, que, sob a ótica do princípio da alteridade ou transcendentalidade, que não é possível criminalizar condutas cujos resultados se esgotam na esfera da intimidade do agente, resultando em um mal somente para si, e que não possuem lesividade a um bem jurídico alheio.

#### 4.4 A CRIMINALIZAÇÃO DA CÂNABIS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

Ethan Nadelmann, defensor de políticas de descriminalização e regulação das drogas atualmente ilícitas, foi um dos estrategos das campanhas em favor da legalização do uso recreativo da maconha, que obtiveram vitórias históricas em 2012 em referendos realizados nos estados de Washington e Colorado. Nadelmann, fundador e diretor da *Drug Policy Alliance*, organização não governamental, com sede nos Estados Unidos, dedicada a promover alternativas à chamada “guerra às drogas”, concedeu entrevista ao *Le Monde Diplomatique Brasil*. (LOBO; BRASILINO, 2013, p. 14).

Para Ethan Nadelmann (LOBO; BRASILINO, 2013, p. 14):

A política atual para as drogas, a guerra às drogas, está claramente fazendo mais mal do que bem. E ao mesmo tempo não consegue atingir seu objetivo central: reduzir os malefícios das drogas em nossa sociedade. Como norte-americano, há em nossa história a experiência das pessoas sendo convencidas por argumentos sobre moralidade, proteção das crianças e benefícios econômicos... e decidindo proibir o álcool. Essa experiência se provou malsucedida na redução dos problemas com as bebidas, mas incrivelmente bem-sucedida em fortalecer o crime organizado, aumentar a violência, a corrupção, o desrespeito à lei, as violações de liberdades civis, de direitos humanos, o sobre encarceramento e a dispersão das forças policiais. E tornando o álcool mais perigoso, porque as drogas produzidas ilegalmente assim o são. Atualmente, vemos que um número tremendo de pessoas continua usando drogas ilegais. Há tantos consumidores quanto há cem anos, quando não tínhamos violência, crime, corrupção, mercado negro, violações de liberdades civis e direitos humanos em altos níveis de 2,3 milhões de pessoas que estão atrás das grades, das quais 500 mil especificamente por violar a lei de drogas, e outras centenas de milhares por violações de condicional relacionadas ao uso, por roubar para sustentar o consumo e por violência ligada às drogas. É mais de um terço da população carcerária total. Os Estados Unidos têm menos de 5% da população mundial e quase 25% dos presos. Somos o primeiro do mundo em cidadãos encarcerados *per capita*. Mas nem sempre foi assim. Há quarenta anos, as taxas de encarceramento eram mais próximas da média mundial. Em 1980,

tínhamos 500 mil pessoas atrás das grades, 50 mil por violação à lei de drogas.

Agora, vindo ao Brasil, vejo que o país está pronto para decidir que parte da política deve ser prender infratores da lei de drogas não violentos, cuja única violação é portar, consumir ou vender uma pequena quantidade para outro adulto. E vocês vão encher suas prisões, que já são superlotadas... Ver o Brasil seguir os passos dos Estados Unidos parece loucura.

Neste sentido, se faz imprescindível tornar um olhar mais cuidadoso à política da “guerra às drogas” para analisar se, de fato, os efeitos ocasionados por esta causam, efetivamente, mais prejuízos do que o proibicionismo se dispõe a combater.

Sob esta ótica e, analisando-a com base no princípio da proporcionalidade, a investigação acerca da satisfação dos elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são, na visão de Hamilton, insuficientes quando, em matéria penal, as consequências da proibição afetam a coletividade. Olavo Hamilton Ayres Freira de Andrade observa (ANDRADE, 2019, p. 51):

No entanto, sobretudo em matéria penal, onde as consequências da proibição de determinada conduta afetam, necessariamente, a coletividade e não somente os envolvidos [agressores e ofendidos] na atividade delitiva, tais elementos mostram-se insuficientes.

Há de se ter em conta, também, os efeitos da proibição em si, não só das consequências do ato proscrito, cuja vedação foi violada. De certo, proibição há que, por si só, representa mal maior do que aquilo que se proibiu.

De igual sorte, deve-se considerar que uma norma incriminadora, posta à disposição dos interesses coletivos, pode repercutir negativamente não só nos direitos individuais [apurável a partir dos critérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito], mas atingir a toda sociedade.

Ou seja, pode haver situações em que a norma penal, com o intuito de proteger os bens e interesses sociais, atuaria limitando os direitos individuais, mas provocaria como efeito colateral danos à própria sociedade.

Neste sentido, Olavo Hamilton Ayres Freira de Andrade (ANDRADE, 2019, p. 51) conclui que a ponderação da proporcionalidade, realizada a partir dos critérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) não estaria apta a equilibrar a carga dos benefícios auferidos pela sociedade com a instauração da regra incriminadora em confronto aos prejuízos decorrentes desta mesma norma. A sua proposta é a da inclusão do critério “menor ofensividade social” como elemento obrigatório do juízo de proporcionalidade.

Ainda, sob esta ótica e, analisando-a com base no princípio da alteridade ou transcendentalidade, Gabriela França Lima e Marcus Vinicius Aquotti Feltrin (LIMA; FELTRIN, 2020, p. 8) discorrem sobre a inconstitucionalidade da punição do porte de drogas para uso pessoal:

A política criminal imposta para controlar o uso de drogas no Brasil, não teve sucesso. Apesar da despenalização houve um aumento significativo de usuários dependentes, as prisões passaram a ficar superlotadas, pois os indivíduos por necessidade passaram a vender drogas a fim de financiar o vício. O fundamento da inconstitucionalidade se pauta na violação ao Princípio da Transcendentalidade, uma vez que o comportamento previsto no tipo não transcende a sua intimidade e privacidade.

Em conclusão, no que tange ao princípio da proporcionalidade, se verifica a imprescindibilidade de ponderar a carga dos prejuízos suportados pela sociedade em razão da norma criminalizadora da punição do porte de drogas para uso pessoal e, no que tange ao princípio da alteridade ou transcendentalidade, se verifica a necessidade de debater acerca da inconstitucionalidade da criminalização de um comportamento que não transcende a pessoa do agente e não infringe bem jurídico alheio.

## 5 O CASO DO ESTADO DO COLORADO E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

### 5.1 ANÁLISE DOS EFEITOS PRÁTICOS DE ORDEM JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL NO CASO DO ESTADO DO COLORADO

O estado do Colorado é um dos 50 estados dos Estados Unidos e foi o estado pioneiro na legalização da cânabis para consumo, compra, venda e produção. Este estado se tornou, nas palavras de Walter Aparecido Santos Almeida, (ALMEIDA, 2017, p. 8) “*emblemático do ponto de vista econômico pela arrecadação de impostos da venda da maconha*”.

Sobre a legalização da cânabis no estado do Colorado, Lucas Marcomini explica (MARCOMINI, 2015):

Desde 2009 a maconha era legalizada para uso medicinal no estado do Colorado, com mais de 100,000 pessoas possuindo a licença para compra da droga. No entanto, foi somente em novembro de 2012 que a legislação foi alterada, legalizando a maconha de forma comercial completa. Passando a valer em 2013, a legislação permite que o usuário tenha como posse para uso pessoal até 28.5 gramas da droga, sendo também permitido o plantio doméstico de até seis plantas. A idade mínima para consumo é similar a da legislação sobre bebidas alcoólicas, sendo necessário possuir pelo menos 21 anos de idade.

Há uma multa para casos de consumo da maconha em locais públicos e abertos, incluindo zonas proibidas para fumantes. Para ambos os casos de cultivo e venda, existe a necessidade de uma licença emitida pelo governo, e cada estabelecimento deve produzir no mínimo 70% do que vende, e não vender para vendedores mais do que 30% do que produz.

Existem regulamentações sobre a venda da maconha e produtos derivados como bebidas e comestíveis. As embalagens devem conter informações como potência da substância, quantidade, alertas de risco a saúde e ser resistentes a crianças. O uso de publicidade para estes produtos é permitido, porém restringido para se evitar atingir menores de 21 anos.

Foi produzido um relatório pelo Departamento de Segurança Pública do Colorado, publicado em Março de 2016, apresentando diversos dados e resultados colhidos no período da legalização da cânabis. Lucas Marcomini explica (MARCOMINI, 2015, p. 20):

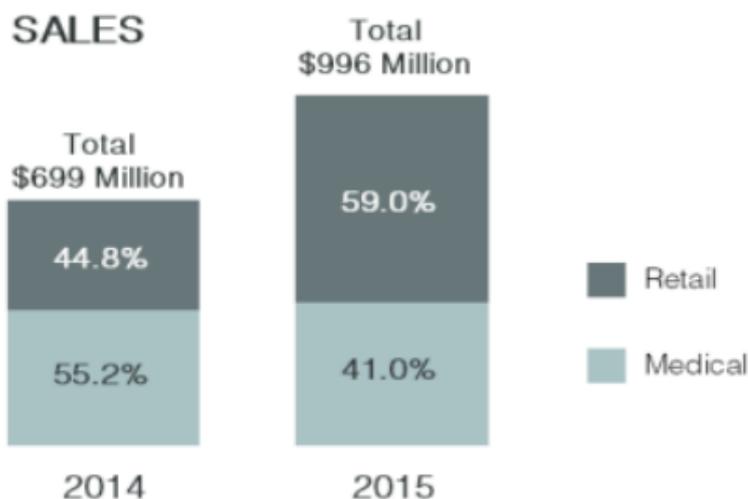
O número de prisões relacionadas à maconha diminuiu em 46% entre 2012 e 2014, acompanhado de uma queda ainda mais significativa dos processos criminais relacionados a maconha, que diminuiu em 81%. A porcentagem de prisões relacionadas a maconha correspondiam a 6% em 2012 e a 3% em 2014. Em termos absolutos as prisões foram reduzidas de 12,9 mil em 2012 para 7,0 mil em 2014. Crimes contra propriedades e crimes violentos também

apresentaram redução no estado. O número registrado pelas forças policiais de motoristas que dirigiam sob influência da droga se manteve praticamente estável, diminuindo 1% entre 2014 e 2015.

Ainda, a pedido do estado do Colorado, foi realizado um estudo, que ficou conhecido como “Modelo de Impacto da Maconha” , pela consultoria econômica *Marijuana Policy Group* (MPG), onde foram analisados os aspectos de demanda e tamanho do mercado de maconha no período posterior à legalização da cânabis (ALMEIDA, 2017, p. 41).

Sobre a pesquisa, Walter Aparecido Santos Almeida esclarece (ALMEIDA, 2017, p. 43): “Em 2014, primeiro ano de vendas legais de maconha, o faturamento total foi de US\$ 669 milhões, 41,8% no varejo e 55,2% para fins medicinais. Em 2015 houve um crescimento 42% nas vendas, atingindo as vendas totais de US\$ 996 milhões, 59% no varejo e 41% para fins medicinais”, conforme pode ser verificado na Figura abaixo:

**Figura 5 – Faturamento da Indústria da Maconha nos anos de 2014 e 2015 por tipo de consumo**



Fonte: (LIGHT, 2016, p. 5)

Sobre a crescente econômica, Lucas Marcomini expõe (MARCOMINI, 2015, p. 21):

Em 2015, até dezembro havia 2.538 estabelecimentos licenciados para a venda da maconha e derivados no estado do Colorado, número superior aos da popular franquia de cafés Starbucks. Em 2014 o mercado legal da maconha no Colorado movimentou quase US\$700 milhões, atingindo um

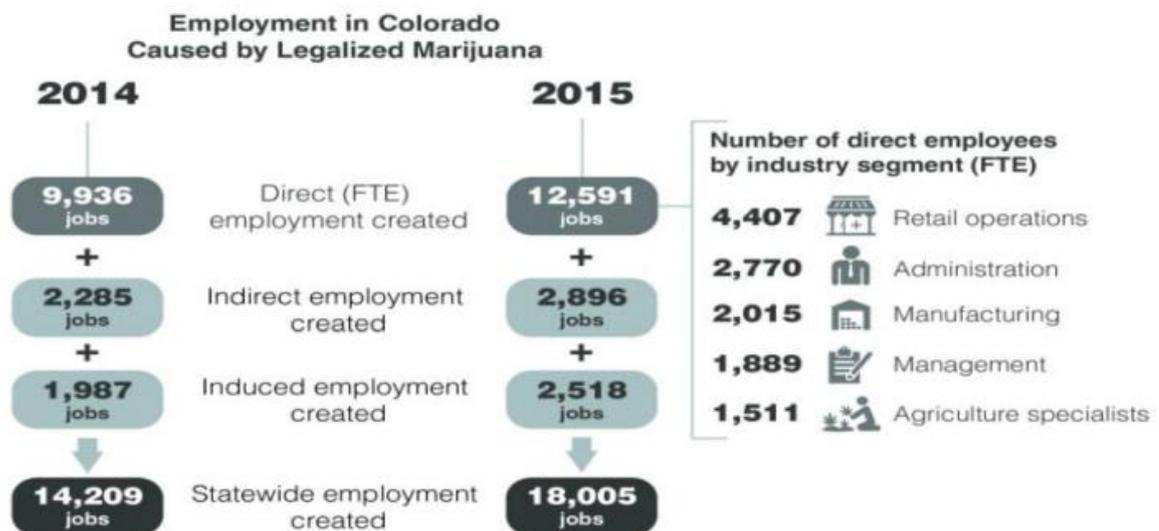
pouco mais de US\$996 milhões em 2015. Esses valores corresponderam a uma arrecadação tributária de US\$76 milhões em 2014, e US\$135 milhões em 2015, quase 1% do total arrecadado no ano fiscal de 2015 pelo estado do Colorado. Esse valor é três vezes maior do que o arrecadado pelo estado sobre vendas de bebidas alcoólicas. Neste último período, o ano fiscal de 2015 que se encerrou em maio daquele ano, o total destinado ao fundo de construções de escolas correspondeu a pouco mais de 35 milhões de dólares.

No estudo realizado pela MPG foi verificado que (LIGHT, 2016, p. 8):

A legalização da maconha criou 18.005 empregos em tempo integral (FTE) em 2015. Entre esses empregos, 12.591 eram funcionários diretamente envolvidos com o negócio de maconha - nas lojas e dispensários, nos cultivos ou nas operações de fabricação de produtos infundidos. As restantes 5.414 posições equivalentes em tempo integral foram geradas por compras de insumos intermediários feitas pela indústria de cannabis para bens e serviços de negócios em geral, por gastos gerais de funcionários e proprietários da indústria de maconha.

Conforme pode ser verificado na Figura abaixo:

**Figura 6 - Número de empregos criados pela Legalização da Maconha**



Fonte: (LIGHT, 2016, p. 9)

Por fim, Lucas Marcomini apresenta dados acerca do impacto final na economia obtida pelo estado do Colorado, no que tange aos gastos que deixaram de ser despendidos com a proibição da cânabis e no que tange aos gastos que foram arrecadados com a sua legalização (MARCOMINI, 2015, p. 22).

[...] os gastos do governo do Colorado com a proibição da maconha em US\$145 milhões em valores de 2008, somando gastos com a força policial, sistema judiciário e penal. Utilizando os dados das reduções das prisões no Colorado relacionadas à maconha, é possível estimar de maneira relativamente conservadora a redução dos custos do estado do Colorado com a proibição da maconha (já que a redução nas prisões foi menor do que na de processos judiciais). Esse cálculo tem o objetivo apenas de demonstrar o potencial de redução dos gastos, já que seriam necessárias mais informações para um cálculo preciso e definitivo. Como mencionado, a redução no número de prisões entre 2012 e 2014 foi de 46%. Se aplicarmos esse percentual aos gastos a maconha em 2014, a economia obtida nos gastos do governo [força policial, sistema judicial e carcerário] em relação ao cenário de proibição é de US\$67 milhões em gastos.

A partir destes resultados, podemos calcular o impacto final da legalização da maconha no orçamento do Colorado. Para o cálculo, supõe-se que os gastos com o sistema criminal em relação à maconha tenha se mantido estável entre 2014 e 2015. Assim, somando a receita extra de US\$135 milhões em 2015, com uma redução de gastos de 67 milhões, o resultado obtido é próximo de US\$202 milhões de recursos extras para o estado do Colorado.

Conforme explica Walter Aparecido Santos Almeida, foi verificado também que (ALMEIDA, 2017, p. 46):

No ano seguinte a legalização da maconha para fins recreativos no Colorado e Washington, foram abordados pela polícia 40% menos motoristas em relação ao ano anterior à legalização. A análise demonstrou que os motoristas negros e hispânicos eram mais propensos a serem abordados pela polícia antes da legalização, após a mudança da política de drogas destes estados reduziu as disparidades raciais nas abordagens policiais entre os motoristas brancos, negros e hispânicos.

Houve, dessa forma, para o estado do Colorado, no ano de 2015, uma impressionante redução de gastos de US\$ 67 milhões; a obtenção de US\$ 202 milhões de recursos extras; a criação de 18.005 empregos; a queda dos processos criminais relacionados a maconha em 81%; além da redução das disparidades raciais nas abordagens policiais entre motoristas brancos, negros e hispânicos.

## 5.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

O réu Francisco Benedito de Souza, em 2009, foi acusado em primeira instância por portar 3 gramas de maconha que foram encontradas em sua cela, no Centro de Detenção Provisória de Diadema. Foi proferida decisão pelo Tribunal de Justiça de SP, que manteve a condenação do réu. Em face desta decisão, foi interposto Recurso pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo (CASTRO, 2021, p. 40-41).

O Recurso Extraordinário (RE) 635.659 examina a criminalização do porte de drogas para uso pessoal, o seu pedido é de que a criminalização seja julgada inconstitucional, atualmente encontra-se em julgamento no STF. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2011):

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal.

Neste recurso extraordinário, fundamentado no art.102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alega-se violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

O recorrente argumenta que o crime [ou a infração] previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. [fl.153].

Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral.

No caso, a controvérsia constitucional cinge-se a determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal. Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.

Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional.

O próximo voto será o do Ministro Alexandre de Moraes, atualmente o RE aguarda nova data de julgamento (CASTRO, 2021, p. 42).

## 6 PESQUISA DE OPINIÃO PÚBLICA ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA CÂNABIS NO BRASIL

Para desenvolvimento do presente trabalho, foi realizado um estudo de pesquisa de opinião pública, através da plataforma *Google Forms*, com o objetivo de identificar a percepção social sobre a eficácia da política proibicionista do Estado quanto à produção, venda, estocagem e uso da maconha, seja para fins medicinais, seja para fins recreativos.

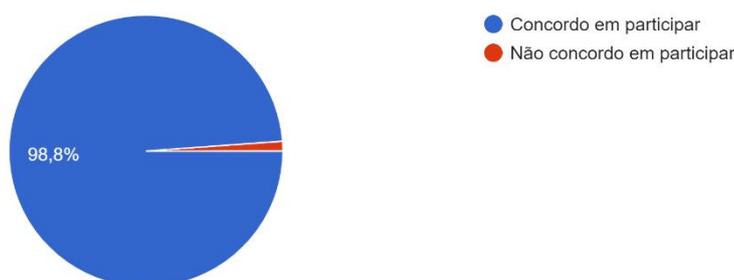
A identidade das pessoas entrevistadas que responderam ao questionário foi mantida em sigilo, considerando que não foram requeridas informações como o nome ou e-mail.

O estudo colheu um total de 171 (cento e setenta e uma) participações.

Inicialmente, foi apresentado um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido onde os participantes poderiam escolher se concordariam ou não participar como voluntários do estudo.

**Figura 7 – Gráfico 1**

Leia o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e responda:  
171 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

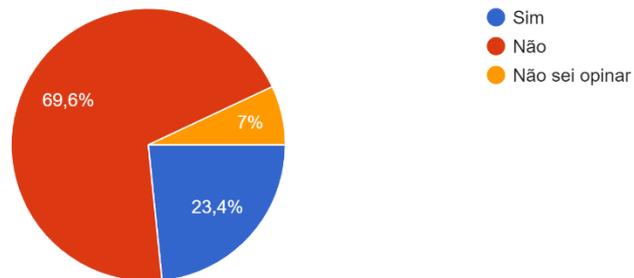
Diante dos resultados em questão: 98,9% dos participantes concordaram em participar; 1,2% dos participantes não concordaram em participar.

Uma segunda pergunta visou examinar se os participantes concordam com a criminalização do uso da maconha para fins recreativos.

**Figura 8 – Gráfico 2**

Você concorda com a criminalização do uso da maconha para fins recreativos?

171 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

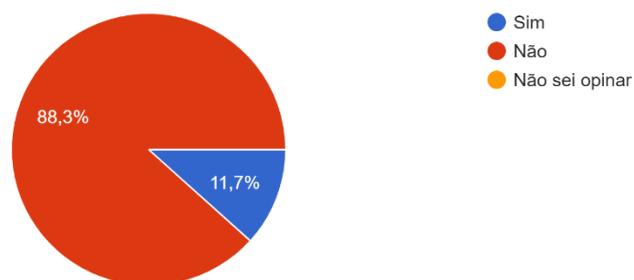
Diante dos resultados em questão: 69,6% dos participantes não concordam com a criminalização do uso da maconha para fins recreativos; 7% dos participantes concordam com a criminalização do uso da maconha para fins recreativos; 23,4% dos participantes não sabem opinar.

Uma terceira pergunta visou examinar se os participantes concordam com a criminalização do uso da maconha para fins medicinais.

### Figura 9 – Gráfico 3

Você concorda com a criminalização do uso da maconha para fins medicinais?

171 respostas



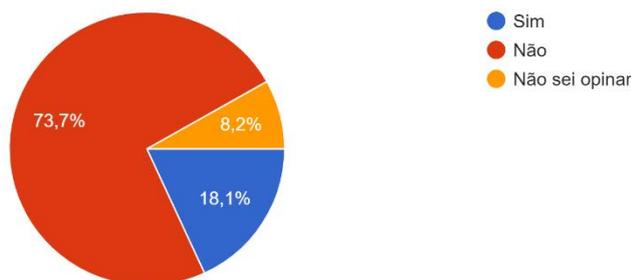
Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 88,3% dos participantes não concordam com a criminalização do uso da maconha para fins medicinais; 11,7% dos participantes concordam com a criminalização da maconha para fins medicinais.

Uma quarta pergunta visou examinar se os participantes concordam que a venda da maconha deve ser considerada criminosa.

**Figura 10 – Gráfico 4**

Você concorda que a venda de maconha deve ser considerada criminosa?  
171 respostas



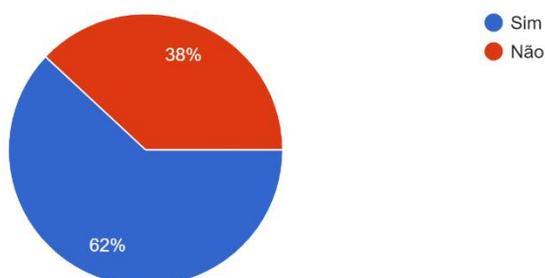
Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 73,7% dos participantes não concordam que a venda da maconha deve ser considerada criminosa; 18,1% dos participantes concordam que a venda da maconha deve ser considerada criminosa; 8,2% dos participantes não sabem opinar.

Uma quinta pergunta visou examinar se os participantes já haviam feito o uso da maconha para fins recreativos.

**Figura 11 – Gráfico 5**

Você já usou maconha para fins recreativos?  
171 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 62% dos participantes já usaram maconha para fins recreativos; 38% dos participantes não usaram maconha para fins recreativos.

Uma sexta pergunta visou examinar em qual contexto os usuários haviam realizado maconha para fins de recreação.

**Figura 12 – Gráfico 6**

Se você já utilizou a maconha para fins de recreação, em qual contexto isso aconteceu?  
110 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 37,3% dos participantes usaram maconha para fins de recreação durante uma festa entre amigos; 24,5% dos participantes usaram maconha para fins de recreação em casa, sozinhos(as); 15,5% dos participantes usaram maconha para fins de recreação na rua, com o auxílio de amigos ou pessoas conhecidas; 11,9% dos participantes usaram maconha para fins de recreação no contexto de todas as opções/informaram fazer uso constante; 4,5% dos participantes usaram maconha para fins de recreação em casa, com amigos próximos ou familiares; 0,9% dos participantes informaram que usam maconha sempre, seja para fins de recreação, seja para fins medicinais; 0,9% dos participantes usaram maconha para fins de recreação em viagem para Amsterdã, em local permitido por Lei; 0,9% dos participantes usaram maconha para fins de recreação para experimentar; 3,6% dos participantes informaram que nunca fizeram uso de maconha.

Uma sétima pergunta visou examinar por qual motivo os participantes que nunca haviam usado maconha para fins recreativos, não o fizeram.

**Figura 13 – Gráfico 7**

Se você nunca usou a maconha, para fins recreativos, por qual motivo não o fez?

69 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

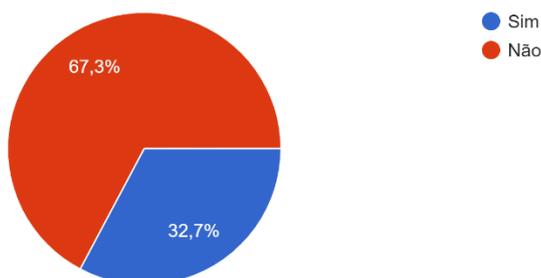
Diante dos resultados em questão: 62,3% dos participantes informaram nunca haver usado maconha para fins recreativos por não sentirem a necessidade de se entorpecer; 8,7% dos participantes informaram nunca haver usado maconha para fins recreativos por não gostar de utilizar produto considerado ilícito; 7,2% dos participantes informaram nunca haver usado maconha para fins recreativos por considerar que a maconha faz mal à saúde; 9,2% dos participantes informaram nunca haver usado maconha para fins recreativos por nunca terem tido vontade; 11,2% dos participantes informaram que fazem o uso de maconha; 1,4% dos participantes informaram nunca haver usado maconha para fins recreativos por nunca terem tido a oportunidade.

Uma quinta pergunta visou examinar se os participantes já haviam feito o uso da maconha para fins medicinais.

**Figura 14 – Gráfico 8**

Você já usou a maconha para fins medicinais?

171 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 67,3% dos participantes informaram que já fizeram o uso de maconha para fins medicinais; 32,7% dos participantes informaram que nunca fizeram o uso de maconha para fins medicinais.

Uma sexta pergunta visou examinar em qual contexto os participantes fizeram uso de maconha para fins medicinais.

**Figura 15 – Gráfico 9**

Se você já utilizou a maconha para fins medicinais, em qual contexto isso aconteceu?

61 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 65,6% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais para alívio de dores do corpo e da ansiedade; 9,8% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais por recomendação médica; 4,9% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais para doenças crônicas, neurológicas, degenerativas ou cancerígenas; 4,9% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais por recomendação de amigos ou parentes; 1,6% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais para o equilíbrio mental; 3,2% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais para a insônia; 1,6% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais como terapeuta, para ver a ação do canabidiol; 1,6% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais para alívio de dores e durante estados depressivos maiores; 1,6% dos participantes informaram ter utilizado maconha para fins medicinais para ansiedade, para depressão e para dormir; 1,6% dos participantes informaram ter

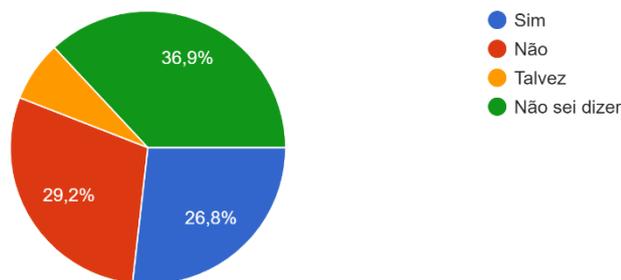
utilizado maconha para fins medicinais para a ansiedade; 3,2% dos participantes informaram não ter utilizado maconha para fins medicinais.

Uma sétima pergunta visou examinar se os participantes já utilizaram algum material ou produto feito de cânhamo (biodegradável), em substituição ao plástico.

**Figura 16 – Gráfico 10**

Você já utilizou algum material ou produto feito de cânhamo (biodegradável), em substituição ao plástico?

168 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 36,9% dos participantes informaram não saber dizer; 26,8% dos participantes informaram já ter utilizado algum material ou produto feito do cânhamo (biodegradável) em substituição ao plástico; 29,2% dos participantes informaram nunca ter utilizado algum material ou produto feito do cânhamo (biodegradável) em substituição ao plástico; 7,1% dos participantes informaram que talvez já tenham utilizado algum material ou produto feito do cânhamo (biodegradável) em substituição ao plástico.

Uma oitava pergunta visou examinar se os participantes sabiam que o cânhamo industrial é um tipo de Cânabis com baixo teor de THC (tetrahydrocannabinol) e alto teor de CBD (canabidiol), que possui aplicação em diferentes indústrias, como a farmacêutica, têxtil, de reciclagem, automotiva, de alimentos e bebidas, construção civil e agronegócio.

**Figura 17 – Gráfico 11**



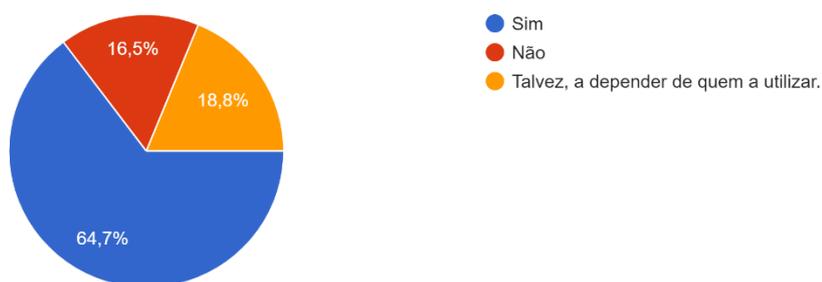
Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 55,6% dos participantes não consideram que a maconha deveria ser legalizada apenas para fins medicinais e não recreativos; 27,5% dos participantes consideram que a maconha deveria ser legalizada apenas para fins medicinais e não recreativos; 17% dos participantes consideram que, a depender da situação, talvez a maconha deveria ser legalizada apenas para fins medicinais e não recreativos.

Uma décima pergunta visou examinar se os participantes consideram que a maconha deveria ser legalizada também para fins recreativos.

**Figura 19 – Gráfico 13**

Você considera que a maconha deveria ser legalizada também para fins recreativos?  
170 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

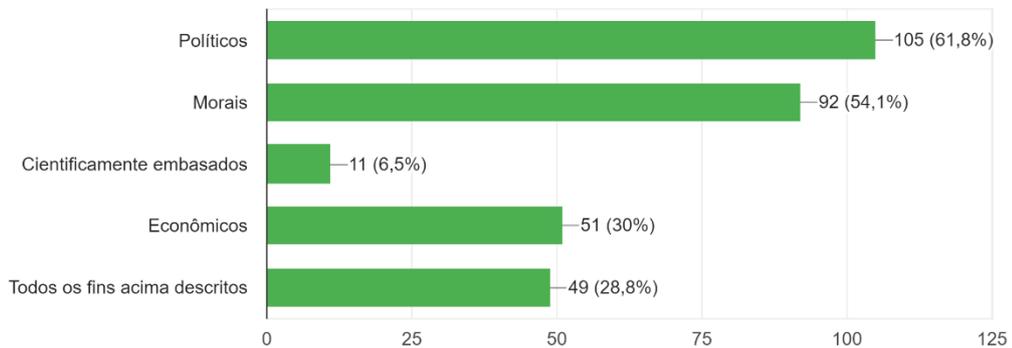
Diante dos resultados em questão: 64,7% dos participantes consideram que a maconha deveria ser legalizada também para fins recreativos; 18,8% dos participantes consideram que, a depender de quem a utilizar, talvez a maconha deveria ser legalizada também para fins recreativos; 16,5% dos participantes não consideram que a maconha deveria ser legalizada também para fins recreativos.

Uma décima primeira pergunta visou examinar quais os fins os participantes consideram que ocasionam a criminalização da maconha.

**Figura 20 – Gráfico 14**

Você considera que a criminalização da maconha é ocasionada por fins:

170 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

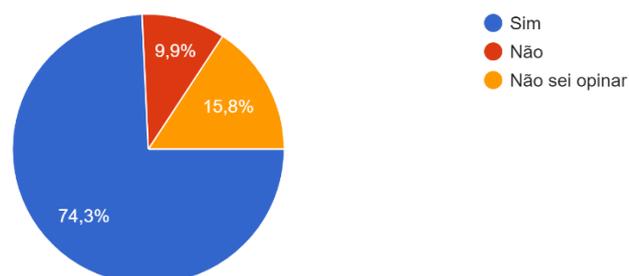
Diante dos resultados em questão: 61,8% dos participantes consideram que a criminalização da maconha é ocasionada por fins políticos; 54,1% dos participantes consideram que a criminalização da maconha é ocasionada por fins morais; 30% dos participantes consideram que a criminalização da maconha é ocasionada por fins econômicos; 6,5% dos participantes consideram que a criminalização da maconha é ocasionada por fins cientificamente embasados; 28,8% dos participantes consideram que a criminalização da maconha é ocasionada por todos os fins acima descritos.

Uma décima segunda pergunta visou examinar se os participantes concordam com um movimento de descriminalização do uso da maconha feito em caráter internacional (por países como Uruguai, Canadá, Holanda, alguns estados dos EUA, etc.).

**Figura 21 – Gráfico 15**

Você concorda com um movimento de descriminalização do uso da maconha feito em caráter internacional (por países como Uruguai, Canadá, Holanda, alguns estados dos EUA, etc.)?

171 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

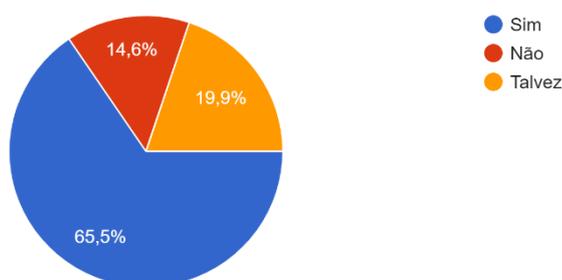
Diante dos resultados em questão: 74,3% dos participantes concordam com um movimento de descriminalização do uso da maconha feito em caráter internacional (por países como Uruguai, Canadá, Holanda, alguns estados dos EUA, etc.); 15,8% dos participantes não sabem opinar se concordam com um movimento de descriminalização do uso da maconha feito em caráter internacional (por países como Uruguai, Canadá, Holanda, alguns estados dos EUA, etc.); 9,9% dos participantes não concordam com um movimento de descriminalização do uso da maconha feito em caráter internacional (por países como Uruguai, Canadá, Holanda, alguns estados dos EUA, etc.).

Uma décima terceira pergunta visou examinar se os participantes consideram que a legalização da maconha reduziria ou eliminaria o seu tráfico e os resultados dele provenientes.

**Figura 22 – Gráfico 16**

Você considera que a legalização da maconha reduziria ou eliminaria o seu tráfico e os resultados dele provenientes?

171 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

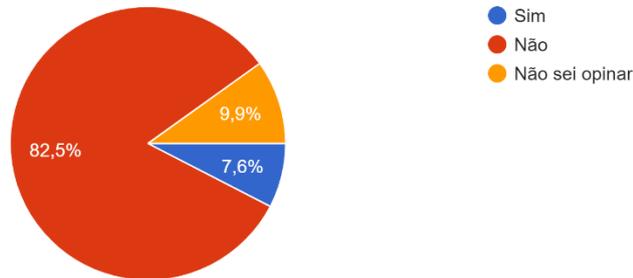
Diante dos resultados em questão: 65,5% dos participantes consideram que a legalização da maconha reduziria ou eliminaria o seu tráfico e os resultados dele provenientes; 19,9% dos participantes consideram que talvez a legalização da maconha reduziria ou eliminaria o seu tráfico e os resultados dele provenientes; 14,6% dos participantes não consideram que a legalização da maconha reduziria ou eliminaria o seu tráfico e os resultados dele provenientes.

Uma décima quarta pergunta visou examinar se os participantes consideram justa a aplicação de uma mesma pena para traficantes de pequeno, médio e grande porte de drogas.

**Figura 23 – Gráfico 17**

Você considera justa a aplicação de uma mesma pena para traficantes de pequeno, médio e grande porte de drogas?

171 respostas



Fonte: Dados da Pesquisa.

Diante dos resultados em questão: 82,5% dos participantes não consideram justa a aplicação de uma mesma pena para traficantes de pequeno, médio e grande porte de drogas; 9,9% dos participantes não sabem opinar se consideram justa a aplicação de uma mesma pena para traficantes de pequeno, médio e grande porte de drogas; 7,6% dos participantes consideram justa a aplicação de uma mesma pena para traficantes de pequeno, médio e grande porte de drogas.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo central compreender e responder três principais questões:

1. Quais foram os instrumentos internacionais que criminalizaram a cannabis e quais são os objetivos declarados da política proibicionista;

2. Qual é a coerência da política penal proibicionista de guerra às drogas que criminaliza a cannabis à luz do princípio da proporcionalidade, no aspecto de sua adequação e respeito aos parâmetros de racionalidade e de defesa dos Direitos Humanos, considerando-se que grande parte das violações a tais Direitos decorrem desta mesma guerra;

3. Com base no princípio da transcendentalidade, de que forma se justifica a criminalização da posse para consumo próprio da cannabis, tendo em consideração que as condutas só podem ser proibidas se forem aptas a causar dano ou perigo concreto de dano a um bem jurídico alheio.

No que tange à primeira questão, se verificou que atualmente este sistema encontra previsão em três instrumentos: na Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964 (BRASIL, 1964); no Convênio sobre substâncias psicotrópicas, de 1971; e na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 - Convenção de Viena (PERFEITO, 2018, p. 37-44). Os objetivos declarados deste sistema proibicionista são os da redução do consumo, impedimento de produção e erradicação de determinadas substâncias.

Desde a Convenção sobre Ópio de 1912, treze instrumentos internacionais objetivando o controle de drogas foram assinados e ratificados pela maioria dos países. Todavia, apesar de todos os esforços, 109 anos depois, verifica-se que poucos resultados práticos foram alcançados. Nas palavras de Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (RODRIGUES, 2006, p. 45): *“apesar da proibição, se mantém a produção, o tráfico e o consumo de substâncias em todos os países do mundo”*.

Para responder a segunda questão, é necessário, primeiramente, compreender que há uma divisão do Direito Penal em dois discursos distintos. O discurso de objetivos declarados e o discurso de objetivos ocultos.

Para o discurso de objetivos declarados, associa-se o Direito Penal à proteção de bens jurídicos fundamentais, para tutelar apenas os valores mais importantes da

vida humana. Há uma seleção de bens jurídicos considerados mais relevantes que serão protegidos sob a ameaça e efetivação da sanção penal. Neste primeiro discurso, objetivando a harmonia no meio social, o controle do Estado existe para garantir a submissão dos membros da sociedade aos modelos e normas. Quando o indivíduo infringe estas normas e modelos, o Direito Penal entra em cena para resolver estes conflitos por meio da norma penal (SANTOS; JÚNIOR; PORTO, 2020, p. 7-8).

Para o discurso de objetivos ocultos, o Direito Penal apresenta uma segunda face, coberta por um viés de seletividade, onde o Direito seleciona bens jurídicos de acordo com a lógica do sistema capitalista, demonstrando uma extensa perseguição pelas agências de controle aos indivíduos e grupos mais vulneráveis. (SANTOS, JÚNIOR; PORTO, 2020, p. 10).

Neste contexto, leciona Nilo Batista (BATISTA, 2001, p. 25-26): “*O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas*”. Para o autor, são três as características que compõem a base do sistema penal brasileiro: seletividade, repressão e estigmatização.

O discurso de objetivos ocultos do Direito Penal demonstra um caráter de extrema desigualdade que é corriqueiramente reproduzido, por meio de um funcionamento seletivo que coloca à margem da sociedade grupos sociais mais vulneráveis (SANTOS, JÚNIOR; PORTO, 2020, p. 10). A guerra às drogas é cotidianamente renovada contra os pobres, os imigrantes, os negros, entre outros grupos sociais mais vulneráveis (RODRIGUES *in*. LABATE, GOULART, *et al.*, 2008, p. 98).

Verificou-se, desta forma, que o sistema proibicionista é responsável por marginalizar os grupos sociais mais vulneráveis, se expressando repetidamente pela violação dos Direitos Humanos dos grupos atingidos.

Neste sentido, se faz imprescindível tornar um olhar mais cuidadoso à política da “guerra às drogas” para analisar se, de fato, os efeitos ocasionados por esta causam, efetivamente, mais prejuízos do que o proibicionismo se dispõe a combater.

Por este motivo, a conduta do Estado deve ser limitada pela proporcionalidade. Este princípio encontra fundamento na própria estrutura principal das normas jurídicas, constituindo uma barreira a ocasionais arbitrariedades dos agentes públicos,

limitando e estabelecendo as fronteiras dos princípios constitucionais (BRAGA, 2004, p. 76).

Sob esta ótica e, analisando-a com base no princípio da proporcionalidade, a investigação acerca da satisfação dos elementos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são insuficientes quando, em matéria penal, as consequências da proibição afetam mais a coletividade do que a própria conduta dita como proibida (ANDRADE, 2019, p. 51).

Não há sentido, então, em criminalizar uma conduta cujo potencial lesivo é imensamente menor do que os prejuízos objetivos efetivamente causados em razão de sua criminalização, no que tange aos Direitos Humanos básicos que devem ser garantidos aos cidadãos.

Partindo à terceira questão que este trabalho objetivou responder, se observa com grande estranheza a criminalização da posse para consumo próprio da cânabis. Para o princípio da alteridade ou da transcendentalidade para que se possa legitimar a intervenção penal deve-se verificar que a conduta praticada possui o potencial de lesividade a um bem jurídico alheio. Não é permitida, dessa forma, a intervenção penal de uma conduta/ato que se esgota na esfera de intimidade ou na esfera privada do próprio agente e que só resulta em um mal para si mesmo e que não possuem lesividade a um bem jurídico alheio, por caracterizar conduta atípica.

Sob esta ótica e, analisando-a com base no princípio da alteridade ou transcendentalidade, se verifica a necessidade de debater acerca da inconstitucionalidade da criminalização do porte de cânabis para uso pessoal, por configurar um comportamento que não transcende a pessoa do agente e não infringe bem jurídico alheio.

Por fim, foi realizado um estudo de pesquisa de opinião pública para desenvolvimento do presente trabalho, através da plataforma *Google Forms*, com o objetivo de identificar a percepção social sobre a eficácia da política proibicionista do Estado quanto à produção, venda, estocagem e uso da maconha, seja para fins medicinais, seja para fins recreativos.

Compulsando os resultados obtidos, foi possível vislumbrar que a opinião pública é, em grande parte, favorável à descriminalização e legalização da cânabis. Os participantes, em sua maioria, não concordam com a criminalização do uso da maconha e consideram que a legalização deve ocorrer não somente para o uso medicinal da planta, mas também para o seu uso recreativo.

A maior parte dos participantes afirma já ter utilizado a maconha para fins recreativos e uma parte maior ainda afirma já ter utilizado a maconha para fins medicinais.

Ainda, sobre a percepção dos participantes, se verifica que a grande maioria considera que a sua criminalização foi ocasionada por fins políticos e morais, em oposição a uma ínfima minoria que considera que a criminalização foi ocasionada por fins cientificamente embasados.

Neste contexto, a grande maioria dos participantes afirmou concordar com o movimento de descriminalização do uso da maconha feito em caráter internacional na atualidade.

A grande maioria afirmou, ainda, considerar que a legalização da cânabis reduziria ou eliminaria o seu tráfico e os resultados dele provenientes.

Diante de todos os dados colecionados, se conclui que a descriminalização e legalização da cânabis é o caminho mais adequado para combater os trágicos efeitos práticos suportados pela sua criminalização, levando em conta as violações aos Direitos Humanos básicos que são suportadas pelos grupos sociais que mais sofrem com a proibição: os mais vulneráveis.

Faz-se necessário repensar a política proibicionista quando, levando em consideração os dados coletados na pesquisa de opinião pública realizada, se verifica que a grande maioria não somente é favorável à legalização, mas afirma já ter feito o uso/fazer o uso da planta *Cannabis Sativa*.

Despir-se do preconceito moral que foi enraizado na sociedade (através de um processo histórico baseado em raízes racistas) é um ato necessário para combater a hipocrisia que criminaliza uma planta enquanto subjuga seres Humanos e seus Direitos mais básicos, em razão de condutas que não possuem efetivo potencial lesivo para a própria sociedade, com base nos princípios da proporcionalidade e da alteridade ou transcendentalidade.

Questionar a Justiça dos homens é uma necessidade absoluta, quando essa se revela tão injusta.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, M. C. D. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, p. 388, 1998.
- ALMEIDA, W. A. S. D. **Análise Econômica das mudanças das Políticas das Drogas: Canadá, Portugal, Uruguai e o Estado do Colorado (EUA)**. Repositório - Universidade Federal Da Grande Dourados – UFGD, Dourados, 2017.
- ANDRADE, J. C. V. D. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almadina, 1998.
- ANDRADE, O. H. A. F. D. **Princípio da Proporcionalidade a guerra contra as drogas**. 4. ed. Natal: OWL - Editora Jurídica, 2019.
- ÁVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, janeiro/março 1999.
- ÁVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, 1999.
- BARROS, A.; PERES, M. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. **Revista Periferia**, uma publicação eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Educação, Cultura e Comunicação em Periferias Urbanas – PPGECC/UERJ, Rio de Janeiro, v. 3, Dezembro 2011.
- BATISTA, N. **Introdução crítica do direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BRAGA, V. E. S. **Princípios da Proporcionalidade & da Razoabilidade**. Curitiba: Juruá Editora Curitiba, 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659 RG / SP**. Relator: Gilmar Mendes. São Paulo, 2011.
- BUCHER, R.; OLIVEIRA, S. R. M. O discurso do "combate às drogas" e suas ideologias. **Revista Saúde Pública** n. 28, p. 137-138, 1994.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Comentários à Constituição portuguesa**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CAPEZ, F. **Curso de direito penal, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. v.1.

CARLINI, E. A. A história da maconha no Brasil. **Jornal brasileiro de psiquiatria**, Rio de Janeiro, v. 55, p. 314-317, 2006.

CASTRO, M. G. D. **A criminalização do porte de cannabis sustentada pelo racismo: um estudo sobre a criminalização e análise de 491 processos de porte de maconha do Estado de São Paulo**. 2021. (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2021.

ESTEFAN, A. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

IORE, M. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, p. 9-21, Março 2012.

GOMES, L. F. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, L. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 87, 2010.

KARAM, M. L. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. **Revista do NU-SOL**. Núcleo de Sociabilidade Libertária Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais PUC-SP, v. 12, 2007.

KARAM, M. L. A Lei 11.343 e os repetidos danos do proibicionismo. *in*. LABATE, B. C. *et al.* **Drogas e cultura**. Salvador: EDUFBA - Editora da Universidade Federal da Bahia, 2008. p. 105-122.

KENDELL, R. Cannabis condemned: the proscription of Indian hemp. *Addiction*. **National Library of Medicine, Rockville Pike Bethesda**, [S.l.], fevereiro 2003.

LABATE, B. C. *et al.* **Drogas e cultura**. Salvador: EDUFBA - Editora da Universidade Federal da Bahia, 2008.

LIGHT, M. The Economic Impact of Marijuana Legalization in Colorado. **Marijuana Policy Group Consulting**, Colorado, Outubro 2016.

LIMA, G. F.; FELTRIN, M. V. A. Descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal – RE 635.659/STF. **Etic-Encontro De Iniciação Científica**, São Paulo, v. 16, 2020.

LIPPI, C. S. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 53-65, 2013.

LOBO, F.; BRASILINO, L. Guerra às drogas: quando o remédio é pior do que a doença. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, p. 14-15, Junho 2013.

LUCENA, J. **Os fumadores de maconha em Pernambuco**. Arquivos da Assis—tência a Psicopatas de Pernambuco, 1934.

MARCOMINI, L. **A legalização da maconha: uma análise dos impactos econômicos e sociais**. Repositório da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências e Letras (Campus de Araraquara), Araraquara, 2015.

NETTO, J. L. D. S. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas de prisão cautelar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 801, p. 422-428, Julho 2002.

PERFEITO, N. **A influência das Convenções Internacionais e do proibicionismo na política de drogas incorporada pela legislação penal brasileira**. Repositório Institucional Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, Junho 2018.

RODRIGUES, L. B. D. F. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RODRIGUES, L. B. D. F.; PÁDUA, J. P. **A desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil**. Rio de Janeiro: TNI, 2013.

RODRIGUES, T. Tráfico, Guerra, Proibição. *in*. LABATE, B. C. *et al.* **Drogas e cultura**. Salvador: EDUFBA - Editora da Universidade Federal da Bahia, 2008. p. 91-104.

SAAD, L. **“Fumo de negro”**: a criminalização da maconha no pós-abolição. Salvador: EDUFBA - Editora da Universidade Federal da Bahia, 2018.

SANTOS, B. C. L.; JÚNIOR, F. D. A. D. F.; PORTO, A. D. M. O discurso da política de guerra às drogas: análise de decisões judiciais no estado de alagoas à luz da criminologia crítica. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual Unicuritiba**, Curitiba, Novembro 2020.

SANTOS, D. D. L.; CAMPOS, R. B. D. O consumo de entorpecentes no Brasil e o princípio da alteridade. **Revista Científica Eletrônica de Ciências Aplicadas da FAIT**, Itaipeva, v. 1, maio 2018.

SERRA, M. A. D. S. **Economia política da pena**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SILVA, J. K. D. N. O controle de substâncias ilegais: os tratados internacionais antidrogas e as repercussões sobre a legislação brasileira. **CSONline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, n. 20, p. 1-121, Julho/Dezembro 2017.

SILVA, M. A. S. D. Política pública carcerária: uma institucionalizada violação de direitos fundamentais impulsionada pela criminalização das drogas. **Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM**, v. 9, 2014.

TÁCITO, C. O desvio de poder no controle dos atos administrativos legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 188, abril/junho 1992.

VELOIS, L. C. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.