

Cadernos
*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

v. 6 n. 28 2021

Direitos Humanos
Política de drogas



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2021 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

v. 6 n.28 2021 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Florisvaldo Fiorentino Júnior

Defensor Público Diretor da EDEPE

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Defensores/as Públicos/as Assistentes da EDEPE

Peter Gabriel Molinari Schweikert

Giancarlo Silkunas Vay

Leila Rocha Sponton

Corpo Editorial

Guilherme Krahenbuhl Silveira Fontes Piccina

Peter Gabriel Molinari Schweikert

Giancarlo Silkunas Vay

Leila Rocha Sponton

Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Diagramação

EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar

CEP 01008-000 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401

escola@defensoria.sp.gov.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes (Org.)

Mateus Oliveira Moro (Org.)

Débora Gomes de Melo dos Santos Medeiros (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Política de drogas

1ª edição

São Paulo

EDEPE - Escola da Defensoria Pública do Estado

2021

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo	São Paulo	v.6	n.28	p. 1-144	fev/2021
--	-----------	-----	------	----------	----------

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. –v. 1, n. 1 (2016)- . – São Paulo : EDEPE, 2016- .

ISSN 2526-5199

1. Direito – Periódico. I. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114

Este volume dos
Cadernos foi apoiado por:

Núcleo Especializado de
Cidadania e
Direitos Humanos



NESC || NÚCLEO ESPECIALIZADO
DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Núcleo Especializado de
Segunda Instância e Tribunais
Superiores**

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Apresentação	7
<i>Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes</i>	
<i>Mateus Oliveira Moro</i>	
<i>Débora Gomes de Melo dos Santos Medeiros</i>	
Comunidade Terapêutica como parte da Rede de Atenção Psicossocial: Conformidade e Monitoramento são possíveis?	11
<i>Katia Isicawa de Sousa Barreto</i>	
<i>Guilherme Sabino Godoy Filho</i>	
<i>Gleuda Simone Apolinário</i>	
<i>Pablo Andres Kurlander Perrone</i>	
<i>Lucas Roncati Guirado</i>	
<i>Ronaldo Laranjeira</i>	
<i>Clarice Sandi Madruga</i>	
Salas e Cenas de Consumo Assistido de Drogas: do Tabu Criminal à Regulação Sanitária por Estados e Municípios	24
<i>Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes</i>	
<i>Leticia Sarmiento Kleim</i>	
Lei antidrogas e seletividade penal: criminalização e encarceramento em massa da população negra	39
<i>Adeildo Vila Nova</i>	
RE 635.659/SP – o STF e o longo e sinuoso caminho para a descriminalização do porte de entorpecentes para consumo pessoal	54
<i>Rafael Munerati</i>	
Os tribunais e o plantio, importação e uso medicinal de cannabis: a legalização silenciosa do uso medicinal da maconha	72
<i>Mario Thiago Moreira</i>	
<i>Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes</i>	
Uma análise acerca da conduta de tráfico de drogas e consequências jurídicas a partir do julgamento do habeas corpus nº 596.603/SP pelo Superior Tribunal de Justiça	95
<i>Douglas Schauerhuber Nunes</i>	
<i>Leonardo Biagioni de Lima</i>	
A incidência da sistemática da Lei de Organizações Criminosas na colaboração premiada da Lei de Drogas	110
<i>Daniel Mobley Grillo</i>	
<i>Olívia Haddad Levy</i>	
Disputas discursivas na fixação do regime inicial do tráfico privilegiado e o HC nº 596.603/SP	131
<i>Rodrigo Augusto T. M. Leal da Silva</i>	



Entre a lei e as práticas: o proibicionismo e a política de drogas brasileira em análise

Embora o uso de substâncias psicoativas para finalidades diversas - do alívio da dor ao vislumbre de um contato com os deuses - seja um fenômeno antigo e persistente na história da humanidade, a problemática das drogas como preocupação sistemática de Estado é um fenômeno da contemporaneidade: remonta ao século XIX e se consolida somente ao longo do século XX.

Com a novidade histórica que decorria dos imperativos de controle dos corpos, consolidou-se já a partir do pós-guerras uma visão internacionalmente hegemônica acerca de qual seria a melhor forma de atuação estatal na questão. Assim, com patrocínio do Estados Unidos da América e a chancela institucional da Organização das Nações Unidas, a criminalização da produção, comércio e consumo de diversas substâncias psicoativas (então tornadas ilícitas e agrupadas sob a denominação “drogas”) passou a ser o modo de regulamentação adotado pela maior parte dos Estados da comunidade internacional, embora essa regulamentação não tenha tido respaldo científico.

Tal forma de atuação estatal na problemática das drogas - também denominada proibicionismo - tem como pilares de sustentação normativa a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961-72), a Convenção sobre substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988). Em conjunto, essas conferências sediadas pela ONU determinam drásticas restrições à pesquisa, produção, circulação e uso de determinadas drogas e foram incorporadas ao direito interno dos países-membro com pouquíssimas modificações, incluindo-se aqui o caso brasileiro. Da mesma forma, a expressão político-midiática de uma “Guerra às Drogas” passaria a incidir sobre a opinião pública, a formação profissional, a produção científica e as práticas institucionais.

Desta maneira, a concorrência de discursos medicalizantes, moralizantes e criminalizantes conformou não somente um conjunto de dispositivos legais de regulamentação, mas um paradigma teórico-institucional a partir do qual a relação milenar da humanidade com determinadas substâncias passaria a ser reinterpretada globalmente.

Os desdobramentos das políticas formuladas sob o paradigma do proibicionismo são percebidos em múltiplas esferas da vida social. As questões abarcadas dentro da categoria “políticas sobre drogas” vão desde o uso medicinal das substâncias tornadas proscritas, até a justiça criminal e segurança pública, passando por questões relativas à autonomia dos sujeitos para o uso recreativo e o cuidado daqueles que fazem uso problemático.

A hegemonia do proibicionismo impactou sobremaneira a produção do conhecimento sobre as substâncias psicoativas, especialmente no que se refere ao seu uso médico. Em tempos de negacionismo, em meio a uma pandemia sem precedentes, isso tem que ser destacado e rechaçado. As restrições burocráticas impostas pela classificação dessas substâncias nas convenções das Nações Unidas desestimularam, interromperam ou criminalizaram durante as últimas cinco décadas a longa tradição de uso medicinal que a humanidade estabeleceu com substâncias como a cannabis, cujo início se deu há quase 5 mil anos. Da mesma forma, segue



impondo atrasos aos estudos com substâncias de alto potencial terapêutico, como a metilenodioximetanfetamina - MDMA, a dietilamida do ácido lisérgico - LSD, a psilocibina, a ibogaína e a ayahuasca.

Além disso, a destruição de zonas de plantio de substâncias utilizadas como drogas (como a papoula e a coca) vem provocando deslocamentos populacionais e restrição do acesso à saúde, além de agravos respiratórios, dermatológicos, intercorrências gestacionais e distúrbios do neurodesenvolvimento provocados pelos produtos pulverizados nas plantações.

Igualmente, a pregação proibicionista da abstinência, que implica na impossibilidade de um uso controlado destas drogas, vem afetando as práticas de cuidado e ceifando das políticas públicas práticas como as de redução de danos, cuja eficácia em determinados contextos é atestada por evidências científicas. Assim, além de colocar em questão a autonomia dos sujeitos, promove uma restrição do acesso a formas de cuidado potencialmente benéficas.

Ademais, de forma igualmente intensa, o proibicionismo vem impactando o sistema de justiça criminal ao redor do mundo, com a promoção de um encarceramento em massa, alimentado principalmente por crimes de baixo potencial ofensivo. No Estado mais rico desta República, a cada duzentos paulistas um está preso; 87.417 pessoas estão presas por tráfico de drogas, o que representa 40,83% do total de pessoas presas. Ante a seletividade do Poder punitivo, as pessoas encarceradas são “as de sempre”, enquanto os altos negócios das drogas restam quase sempre intocados, injetando na economia mundial conformando algo em torno de 425 bilhões de dólares anuais. Os corpos descartáveis para a sociedade do consumo são superexplorados pelos senhores deste capital e servem como “bois de piranha” para demonstrar a todos o pleno funcionamento da prevenção geral negativa. A violência estrutural que converge na intersecção de gênero, raça e classe social ganha contornos dramáticos para os jovens brasileiros. Cabe ainda ressaltar que além de todos os efeitos colaterais das políticas de criminalização das drogas, estas vêm falhando em produzir os efeitos a que se propunham: estima-se que 269 milhões de pessoas fizeram uso de drogas em 2018, um aumento de 30% em relação a 2009. O mercado das drogas segue dinâmico, lucrativo e inovador, com centenas novas substâncias psicoativas (NPS) adentrando este circuito de oferta e demanda - apenas em 2018 foram 549 NPS.

O que ainda sustenta, portanto, a implementação de políticas de drogas proibicionistas no Brasil e no mundo, a despeito de todas as evidências em contrário? Esperamos que os artigos desta publicação possam jogar luz sobre esta questão. Nos arriscaremos a seguir a sugerir alguns caminhos de reflexão a partir justamente da leitura dos valiosos artigos submetidos a estes Cadernos.

No que se refere à resistência a alterações que permitam uma atualização da compreensão da problemática das drogas, o caso da política brasileira sobre drogas tem se mostrado emblemático. A lei 11.343/06, atual lei de drogas, embora supostamente buscasse excluir o usuário de drogas do sistema de justiça criminal e submetê-lo ao sistema de saúde e assistência social - acrescentando um discurso medicalizante à narrativa de criminalização - expressou um viés repressivo em sua aplicação com consequências sanitárias desastrosas, que já foram resumidas pela máxima “um copo meio vazio de médico e cheio de prisão”. A seletividade policial



e judicial, somada à precariedade dos direitos sociais, se mostrou implacável e a parte repressiva da lei se sobrepôs à parte preventiva.

Assim, a lei 11.343/06 foi um dos grandes fomentadores do encarceramento em massa brasileiro, onde mais de 750.000 pessoas presas constituem a terceira maior população carcerária do mundo, vivendo em condições de precárias e sendo expostas a riscos excessivos à saúde: com chances aumentadas em 28 vezes para a contração de tuberculose, incidência de AIDS 138 vezes maior que a da população, taxas de suicídio elevadas em cinco vezes, seis vezes mais chances de morrer e acesso à saúde restrito pela falta de dispositivos de cuidado - na região Nordeste, por exemplo, quase 59% dos estabelecimentos prisionais não dispõem de assistência médica.

Em São Paulo, 69% das unidades prisionais encontram-se superlotadas, 70,8% fazem racionamento de água, 69% das pessoas não recebem itens de higiene quando necessitam e 77,28% dos presídios não têm equipe mínima de saúde. Dados mostram que uma pessoa morria a cada 19 horas nas celas das prisões paulistas antes mesmo da pandemia.

Paradoxalmente, as pessoas presas também apresentam maiores taxas de transtornos por uso de substâncias que a população em geral. Nessas condições de vida o impacto de doenças de alta infectividade como a Covid-19 tende a ser maior e mais intenso. As aglomerações, que poderiam ser evitadas por medidas de isolamento social, são a realidade cotidiana de presídios que chegam a abrigar até 3 vezes o número de pessoas que poderiam suportar. Números oficiais e que podem estar subnotificados apontam 133 mortes pela COVID nas prisões brasileiras, sendo 35 delas em São Paulo.

Os números que ilustram este cenário fazem notar claramente que o impacto da opção repressiva impacta mais intensamente determinados grupos populacionais. Observa-se, por exemplo, que enquanto pouco mais de um quarto da população carcerária masculina encontra-se presa por crimes relacionados às drogas, na população carcerária feminina essa razão é de dois terços, tendo o encarceramento feminino aumentado mais de 1000% em 19 anos. Da mesma forma, os negros são sobre-representados dentro das prisões brasileiras, onde correspondem a 64% das pessoas presas, enquanto compõem 53% da população geral.

Cabe também notar que as elevadas taxas de homicídio decorrentes da atividade policial impactam de forma diferenciada as periferias: se o Brasil apresentou, entre 2011 e 2015 taxas de homicídio comparáveis às da Síria em guerra civil, ao observar quem são as vítimas de mortes violentas intencionais, encontramos corpos de negros jovens e periféricos.

Da mesma forma, na esfera sanitária a política sobre drogas brasileira tem se mostrado refratária às evidências científicas que demonstram a falência do modelo proibicionista, reproduzindo discursos moralizantes acerca das drogas. A redução de danos foi retirada da formulação da política nacional no decreto de número 9.761/2019, explicitamente em atenção à suposta "posição majoritariamente contrária da população brasileira quanto às iniciativas de legalização de drogas". A desinformação é o combustível típico desta suposta "posição majoritária".

Na esteira dessa política, o incentivo financeiro à abertura de comunidades terapêuticas, sem um correspondente incentivo à sua fiscalização, consolida a implantação de artifícios



terapêuticos do tratamento moral ou mesmo do modelo asilar historicamente esgotado de tratamento psiquiátrico.

Ainda que existam boas práticas terapêuticas em parte dessas instituições, as práticas de flagrante desrespeito aos direitos humanos noutra parte delas torna temerosa uma política que promova o aumento dessa modalidade de tratamento sem um correspondente encorajamento de sua fiscalização. Aqui, o risco é que a “indústria da loucura” ganhe roupagem atualizada numa “indústria das comunidades terapêuticas”, capaz de prover lucros a entidades privadas que receberão incentivos do financiamento público sem ter de se mostrar capazes de produzir reabilitação psicossocial e promover saúde.

Ciente do atraso civilizacional produzido pela atual política de drogas brasileira, a organização dessa publicação se propôs a lançar um olhar crítico e multidisciplinar para a questão. Se - longe de constituir um instrumento de promoção de saúde para os usuários de drogas ou reduzir a oferta e a demanda por essas substâncias no Brasil - a política nacional tem se mostrado um instrumento de opressão de gênero, raça e classe, além de potencial incentivador de ultrapassadas modalidades de tratamento moral dos usuários, quais seriam as vias de questionamento e transformação do atual estado das coisas?

Os artigos selecionados para estes Cadernos lançam luz sobre caminhos jurídicos, sanitários e políticos de superação das contradições engendradas pelo proibicionismo e práticas a ele associadas no cenário nacional. Assim, a necessidade de monitoramento de comunidades terapêuticas e a crítica necessária a elementos de desse modelo de cuidado, o processo de judicialização do acesso ao tratamento médico com substâncias proscritas, a crítica à seletividade penal na aplicação da lei de drogas e as possibilidades de descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, bem como a garantia dos direitos das pessoas presas no tratamento da questão pelo sistema de justiça criminal são temas abordados nos artigos da presente edição.

Embora os textos selecionados expressem distintos posicionamentos e níveis de crítica ao lugar atualmente ocupado pelo Estado brasileiro no tratamento da questão das drogas, vistos em conjunto proporcionam uma visão ampla dos aspectos que compõem esta problemática no cenário nacional. A convocação de artigos para essa edição buscou, por fim, reafirmar o compromisso dos organizadores em abordar a política de drogas brasileira sobre os alicerces da democracia, da ciência, do respeito aos direitos humanos e da necessidade de superação do Estado Penal no Brasil para a construção de um Estado que conjugue bem estar social com liberdade e autonomia individuais. Esperamos que esta publicação possa contribuir neste sentido. Boa leitura!

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes, Mateus Oliveira Moro e Débora Gomes de Melo dos Santos Medeiros (Organizadores)



Comunidade Terapêutica como parte da Rede de Atenção Psicossocial: Conformidade e Monitoramento são possíveis?

Therapeutic Communities as part of addiction healthcare framework: Are compliance and monitoring possible?

Katia Isicawa de Sousa Barreto

Graduação em Ciências Sociais – UNESP

katicawawa@hotmail.com

Guilherme Sabino Godoy Filho

Graduação em Psicologia - UNIFESP

guilhermegodoypsi@gmail.com

Gleuda Simone Apolinário

Graduação em Sociologia - USP

gleuda.apolinario@gmail.com

Pablo Andres Kurlander Perrone

Doutorado em Saúde Coletiva - UNESP

pablokurlander@gmail.com

Lucas Roncati Guirado

Graduado em Psicologia - UNIP

lucas.roncati@gmail.com

Ronaldo Laranjeira

Professor Titular – Departamento Psiquiatria UNIFESP

ronaldoramoslaranjeira@gmail.com

Clarice Sandi Madruga

Professora afiliada Departamento de Psiquiatria – UNIFESP

clarice.madruga@unifesp.br

Resumo

A Comunidade Terapêutica tem sido incluída como na rede de cuidados para a dependência química, faz parte de recentes mudanças na política de saúde mental. Em virtude do hiato entre o surgimento e a normatização/regulamentação desses serviços, este trabalho busca descrever a implementação de um sistema de monitoramento nas Comunidades Terapêuticas que receberam recursos financeiros do Estado de São Paulo, bem como avaliar os resultados obtidos entre 2014 a 2016. Os dados demográficos evidenciam um perfil de usuário em sua maioria público masculino (91,5%), escolaridade em nível fundamental (48,2%), solteiros (70,7%), sem renda (87,2%), denotando vulnerabilidade social e incapacidade de auto sustento; após o descritivo das prevalências, as CTs por sua vez apresentam-se em áreas rurais (62,5%), embasadas por orientação religiosa ecumênica (45,8%). Observa-se também que mais de 90% da amostra total participaram de três atividades: Apoio Psicossocial (96,4%), Conscientização sobre Dependência de Substâncias Psicoativas (92,3%) e Espiritualidade (95,2%). Cabe evidenciar os processos de desligamentos qual aponta altos índices de retorno ao convívio familiar em condição de auto sustento (21,4%), sobressaindo os dados de que tendo geração de renda ou não, ambas as vertentes denotam importante recuperação de vínculo de alta relevância considerando a fragilidade das



relações no início do processo em detrimento a reconstrução de vínculos sociais. O referido estudo aponta que a avaliação contínua das CTs permitirá no monitoramento da eficácia e efetividade destes equipamentos, bem como nortear sobre o desenvolvimento de atividades embasadas em evidências científicas.

Palavras-chave: Comunidade Terapêutica. Tratamento. Dependência Química.

Abstract

The Therapeutic Community has been included as part of the care network for drug addiction, it is part of recent changes in mental health policy. Due to the gap between the emergence and the standardization / regulation of these services, this work seeks to describe the implementation of a monitoring system in the Therapeutic Communities that received financial resources from the State of São Paulo, as well as to evaluate the results obtained between 2014 to 2016. Demographic data show a user profile that is mostly male (91.5%), primary education (48.2%), single (70.7%), without income (87.2%); It is also observed that more than 90% of the total sample participated in three activities: Psychosocial Support (96.4%), Awareness about Psychoactive Substance Dependence (92.3%) and Spirituality (95.2%). It is worth highlighting the termination processes, which indicate high rates of return to family life in a condition of self-support (21.4%). The aforementioned study points out that the continuous evaluation of the TCs will allow the monitoring of the effectiveness of this equipment, as well as guiding the development of activities based on scientific evidence.

Keywords: Therapeutic Community. Treatment. Addiction.

Introdução

A Comunidade Terapêutica (CT) como local de cuidado esteve presente em diversas modalidades ao longo da história da humanidade, notadamente nas vertentes espirituais. Contemporaneamente há duas vertentes de CT: o modelo psiquiátrico e o modelo para tratamento da dependência química (DE LEON, 2008).

As primeiras CTs psiquiátricas surgiram ainda na primeira metade do século XX, na França, com a atuação dos psiquiatras Paul Balvet e Françoise Tosquelles no Hospital Psiquiátrico Saint Alban. Na segunda metade do mesmo século, no Reino Unido, com a atuação do psiquiatra sul-africano Maxwell Jones, atuando no Hospital Psiquiátrico Maudsley. Este modelo, estruturado por Jones, incorporou a participação ativa do paciente no processo terapêutico inovando o procedimento, quando comparado com os modelos psiquiátricos da época. (PERRONE, 2019).

A demanda pela ampliação do leque de modalidades no tratamento para dependência química surge tendo em vista os baixos índices de sucesso das demais abordagens (NIDA, 2020). O Grupo Oxford, fundado na segunda década do século XX, com o objetivo de desenvolver estratégias para a demanda do sofrimento humano, incluindo o alcoolismo, caracterizou-se por uma vertente majoritariamente religiosa, visto que a estratégia central estava no “renascimento



espiritual” do indivíduo. Já em 1958 é fundada o modelo Synanon, adotando o conceito de 12 passos do Alcoólicos Anônimos (1935), bem como influências filosóficas e pragmáticas, atendendo não apenas alcoolistas, mas outros dependentes químicos (DE LEON, 2008).

Inicialmente as CTs eram primordialmente norteadas por dois princípios: “pressão entre os pares” e “auto-ajuda”. O princípio “Pressão entre os pares” ou “influência entre os pares” consiste em estratégias utilizadas para ajudar os residentes a aprender a assimilar normas sociais e desenvolver habilidades sociais mais efetivas. Já o princípio “auto-ajuda” consiste na estratégia que os próprios indivíduos são os principais protagonistas do processo de mudança (SMITH; GATES; FOXCROFT; 2006).

Ao longo do tempo, as CTs sofreram influências de campos da educação, medicina, direito, ciências sociais, dentre outros, permitindo que seus programas fossem paulatinamente reordenados com variados recursos técnicos, notadamente no que diz respeito aos atendimentos psicológicos, vocacionais e educacionais (DE LEON, 2008). Assim, em 1963 surge nos EUA, o modelo de CT DayTop Village. Esta modalidade de tratamento passa a incluir em sua abordagem a presença de uma equipe multidisciplinar, possibilitando abordagens baseadas na ciência (PERRONE, 2019).

Entretanto, de acordo com De Leon; Perfes; Joseph, Blunt (2015)., as Comunidades Terapêuticas tradicionais precisaram expandir seus serviços para incorporar novas intervenções, de acordo com a necessidade de novas populações (pessoas em situação de rua, mulheres, adolescentes, dentre outros), como por exemplo, serviços familiares, cuidados de saúde primários, tratamentos baseados em treinamento de prevenção a recaída, grupos de 12 passos, serviços de saúde mental, bem como outras práticas baseadas em evidências, como Terapia Cognitivo Comportamental e Entrevista Motivacional.

No Brasil, na década de 1960, surge as primeiras iniciativas de CT, no estado de Goiás, as quais foram marcadas por um forte embasamento religioso. Em 1978 foi fundada a Associação Promocional Oração e Trabalho (APOT), hoje denominada como Instituto Padre Haroldo, no estado de São Paulo, como o primeiro modelo de CT baseado no modelo DayTop Village, que depois se difundiu por todo o país (PERRONE, 2019).

As regulamentações e legislações foram formalizadas no Brasil apenas no início do século XXI, com a publicação da Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (RDC-ANVISA) nº 101/2001. Este foi o marco legal de regulamentação das Comunidades Terapêuticas no território nacional.

Na década de 2010, houve intensa publicação de legislações e regulamentações. Em junho de 2011, a RDC nº 101/2001 foi revogada e passa a vigorar a RDC-ANVISA nº 29/2011. Em dezembro de 2011, as Comunidades Terapêuticas são reconhecidas como serviço pertencente à Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Portaria nº 3.088/2011, publicada pelo Ministério da Saúde. O primeiro financiamento público de CTs no Brasil ocorreu em 2012, por meio da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD). Em 2015 foi publicado a Resolução CONAD nº 01/2015, nomeada como “Marco



Regulatório das Comunidades Terapêuticas”. Em 2019 foram publicados o Decreto nº 9.761/2019 estabelecendo a Política Nacional de Álcool e Drogas, e a Lei 13.840/2019, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

O hiato entre o surgimento das CT no final da década de 1960 e a formulação de regulamentação e legislação, década de 2000, permitiu o aumento desordenado de organizações sem requisitos básicos (infraestrutura, profissionais, metodologia) para o funcionamento, além de abordagens pautadas notadamente nos pilares da disciplina, do trabalho e da religiosidade. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), havia no Brasil em torno de 1.900 CTs e organizações que se autodenominavam como CTs (IPEA, 2017).

Embora hoje no Brasil haja normatizações e regulamentações para que a atuação das CTs seja norteada por diretrizes universais de abordagens validadas na ciência do tratamento da dependência química, ainda existe uma dificuldade na validação deste serviço como parte da rede de assistência psicossocial para o tratamento da dependência química. A existência de organizações que praticam atividades não regulamentadas e não seguem abordagens baseada em evidências faz emergente a demanda por avaliações e monitoramento.

A necessidade de desenvolver e implementar um processo de avaliação e monitoramento desses serviços permite observar a melhoria da qualidade do serviço ofertado, bem como observar a utilização de abordagens baseadas em evidências científicas.

Tendo isso em vista, este trabalho busca descrever a implementação de um sistema de monitoramento nas Comunidades Terapêuticas que receberam recursos financeiros do Estado de São Paulo, bem como avaliar os resultados obtidos entre 2014 a 2016.

Método

A avaliação do perfil dos usuários e o monitoramento dos serviços prestados pelas Comunidades Terapêuticas que receberam recursos públicos estaduais foram realizados por meio de dados previamente existentes, advindos do protocolo de monitoramento destes serviços pela instituição gestora (Federação Brasileira de Comunidades Terapêuticas – FEBRACT), não envolvendo qualquer tipo de coleta de dados direta com os usuários dos serviços.

Procedimento

O protocolo de atendimento nas Comunidades Terapêuticas prevê o preenchimento de 04 formulários durante o período de acolhimento, são eles:

- 1 – “Cadastro do Beneficiário” é o primeiro formulário a ser preenchido, e o preenchimento deve ser feito em até 24 horas após o acolhimento do usuário na organização. Este formulário é composto notadamente por dados sócio demográficos;
- 2 – “Avaliação de Entrada” é preenchido por psicólogo da organização, obedecendo os cuidados com sigilo e privacidade do acolhido. Este formulário é composto, por escalas



psicométricas. Ele deverá ser preenchido apenas uma vez e em até 07 dias após o acolhimento do usuário na organização;

- 3 – Formulário de Andamento é o terceiro formulário a ser aplicado e consiste em um check-list das atividades realizadas pelo acolhido durante o processo de acolhimento. Ele é aplicado após 01 mês em que o usuário está na organização, e é replicado mensalmente.
- 4 – Formulário de Desligamento é o último formulário a ser preenchido, podendo ser aplicado com ou sem a presença do acolhido. É um formulário também composto por escalas psicométricas, além de avaliar o processo de reinserção social do acolhido. Este formulário também permite a avaliação do processo de acolhimento social, realizado pela equipe.

O protocolo de monitoramento das Comunidades Terapêuticas prevê a aplicação de 01 formulário:

- 5 – Formulário de Visita in loco: é um formulário composto por questões para avaliação de capacidade de atendimento, vertente religiosa, público atendido, estrutura física, prontuários, limpeza e conservação;

Os resultados descritos no presente estudo são baseados nos formulários 1, 2, 4 e 5. Os dados selecionados foram: sexo, estado civil, educação, vínculo empregatício, renda, naturalidade, participação nas atividades e condições do acolhido no momento do desligamento, vertente religiosa, capacidade de atendimento, quantidade de profissionais de nível superior atuantes e localização.

Análise dos Resultados

Os dados obtidos através do sistema online de monitoramento foram armazenados em um formato de planilha do programa Excel. A análise destes dados envolveu a adaptação (exclusão dos dados de identificação pessoal dos participantes) e avaliação de consistência do banco de dados e a posterior conversão para o pacote estatístico (STATA SE 13). Razões de prevalência, desvios padrão e análises multivariadas de associação foram calculados utilizando o índice de significância de 0,05.

Resultados

Os dados analisados neste estudo, proveniente de um sistema de monitoramento de Comunidades Terapêuticas no estado de São Paulo, são referentes a dados de registros de



indivíduos (n=8109) que foram acolhidos em Comunidades Terapêuticas (n=48) entre o período 2014 e 2016. Estas instituições estavam distribuídas em 41 municípios do estado de São Paulo.

Distribuição de Registros de Indivíduos por Ano			
2014	2015	2016	Total
% (n)	% (n)	% (n)	% (n)
23,7 (1.920)	33,0 (2.675)	43,3 (3.514)	100,0 (8.109)

Tabela 1 - Distribuição de Registros de Indivíduos por Ano

Distribuição de CTs por ano		
2014	2015	2016
(n)	(n)	(n)
34	38	48

Tabela 2 – Distribuição de CTs por Ano

Perfil das instituições avaliadas

As instituições avaliadas faziam parte do escopo de instituições que recebiam financiamento público estadual, bem como receberam supervisão e monitoramento trimestralmente.

De acordo com os dados da Tabela 3, 45,8% das CTs possuem como vertente religiosa o ecumenismo, além de 85,4% dessas instituições atenderem ao público masculino, e estarem localizadas na região rural (62,5%). Em relação os profissionais que trabalhavam nessas organizações, todas as instituições possuíam no mínimo 02 (dois) profissionais de nível superior. Observa-se também que a maioria (54,2%) das CTs são de porte médio, com capacidade de 31 a 60 vagas.

Caracterização das CTs	
Vertente Religiosa	Número de vagas disponíveis
Ecumênico 45,8%	Até 30 35,4%
Católico 27,1%	31 a 60 54,2%
Evangélico 25,0%	61 a 120 10,4%
Espírita 2,1%	
Total Profissionais Nível Superior	Público Alvo
2 22,9%	Masculina 85,4%
3 20,8%	Feminina 10,4%
4 22,9%	Mista 4,2%
5 14,6%	
Acima de 6 18,8%	Localização
	Rural 62,5%
	Urbana 37,5%

Tabela 3 – Característica das CTs

*Perfil dos indivíduos acolhidos em CT*

De acordo com os dados da Tabela 4, no período analisado (2014 a 2016), 91,5% do público atendido era homens, e 8,3% mulheres. Observa-se que os registros de atendimento do público transgênero iniciaram-se a partir de 2015, correspondendo 0,2% (n=17) da amostragem total. Considerando a idade dos indivíduos, a média é de 37 anos de idade.

Em relação ao nível de escolaridade, 48,2% do total da amostra possui ensino fundamental e 35,5% da amostra possui ensino médio. Vale ressaltar também que 12,8% da amostra nunca estudou.

Observa-se também que 70,7% dos indivíduos eram solteiros e 12,4% separados ou divorciados.

Vale ressaltar que 73,4% dos indivíduos, no momento do acolhimento, não possuíam vínculo empregatício, bem como 87,2% não possuíam renda.

Por fim, 24,3% da amostra eram paulistanos, enquanto 56,0% dos indivíduos nasceram em outros municípios do estado de São Paulo. Além disso, 19,7% da amostra nasceram em outros estados.

Características Sócio Demográficas				
	2014	2015	2016	TOTAL
	% (n)	% (n)	% (n)	% (n)
Sexo				
Homens	94,6 (1.816)	90,5 (2.420)	90,6 (3.185)	91,5 (7.421)
Mulheres	5,4 (104)	9,2 (245)	9,2 (322)	8,3 (671)
Transgênero	0,0 (0)	0,4 (10)	0,2 (07)	0,2 (17)
TOTAL	100,0 (1920)	100,0 (2675)	100,0 (3.514)	100,0 (8109)
Educação				
Nunca estudou	12,9 (139)	13,3 (339)	12,4 (422)	12,8 (900)
Fundamental	48,6 (865)	47,9 (1.216)	48,4 (1.641)	48,2 (3.722)
Médio	34,9 (621)	35,5 (901)	35,5 (1.205)	35,5 (2.727)
Ensino Técnico ou Superior	3,7 (66)	3,3 (83)	3,7 (125)	3,5 (274)
TOTAL	100,1 (1.691)	100 (2.539)	100,0 (3.393)	100,0 (7.623)
Estado Civil				
Solteiro	71,3 (1.369)	71,9 (1.922)	69,5 (2.441)	70,7 (5.732)
Casado/Amasiado	15,8 (304)	15,6 (416)	16,2 (569)	15,9 (1.289)
Separado/ Divorciado	12,2 (235)	11,4 (304)	13,3 (467)	12,4 (1.006)
Viúvo(a)	0,6 (12)	1,2 (33)	1,1 (37)	1,0 (82)
TOTAL	100,0 (1.920)	100,0 (2.675)	100,0 (3.514)	100,0 (8.109)
Vínculo empregatício				
Não	75,0 (1.441)	73,6 (1.968)	72,2 (2.539)	73,4 (5.948)



Sim	25,0 (479)	26,4 (707)	27,7 (975)	26,6 (2.161)
TOTAL	100,0 (1.92)	100,0 (2.675)	99,9 (3.514)	100,0 (8.109)
Renda				
Não possui	93,7 (1.798)	88,5 (2.367)	82,6 (2.904)	87,2 (7.069)
Ate 1 SM	3,4 (66)	8,0 (215)	11 (388)	8,3 (669)
1 SM ou mais	2,9 (56)	3,5 (93)	6,3 (222)	4,6 (3,71)
TOTAL	100 (1.920)	100,0 (2.675)	99,9 (3514)	100,0 (8.109)
Naturalidade				
São Paulo Capital	31,9 (547)	24,5 (613)	20,2 (680)	24,3 (1.840)
São Paulo Interior	48,3 (828)	56,1 (1.402)	59,8 (2.018)	56,0 (4.248)
Outro	19,8 (340)	19,3 (483)	20,0 (674)	19,7 (1.497)
TOTAL	100,0 (1.715)	100,0 (2.498)	100,0 (3.372)	100,0 (7.585)

Tabela 1 - Características Sócio Demográficas

Descritivo das Intervenções

Conforme apontado na Tabela 5, observa-se que as Comunidades Terapêuticas que participaram do financiamento público estadual, possuíam em seus projetos terapêuticos institucionais diversas atividades de sociabilidade, recuperação e acolhimento social, dentre elas, destaca-se “Apoio Psicossocial”, “Atividade de Auto Cuidado e Sociabilidade”, “Conscientização sobre Dependência de Substâncias Psicoativas (SPA)”, “Atividades Lúdico-Terapêuticas”, “Atividades Artísticas, Recreativas, Culturais e/ou Desportivas”.

Observa-se que mais de 90% da amostra total participaram de três atividades: Apoio Psicossocial (96,4%), Conscientização sobre Dependência de SPA (92,3%) e Espiritualidade (95,2%).

Mais de 80% da amostra participaram das atividades: Auto Cuidado e Sociabilidade (88,4%), Lúdico-Terapêutica em Grupo (85,1%) e Individual (88,7%), e Recreativas, Artísticas, Culturais e/ou Desportivas (85,1%).

As atividades que possuíram as menores taxas de participação foram “Geração de Renda e Trabalho”, com a participação de 30,4% do total da amostra, e a atividade “Prática Inclusiva de Capacitação, Aprendizagem e Formação Profissional” com participação total de 46,0%.



Participação em Atividades de Sociabilidade, Recuperação e Acolhimento Social				
	2014	2015	2016	TOTAL
	% (n)	% (n)	% (n)	% (n)
Apoio Psicossocial	96,7 (1.710)	95,8 (2.297)	96,7 (3.172)	96,4 (7.179)
Auto Cuidado e Sociabilidade	87,8 (1.685)	85,7 (2.293)	90,7 (3.189)	88,4 (7.167)
Conscientização sobre Dependência de SPA	92,3 (1.610)	91,7 (2.170)	92,7 (3.012)	92,3 (6.792)
Elaboração PAS/PTS ou PIA	63,5 (1.061)	71,5 (1.612)	77,0 (2.362)	72,0 (5.035)
Espiritualidade	95,0 (1.649)	95,5 (2.260)	95,0 (3.090)	95,2 (6.999)
Geração de Renda e Trabalho	26,8 (382)	29,7 (560)	32,8 (899)	30,4 (1.841)
Lúdico-Terapêutica – em Grupo	88,3 (1.479)	88,7 (2.000)	80,7 (2.487)	85,1 (5.966)
Lúdico-Terapêutica – Individual	88,5 (1.478)	89,5 (2.022)	88,4 (2.761)	88,7 (6.261)
Prática Inclusiva de Capacitação, Aprendizagem e Formação Profissional	43,6 (635)	48,7 (986)	45,9 (1.332)	46,0 (2.953)
Recreativas, Artísticas, Culturais e/ou Desportivas	85,4 (1.436)	85,7 (1.941)	84,6 (2.666)	85,1 (6.043)
Reestabelecimento de Vínculos Familiares	74,0 (1.233)	80,3 (1.768)	81,4 (2.502)	79,3 (5.503)

Tabela 2 - Participação em Atividades de Sociabilidade, Recuperação e Acolhimento Social

Desfechos no desligamento

A Tabela 6 apresenta o desfecho dos indivíduos no desligamento, saída ou alta da Comunidade Terapêutica, ou seja, as condições em que o acolhido estava, notadamente em relação ao destino e condição de auto sustento.

Observa-se que 54,7% dos indivíduos no momento do desligamento da CT, retornaram ao convívio familiar. Deste grupo que retornaram ao convívio familiar, 21,4% saíram com condições de auto sustento e 33,3% sem condições de auto sustento.

Do total da amostra, 10,9% dos indivíduos, no momento do desligamento não retornaram ao convívio familiar nem possuíam condições de auto sustento.



Desfecho dos Indivíduos no Desligamento				
	2014	2015	2016	TOTAL
	% (n)	% (n)	% (n)	% (n)
Não há registro da informação / Não houve tempo hábil	34,1 (642)	27,0 (704)	24,2 (757)	27,6 (2103)
Retornou ao convívio familiar e em condições de auto sustento	17,6 (331)	20,5 (532)	24,5 (768)	21,4 (1631)
Retornou ao convívio familiar, mas sem condições de auto sustento	31,5 (593)	34,9 (908)	33,1 (1035)	33,3 (2536)
Não retornou ao convívio familiar, mas em condições de auto sustento	3,5 (66)	5,0 (130)	4,8 (152)	4,6 (348)
Não retornou ao convívio familiar, e sem condições de auto sustento	12,0 (225)	11,1 (290)	10,1 (318)	10,9 (833)
Serviços Sócio-assistenciais (Albergue, República, CT, Centro POP, CRAS, etc)	1,2 (23)	1,1 (29)	2,7 (84)	1,8 (136)
Óbito	0,00 (0)	0,3 (08)	0,3 (08)	0,2 (16)
Detenção / Reclusão Sistema Prisional	0,1 (01)	0,1 (03)	0,3 (09)	0,2 (13)
TOTAL	100,0 (1881)	100,0 (2604)	100,0 (3131)	100,0 (7616)

Tabela 3 - Desfechos dos Indivíduos no Desligamento

Discussão

A implementação de um sistema de monitoramento nas Comunidades Terapêuticas permitiu avaliar a execução dos serviços prestados bem como observar o perfil dos indivíduos que foram acolhidos nessas instituições.

O conhecimento aprofundado do perfil dos indivíduos acolhidos nas CTs e o monitoramento da prestação desses serviços são fundamentais para a elaboração de estratégias de acolhimento e de reinserção social mais eficazes, bem como para aumentar os índices de adesão e sucesso terapêutico.

O perfil das CTs avaliadas no processo de monitoramento também condiz com o estudo realizado pelo IPEA (2017), visto que os dados convergem em relação a distribuição de vagas, público alvo atendido e localização das instituições, sendo a maioria inserida em área rural. Cabe salientar que em relação à orientação religiosa, observa-se que diferente do apontado pelo IPEA, a maioria das CTs avaliadas no presente estudo são ecumênicas.

Considerando as atividades desenvolvidas pelas CTs durante o processo de tratamento, a literatura mostra que as CTs favorecem uma vivência terapêutica para se buscar de forma ativa as soluções da própria vida juntamente ao processo de evolução pessoal nas áreas emocionais, sociais, podendo ser reintegração familiar e social e acadêmicas/profissionais. O desenvolvimento



de atividades grupais e o aconselhamento individual realizados nas CTs provem aos residentes oportunidades de expressar sentimentos e resolver problemas de ordem pessoal e social. Estes processos aumentam a comunicação e as habilidades interpessoais trazendo autoanálise e confrontação de comportamentos e atitudes como alternativa a padrões prévios. Somando-se a isso, as terapias cognitivas podem ser empregadas para áreas específicas como prevenção de recaídas, noções jurídicas, tratamento de trauma e transtorno de estresse pós-traumático (DE LEON; PERFAS; JOSEPH; BLUNT; 2015).

Assim, ao observar as atividades realizadas pelos indivíduos, durante o processo de tratamento nas Comunidades Terapêuticas, nota-se que tais instituições possuem em sua construção metodológica, uma série de atividades que corroboram para que as práticas terapêuticas mantenham-se em conformidade com a literatura, bem como com as legislações e regulamentações dos serviços, notadamente a Resolução CONAD 01/2015, visto que organiza atividades no âmbito de capacitação, promoção de aprendizagem, promoção de auto cuidado e sociabilidade, desenvolvimento de espiritualidade, atividades recreativas, dentre outras.

Embora o perfil sócio demográfico dos usuários tenha demonstrado uma necessidade de qualificação dos indivíduos, para facilitar o processo de reinserção social – baixo índice de escolaridade dos usuários (61,0% dos usuários não estudaram ou possui ensino fundamental) e ausência de vínculo empregatício (73,4%) – as instituições ainda precisam melhorar muito no que diz respeito ao oferecimento de atividades relacionadas à geração de renda e trabalho (30,4%) e capacitação/qualificação profissional (46,0%).

No âmbito do perfil sócio demográfico dos dependentes químicos acolhidos em Comunidades Terapêuticas, embora sabe-se que o perfil varia em função de sua região e tipo de instituição de acolhimento, percebe-se uma tendência quanto a alguns aspectos, sexo masculino (91,5%), adulto (37 anos), solteiro (70,7%), bem como a alta prevalência de indicadores de vulnerabilidade social, dentre eles, baixo grau de escolaridade (61,0% dos indivíduos nunca estudou ou possui ensino fundamental) e ausência de renda (87,2%) e ausência de vínculo empregatício (73,4%), conforme também é apontado no Levantamento de Cenas de Uso em Capitais (LECUCA), notadamente no relatório do perfil dos frequentadores da Cena de Uso da Região da Luz – Cracolândia (2020).

No momento do desligamento na Comunidade Terapêutica, os desfechos dos usuários, considerando os índices de vulnerabilidades sociais, permitiu observar um impacto na vida dos acolhidos, notadamente no que diz respeito ao retorno do convívio familiar e a condição de auto sustento. Observa-se que as Comunidades Terapêuticas têm desenvolvido de atividades para o reestabelecimento de vínculos familiares (79,3%). Ao observar o desfecho no momento do desligamento, observa-se que no momento do desligamento, 54,7% dos indivíduos retornaram ao convívio familiar. Isto permite corroborar estudos que têm apontado o envolvimento da família como preditor de sucesso da dependência química (PAZ; COLOSSI. 2015).

O desfecho de retorno a família com condições de auto sustento pode ser considerado o indicador mais relevante em termos de sucesso de reinserção social. Destaca-se que o índice de



21% para este indicador está acima de uma série de estudos longitudinais com populações em tratamento para estimulantes, uma vez que geralmente espera-se índices entre 15 a 20% (SINHA, 2015).

De forma geral os resultados encontrados apontam para índices consideravelmente bons, no que se refere a indicadores de participação de atividades, a caracterização do perfil sócio demográfico dos usuários e o desfecho dos indivíduos no momento do desligamento. Entretanto, as limitações do referido estudo apontam para o viés de preenchimento dos dados, além do viés de ser um estudo de instituições que estão em um processo diferenciado regulamentação, o que não vai necessariamente ser representativo das Comunidades Terapêuticas no Brasil.

Conclusão

O presente estudo permitiu observar a importância de ter um modelo de monitoramento para os serviços de Comunidades Terapêuticas, notadamente para aquelas que recebem financiamento público. O sistema de monitoramento implantado nas CTs permitiu avaliar os serviços durante o período de 2014 a 2016, avaliando as atividades ofertadas durante o processo de tratamento dos usuários dos serviços, bem como traçar o perfil tanto dos usuários quanto das instituições, bem como os desfechos dos indivíduos no momento do desligamento. Este estudo aponta o ineditismo de avaliação e monitoramento dos referidos serviços, visto que não há outros estudos desta magnitude e robustez desenvolvidos no país.

A avaliação contínua de indicadores sobre os serviços prestados, bem como sobre os diversos aspectos do perfil e relacionados à recuperação dos indivíduos, permitirão o monitoramento da eficácia e efetividade destes equipamentos. Ademais, este monitoramento também permitirá a identificação de modelos de acolhimentos que apresentam melhores resultados, podendo assim implementar protocolos de acolhimentos mais efetivos e baseados em evidências. Portanto, conformidade e monitoramento são possíveis para as Comunidades Terapêuticas.



Referências

DE LEON, G. A Comunidade Terapêutica: Teoria, Modelo e Método. Ed. Loyola, 2003

DE LEON, G.; PERFAS, F; ALOYSIOUS, J.; BUNT, G.; (2015) Therapeutic Communities for Addictions: Essential Elements, Cultural and Current Issues, ResearchGate 63:1030-1038

DE LEON, G. (2010.) Is the Therapeutic Community an Evidence Based Treatment? What the Evidence Says. Therapeutic Communities: the International Journal for Therapeutic and Supportive Organizations · January 2010

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Brasil em desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas. Brasília: Ipea, 2017

NIDA. 2020, June 9. What Are Therapeutic Communities? Retrieved from <https://www.drugabuse.gov/publications/research-reports/therapeutic-communities/what-are-therapeutic-communities> on 2020, November 17

PAZ, F.M.; COLOSSI PM. Aspectos da dinâmica da família com dependência química. *Estud Psicol.* 2015 Sep 10];18(4):551-558. Available from: <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v18n4/a02v18n4.pdf>

PERRON, P. Fatores associados à recidiva e abandono do tratamento de dependentes químicos: um estudo longitudinal em duas Comunidades Terapêuticas. Botucatu 2019

SINHA, R. (2011). New findings on biological factors predicting addiction relapse vulnerability. *Curr Psychiatry Rep*, 13(5), 398-405. doi:10.1007/s11920-011-0224-0

SMITH LA, GATES S, FOXCROFT D. Therapeutic communities for substance related disorder. *Cochrane Database Syst Rev.* 2006 Jan 25;(1):CD005338. doi: 10.1002/14651858.CD005338.pub2. PMID: 16437526.



Salas e Cenas de Consumo Assistido de Drogas: do Tabu Criminal à Regulação Sanitária por Estados e Municípios

Rooms and Scenes for Assisted Drug Consumption: from criminal taboo to state and municipal health regulation

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes

Defensor Público do Estado de São Paulo. Doutor em Direito pela USP. Conselheiro do Conselho Estadual de Políticas Sobre Drogas de São Paulo (biênio 2018-2020).
rlmenezes@defensoria.sp.def.br

Leticia Sarmiento Kleim

Advogada. Bacharel em Direito e graduanda em Geografia pela USP.
leticia kleim@gmail.com

“Porque, subitamente, começa um mal-estar,
e esta confusão? Como os rostos se tornaram
sérios!
E porque se esvaziam tão depressa as ruas e as
praças,
e todos voltam para casa tão apreensivos?”

Porque a noite caiu e os Bárbaros não vieram.
E umas pessoas que chegaram da fronteira
dizem que não há lá sinal de Bárbaros.

E agora, que vai ser de nós sem os Bárbaros?
Essa gente era uma espécie de solução.”

(À espera dos bárbaros, KONSTANTÍNOS
KAVÁFIS)

Resumo

O artigo descreve o funcionamento das salas de consumo assistido de drogas, cujo público-alvo são os usuários em maior situação de vulnerabilidade social e para os quais se disponibiliza um local com higiene adequada e assistido por profissionais qualificados a fim de reduzir a mortalidade e a morbidade decorrentes do uso de substâncias psicoativas. O artigo também problematiza se as cenas de consumo de drogas poderiam prover serviços similares aos das salas de consumo assistido, tornando-se assim cenas de consumo assistido, com a devida regulamentação. Defende, por fim, a importância dos Estados e Municípios na regulação sanitária local e apresenta uma interpretação sobre a lei de Drogas que sustenta um papel mais ativo destes entes federativos na regulação do tema, retirando a tradicional centralidade da União na Política de Drogas.



Palavras-chave: Política de Drogas. Salas de Consumo Assistido. Cenas de Consumo Assistido. Lei de Drogas. Entes federativos. Competências Federativas.

Abstract

The article describes the functioning of drug consumption rooms, whose target audience generally are more vulnerable drug users, for whom a place with adequate hygiene and assisted by qualified professionals is available in order to reduce mortality and morbidity resulting from drug use. The article also discusses whether drug consumption scenes could provide services similar to those in assisted consumption rooms, thus becoming assisted consumption scenes, with due regulation. Finally, it defends the importance of States and Municipalities in local health regulation and presents an interpretation of the Drug Law that supports a more active role for these federal entities in regulation, removing the traditional centrality of the Union in Drug Policy.

Keywords: Drug Policy. Drug Consumption Rooms. Assisted Consumption Scenes. Drug Law. Federative entities. Federative Powers.

1 - Das Salas de Consumo Assistido de Drogas

1.1 - Definição e objetivos

Segundo definição de Alloni e Paiva, as Salas de Consumo de Drogas (SCD)

“são espaços protegidos para o consumo higiênico de drogas previamente adquiridas, em um ambiente ausente de julgamentos morais e sob a supervisão de funcionários qualificados. As SCD constituem um serviço altamente especializado no campo das políticas públicas sobre drogas, incorporados em estratégias integrais e locais, com a finalidade de atender às diversas necessidades individuais e comunitárias que surgem do consumo e do abuso de drogas”. (ALLONI; PAIVA, 2017, p.2)

Importante destacar que as SCD são espaços oficiais que estão voltados para atender pessoas que fazem uso problemático de drogas e, portanto, tem um forte caráter de redução de danos. Não se trata de um local informal de uso de drogas, tampouco da prescrição e supervisão médica do uso das substâncias ilícitas.

Segundo o Relatório do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, a respeito das salas de consumo assistido de droga (EMCDDA, 2019), percebe-se que esta política não é novidade na experiência mundial de políticas de drogas. Existem salas com essa finalidade há mais de três décadas em diversos países da Europa como Suíça, Alemanha, Países Baixos, Espanha, Noruega, Luxemburgo, Dinamarca, Grécia e França, além de Austrália e Estados Unidos. Atualmente, estão em funcionamento 78 instalações desse formato em sete países europeus.



O objetivo central desses espaços é reduzir os riscos pela falta de higiene, prevenir a overdose e oferecer serviços de tratamento do uso problemático de drogas. Seu público-alvo são os usuários que estão em maior situação de vulnerabilidade social e que, por isso, fazem o uso em espaços públicos, correndo mais riscos. Daí decorre a necessidade de instalação de um local com higiene adequada e assistido por profissionais qualificados a fim de reduzir a mortalidade e a morbidade. Muitas vezes, em virtude do recorte social dos usuários, essas salas de consumo assistido são integradas a outros equipamentos de acolhimento social.

De modo geral, as salas de consumo assistido também visam reduzir o consumo público de drogas em virtude das consequências que são geradas com essa prática, como o descarte de materiais que não são seguros para a população, especialmente quando se trata de drogas injetáveis. Assim, a necessidade das salas de uso assistido justifica-se pelos efeitos sociais e sanitários benéficos que são gerados em seu entorno, além de integrarem uma política de redução de danos e de inserção do usuário no sistema de saúde e nos demais equipamentos de assistência locais.

Posto isso, compreende-se a divisão dos objetivos das salas de consumo em três âmbitos norteadores (EMCDDA, 2019, quais sejam: (i) oferecer um ambiente seguro para o uso de drogas, (ii) aprimorar a saúde dos grupos alvos e (iii) reduzir a perturbação da ordem pública/segurança local.

Estas, por sua vez, podem se dividir em uma série de objetivos específicos. Ao oferecer um ambiente seguro para o uso de drogas, pretende-se (i.a) alcançar o público alvo, além de (i.b) ganhar aceitação de atores-chaves e (i.c) estabelecer condições para o uso higiênico e seguro e seguro de drogas.

Para aprimorar a saúde dos grupos de usuários de drogas que são alvo da política, ela deve ser estruturada para (ii.a) reduzir os comportamentos de risco, (ii.b) reduzir morbidade, (ii.c) reduzir a mortalidade e (ii.d) aprimorar o acesso a serviços de saúde para casos emergenciais, mas também de tratamento.

Por último, a fim de reduzir a perturbação da ordem pública deve (iii.a) reduzir o uso de drogas em locais públicos, (iii.b) melhorar a percepção local da SCD e (iii.c) não aumentar o número de crimes locais relacionados a drogas.

De um modo geral, todas as salas de consumo assistido na Europa utilizam alguns critérios de admissibilidade de usuários que convergem em alguns pontos: (i) usuários regulares ou dependentes e maiores de 18 anos (ou entre 16 e 18 anos, com consentimento dos pais), (ii) as substâncias que os usuários trazem passam por uma vistoria visual, (iii) pessoas já sob efeito de álcool ou outra substância são excluídos e (iv) usuários ocasionais ou iniciantes são excluídos.

Em relação aos profissionais envolvidos, o Relatório apresenta um levantamento da aparição de cada especialidade que está representada na maioria das instalações. Dentre as profissões mais recorrentes estão enfermeiros e assistentes sociais, que aparecem em cerca de 80% das instalações, seguidos por médicos, socorristas, pessoal de segurança, pares e psiquiatras.



1.2 - Modelos de organização e infraestrutura - salas e cenas

Tratando dos aspectos técnicos e das questões organizativas dessas salas de consumo de drogas, pode-se identificar três modelos diferentes para a construção das salas: (1) instalações integradas, (ii) especializadas e (iii) móveis.

Na forma integrada, as salas estão atreladas a equipamentos de acolhimento que têm baixa exigência. Assim, além de acessarem as salas de consumo assistido, os usuários têm acesso a outros serviços em que são disponibilizados alimentos, duchas de banho, peças de roupa para a população em situação de rua, preservativos e outros materiais de prevenção. Outrossim, estas salas devem ter o acesso controlado pelos funcionários para que sempre haja uma determinada quantidade limite de usuários na sala, além do controle de idade mínima.

Ainda, na Alemanha, foi desenvolvido um modelo em que as instalações integradas são desenhadas para serem comportadas em um único prédio, em que cada um dos andares abriga um serviço público disponível para os usuários de drogas (European Harm Reduction Network, 2014, p. 05). As instalações previstas nesse modelo são: área de café e cozinha, com local para tomar banho e lavar as roupas, sala de aconselhamento psicossocial, clínica médica de cuidado médico geral, local para tratamento de crise, em que podem permanecer pacientes com prescrição de até 3 semanas de desintoxicação, além do quintal em que é instalada a área de consumo assistido e provisionamento de instrumentos seguros de uso.

Já as salas de consumo especializadas estão atreladas somente ao suporte e oferecimento de materiais necessários ao consumo assistido, além do aconselhamento sobre assuntos ligados ao consumo de drogas e cuidados com a saúde. Nestas salas também deve estar presente uma equipe preparada para realizar o atendimento de emergência e de observação após o consumo. Nestas, segundo também o modelo alemão, há uma análise na entrada para atestar se a pessoa atende os critérios de admissão, a partir do que os usuários assinam termos e são apresentados às regras.

Há também as salas que são móveis e, portanto, podem se deslocar territorialmente, mas tem uma capacidade menor. Este modelo é menos encontrado, havendo registros de ocorrência em apenas três países da Europa: Espanha (Barcelona), Alemanha (Berlim) e Dinamarca (Copenhague) (European Harm Reduction Network, 2014, p. 07). Os usuários atendidos são registrados - para inclusive possíveis referências - e sua estrutura está montada para apenas três pontos de aplicação de drogas injetáveis.

A importância destas salas móveis está em poder alcançar usuários em “cenas de uso” que não se deslocariam para outras regiões da cidade para acessar as “salas de uso”. De certa forma, estas salas móveis oferecem um caminho para se pensar em “cenas de uso” seguras, nas quais haja o suporte de saúde e assistencial do poder público.



Apenas neste sentido se poderia pensar na famigerada “requalificação das cenas de uso” defendida por setores proibicionistas ou abstencionistas: uma requalificação que envolva os mesmos objetivos das salas de uso e uma intervenção do poder público qualificada pelo atendimento aos direitos dos usuários e pela liberdade do consumo de substâncias psicoativas. Ou seja, uma requalificação que signifique não excluir as pessoas que fazem uso de drogas, mas em oferecer-lhes serviços públicos adequados para que não estejam expostos a outros riscos e morbidades.

Assim, este modelo pode inspirar a atuação em “cenas de uso” para que se tornem Cenas de Consumo Assistido de Drogas, transitando de um modelo em que tais cenas são vistas apenas sob o viés da criminalização e da atuação policial para um modelo em que são vistas como focos da assistência social e à saúde de usuários.

1.3 - Reflexões sobre as experiências em curso

A eficácia das salas de consumo ainda é uma questão em debate, tendo em vista as proporções restritas das experiências já realizadas, uma vez que as instalações não têm capacidade suficiente para fornecer assistência a todos aqueles que estão sob risco e que, portanto, se enquadram como público-alvo da política.

Apesar disso, alguns resultados positivos puderam ser reportados. E, aqui, cumpre fazer um destaque sobre as informações levantadas, vez que elas são coletadas de locais em que as salas já estão em funcionamento há anos e que, por isso, são criadas para o atendimento da demanda mais recorrente em cada local. Essa questão será desenvolvida adiante, mas é importante contextualizar sua aplicação na realidade europeia, da América do Norte e Austrália, para se pensar o que de fato se adequa ao contexto e à problemática brasileira.

Em primeiro lugar, evitar o compartilhamento de seringas para drogas injetáveis já indica uma grande redução no risco à saúde dos usuários, culminando na redução das mortes por overdose e da transmissão do HIV. Importante considerar que a condição mental e emocional do usuário no momento do consumo de drogas é essencial para a garantia da sua saúde e dos efeitos que a substância terá no seu corpo (European Harm Reduction Network, 2014, p. 12).

Além disso, em Sidney, foi possível observar uma correlação entre o horário de funcionamento das salas e a diminuição dos chamados de emergência por overdose. No Canadá, dados de Vancouver indicaram um aumento da procura por tratamentos médicos e da adesão aos tratamentos para desintoxicação e abordagem da toxicodependência, indicando sobretudo o impacto nos equipamentos de saúde, quando da instalação de salas de consumo assistido de drogas nas cidades.

Deve-se considerar que, na realidade europeia, algumas drogas são mais recorrentes do que observamos no Brasil, como é o caso da heroína. Nesse sentido, as salas de consumo estavam



muito mais adaptadas para receber e orientar os usuários destas substâncias, e de outras drogas injetáveis que trazem como preocupação central a distribuição de seringas.

No entanto, de maneira alguma as salas de consumo assistido estão restritas ao uso de drogas injetáveis, de tal forma que, mesmo na Europa, com o aumento de usuários de crack e cocaína, foram feitas adaptações nas instalações para também acolher esta demanda. O Relatório Europeu sobre Drogas de 2019 indica que

A primeira geração de salas de consumo vigiado nas décadas de 1980 e 1990 concentrava-se sobretudo na supervisão do consumo de heroína injetada. No entanto, atualmente, as salas podem também supervisionar pessoas que fumam ou inalam drogas. (EMCDDA, 2019)

Conforme levantamento feito em alguns países europeus que adotam esse equipamento de assistência, perto de 2/3 das instalações estão adaptadas para o uso de drogas inaláveis (WOODS, 2014, p.9 p apud ALLONI; PAIVA, 2017, p.05). Sobre esta adaptação o Relatório descreve que:

Nas zonas em que se registou um aumento do consumo de drogas inaláveis, nomeadamente de cocaína-crack fumada, as instalações inicialmente destinadas a consumidores de droga injetada começaram a alargar os seus serviços à inalação assistida. Os resultados dos estudos sugerem que as instalações de inalação assistida poderão reduzir a perturbação da ordem pública e os conflitos com a polícia. (DeBeck et al., 2011)

A respeito do uso de crack, uma das substâncias mais atreladas à problemática das cenas abertas de uso de drogas no Brasil, há uma série de riscos e problemas de saúde específicos ligados aos instrumentos e formas de uso, como o compartilhamento de materiais e uso de metais que podem gerar intoxicação. Além disso, há uma taxa de 44,7% de usuários que já sofreram uma intoxicação aguda pela substância, isto é, overdose (WOODS, 2014, p.9 p apud ALLONI; PAIVA, 2017, p.05), o que revela a necessidade de maior assistência ao usuário.

A política de adoção de salas de consumo assistido tem se tornado cada vez mais comum ao redor do mundo, de forma que há uma plataforma de compartilhamento de informações e estudos científicos sobre iniciativas de salas de consumo assistido de drogas. Trata-se da “International Network of Drug Consumption Rooms”. Importante mencionar que no censo realizado em 2017 por esta Rede, as drogas mais usadas nas SCD eram “estimulantes”, incluindo entre eles metanfetaminas, cocaína e crack (http://www.drugconsumptionroom-international.org/images/survey_2017/INDCR_report.pdf).

Assim, engana-se quem pensa que tais salas são apenas para uso de heroína em países como a Suíça. Na verdade, o uso de drogas com dignidade, com assistência à saúde e social, sem moralismos, exclusão, racismo e violência, pode ser uma realidade em qualquer lugar do mundo, sem ressalvas relativas ao tipo de substância em questão.



2 - Regulamentação da prescrição, ministração, entrega e fornecimento de drogas pelo poder público: para além do tabu criminal em salas e cenas de consumo assistido

2.1 - Tabu criminal e regulação sanitária

As políticas de drogas no Brasil das últimas décadas priorizaram medidas penais e intervenções de saúde que pregam a abstinência. Experiências pontuais deram atenção a medidas não repressivas como redução de danos na saúde e a uma abordagem integrada de análise das condições sociais, de trabalho, educação e moradia da pessoa.

O efeito daquelas políticas de drogas foi a consolidação de um tabu, é dizer, de uma abordagem de absoluta proibição de contato com as substâncias tornadas ilícitas em razão da ameaça de punição. Assim, a população prisional do país cresceu vertiginosamente, impactando sobremaneira mulheres e negros (vide TRINDADE, 2018, VALOIS, 2019), e as políticas sanitárias esbarraram frequentemente nesta proibição absoluta.

Não poderiam os gestores ou executores da política, sem a ameaça penal pairando contra si próprios, prescrever, ministrar ou entregar drogas, ainda que como parte de tratamento de saúde e/ou de redução de danos. Quanto a esta,

existem (e sempre existirão) usuários (dependentes ou não) que, seja pelo motivo que for, não abandonarão as drogas. Optam pelo consumo e assim permanecerão, razão pela qual defini-los como delinquentes ou doentes em lugar de meros consumidores significa frear o movimento no sentido de respeitar seus direitos como cidadãos. Em segundo lugar, crê-se que os danos causados pelo uso de entorpecentes não advêm propriamente de suas propriedades intrínsecas, senão da sua ilegalidade” (WIGERT, Mariana de Assis Brasil, uso de Drogas e Sistema Criminal: entre o proibicionismo e a redução de danos *apud* CARVALHO, 2016, p. 227)

Maurides Ribeiro, por seu turno, afirma que

na ótica da Saúde Pública, pode-se conceituar a política de redução de danos como um conjunto de estratégias que visam minimizar os danos causados pelo uso de diferentes drogas, sem necessariamente exigir a abstinência do seu uso. Vale dizer, enquanto não for possível ou desejável a abstinência, outros agravos à saúde podem ser evitados, como, por exemplo, as doenças infectocontagiosas transmissíveis por via sanguínea, como é o caso do HIV/Aids e das hepatites. (RIBEIRO, 2013, p. 43.)

Ora, como abordar um caso em que não é possível ou desejável a abstinência, sem incorrer em algum ilícito penal como prescrever, ministrar, entregar ou fornecer drogas? A resposta está na correta interpretação da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Esta lei, embora possa ser rotulada de proibicionista, também prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. A sua interpretação deve partir de princípios e diretrizes que devem ser vistos como atravessando toda a normativa, não apenas como belos dizeres para a prevenção que se calam diante da repressão do Poder Punitivo.



Assim, quando a lei elenca como princípios e diretrizes das atividades de prevenção “o reconhecimento do ‘não-uso’, do ‘retardamento do uso’ e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados” (art. 19, VI), certamente estamos no campo em que o poder público, por seus agentes, deverão atuar também conforme os ditames da redução de danos, inclusive, quando necessário, com prescrição, ministração, entrega e fornecimento de drogas a usuários.

2.2 - Autorização legal ou regulamentar para “as drogas”

A Lei de Drogas não pode ser lida, como costuma ser, pela lente da mera dicotomia prevenção/repressão. Esta dicotomia leva à prevalência do “tabu criminal” nas intervenções após qualquer manejo de drogas ou petrechos. Mesmo quando se aplica o artigo 28, que não prevê pena de prisão ao usuário, a intervenção é do Poder Punitivo, via polícia e Poder Judiciário Criminal, ou seja, se dá pela via repressiva mediante aplicação de penas como a de “advertência”. Ademais, a dicotomia leva a que o “tabu criminal” influencie também nas medidas preventivas, que não permitiriam qualquer manejo de substâncias proibidas.

Importante mencionar que, juridicamente, uma norma é o texto da lei e a interpretação que se dá a ela. Tal norma é uma parte de um conjunto mais amplo de políticas públicas que podem configurar um foco maior em repressão ou em prevenção. Inequivocamente, no Brasil, o foco das políticas de drogas tem sido a repressão, o que precisa ser revertido, a começar pela leitura e interpretação do texto legal, bem como pela implementação das políticas públicas.

A leitura mais atenta do texto legal leva a uma leitura mais aberta, primeiro no que se refere ao manejo das substâncias, que poderia ser mais amplamente feito mediante a competente “autorização legal ou regulamentar” prevista no artigo 2º.

Referido artigo proíbe, em todo território nacional, “as drogas”. Não se trata de um tipo penal, mas de uma proibição genérica, abstrata, que carimba na referida lei o seu conhecido rótulo de proibicionista. “As drogas”, segundo a lei, são aquelas “substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, parágrafo único). Mas o próprio artigo 2º e seu parágrafo único fazem as ressalvas à proibição que institui:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.



O “caput” do artigo estabelece duas ressalvas, duas possíveis exceções à proibição: a autorização legal ou regulamentar e o que estabelece a Convenção de Viena. Já o parágrafo único explicita a possibilidade de autorização pela União de plantio, cultura e colheita, respeitadas as duas ressalvas do “caput”.

Ou seja, as exceções são restritas e há amplo espaço para a autorização legal e regulamentar de Estados e Municípios, observadas as normas gerais de competência da Constituição Federal.

Sobre as competências constitucionais, cabe ressaltar que não há exclusividade da União para legislar sobre política de drogas - o artigo 22 da Constituição Federal estabelece aquelas situações em que compete privativamente à União legislar, excluindo Estados e Municípios, não tratando deste tema.

As mais importantes normas constitucionais sobre o assunto são aquelas dos artigos 23 e 24:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

A Constituição reservou a matéria legal (“legislar”) de “proteção e defesa” da saúde para União, Estados e Distrito Federal, deixando para estes e para Municípios a execução (“cuidar da saúde”). Neste sentido, as normas municipais poderiam adentrar na esfera regulamentar, especificando as legislações federal e estadual, regramdo o quanto necessário para sua atuação no tema.

Voltando à Lei de Drogas, vimos que ela estabelece a possibilidade da União de autorizar o plantio, cultura e colheita dos vegetais dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, respeitadas as duas ressalvas do “caput”.

Primeiramente, esta possibilidade legal de autorização pela União exclui Estados e Municípios de autorizar o plantio, cultura e colheita destes vegetais. Trata-se do silêncio eloquente da lei, que propositalmente mencionou apenas a União, estabelecendo uma exclusividade na referida autorização.

Em segundo lugar, esta norma do parágrafo único do artigo 2º ressalva a “autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena”. Esta autorização legal ou regulamentar poderá ser feita nos limites das competências constitucionais e do mais estabelecido pela Lei de Drogas, a saber.

Em terceiro lugar, da própria leitura do artigo 2º e seu parágrafo, decorrem algumas das competências Estaduais e Municipais, pois a autorização legal ou regulamentar poderá ser editada



por estes entes justamente para a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas.

Mais ainda, decorrência das competências constitucionais de Estados e Municípios, estes entes, por seus serviços de saúde, podem também prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas. Isto é de especial importância quando se pensa em políticas de redução de danos em que não se pode passar imediatamente à abstinência. Também quando se pensa na implementação de salas de uso ou salas de uso assistido discutidas neste artigo.

Outrossim, inexistente crime por parte de agentes públicos que atuem de acordo com as leis ou regulamentos (estaduais ou municipais) que autorizem a sua atuação neste sentido. Como já anotado, nas políticas de redução de danos, o próprio poder público tem limitações e falta de clareza sobre sua atuação em razão das restrições impostas pela Lei 11.343/2006. A tipificação do crime de tráfico¹ prevê uma série de condutas típicas, dentre elas, as de “prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Neste sentido, qualquer atuação profissional que não pregue a pura e simples abstinência estará trafegando pelas perigosas fronteiras da tipificação.

É preciso notar que a redação do tipo penal prevê que aquelas condutas são típicas se e somente se são feitas “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (Lei 11.343/2006, art. 33, *in fine*). Assim, é certo que não haverá tipicidade quando agentes estatais atuarem amparados por leis ou regulamentos dos respectivos entes federativos. É dizer, não haverá crime quando o agente público prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas de acordo com a normativa estadual ou municipal.

Por fim, retomando o Relatório do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, a respeito das salas de consumo assistido de droga (EMCDDA, 2019), é muito importante que as políticas públicas sobre drogas sejam pensadas em nível local, isto é, municipal e estadual, sendo que:

As salas de consumo de droga foram inicialmente implementadas em resposta a problemas de saúde e ordem pública ligados ao consumo a céu aberto e aos mercados de droga, em cidades que já dispunham de uma rede de serviços para os toxicodependentes, mas que continuavam a ter dificuldades em resolver estes problemas. **Constituem, assim, uma resposta ‘local’, estreitamente ligada às opções políticas dos agentes locais**, assente numa avaliação das necessidades existentes a esse nível e determinada pelas decisões tomadas a nível municipal ou regional. (EMCDDA, 2018, p. 2)

Sendo assim, as salas de consumo assistido cuidam de uma questão de impacto local na política de drogas e, por isso deve ser pensado a partir da legislação municipal ou, quando tanto, estadual. Portanto, tanto a instalação destes equipamentos, como outras iniciativas nas políticas públicas sobre drogas, precisa ser não apenas executada, mas também regulamentada nestes níveis do poder público.



2.3 - Modo de instalação das SCD e de atuação nas Cenas de Consumo de Drogas (CCD)

A partir da problemática delineada acima, cumpre fazer uma análise do modo de instalação de salas de consumo de drogas que se adaptem à realidade brasileira, usando como foco a cidade de São Paulo, local de atuação destes autores. Também é importante refletir, tendo em vista também a realidade local, sobre a atuação do poder público nas Cenas de Consumo de Drogas (CCD).

Em primeiro lugar, é preciso caracterizar as cenas de uso problemático de drogas na cidade de São Paulo. Identificamos que, especialmente na região central, onde se concentra grande quantidade de usuários e frequentadores, observa-se uma confluência de interesses e disputas pelo território que culminam em cotidianas intervenções policiais e de zeladoria que impõe uma dinâmica de transições territoriais. Isto, a princípio, poderia inviabilizar o modelo das salas de consumo fixas e estabelecidas em um local fechado.

Porém, é possível pensar, primeiro, uma atuação do poder público na própria Cena de Uso, de modo a caracterizar uma Cena de Uso Assistida, aplicando os objetivos de (i) oferecer um ambiente para o uso de drogas, (ii) aprimorar a saúde dos grupos alvos e (iii) reduzir a perturbação da ordem pública/segurança local. Tal se daria com a atuação local de equipes de saúde e assistência social, disponíveis para atendimento ao público no local.

Segundo, parece ser possível integrar este modelo com Salas de Consumo para acolher a população deste território. Isto considerando que as SCDs podem ser caracterizados como instrumentos do sistema de saúde e de assistência social, diferenciando-se das demais formas de acolhimento, uma vez que conseguem se aproximar da população por sua característica de baixa exigência, além de ser uma forma de contato e entrada desse usuário para acompanhamentos médicos e tratamentos mais extensos que já existem na rede. Assim, seria necessária a estruturação de espaços de consumo assistido de drogas, que precisam ser acolhedores e atrativos considerando o contexto social de extrema vulnerabilidade que essas pessoas vivem.

Uma possível solução que poderia se adaptar à realidade da região seriam as salas de consumo de drogas em unidades móveis que podem acompanhar a dinâmica de deslocamentos territoriais da população mais vulnerável e das cenas de uso, como sugerido por Alloni e Paiva (2017, p. 08).

Tudo isto precisa ser regulamentado a nível estadual e municipal, o que é possível com fundamento nas competências constitucionais e na própria Lei de Drogas, como já visto. Tratando dos desafios legais impostos pelo ordenamento brasileiro, para a regulamentação e aplicação das SCD, os pesquisadores Alloni e Paiva realizaram também um balanço comparativo de experiências internacionais a fim de construir um paralelo com o caso brasileiro (2017, p. 09-10).

No âmbito internacional, a política das salas de consumo assistido de drogas encontra amparo para a sua aplicação. A Junta Internacional de Fiscalização de Estupefacientes, que supervisiona a aplicação de convenções internacionais sobre drogas, embora já tenha se posicionado bastante contrária à criação das salas de uso assistido, atualmente reconhece o papel



de redução das consequências negativas do uso problemático de drogas. Ademais, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), que já afirmou que as SCD são compatíveis com os acordos e tratados internacionais sobre o assunto, uma vez que versam sobre redução de danos e políticas de cuidado, prevenção e saúde dos usuários.

Além disso, as experiências estrangeiras da instalação de SCD divergem quanto à necessidade prévia de legalização do porte e uso de drogas. Em alguns casos foi aplicada apesar da proibição severa do uso e em outros foi precedida de algum nível de legalização.

Na Suíça, as salas foram instaladas com base em pareceres acadêmicos que concluíram que não havia violação da legislação nacional ou internacional, uma vez que as salas estariam voltadas somente para a redução de danos e acabaram sendo registradas como equipamentos de saúde, ficando isentos de supervisão policial.

Nos Países Baixos, a aplicação foi feita de acordo com a política de drogas e tiveram um caráter mais atrelado à finalidade de redução da desordem pública com a desarticulação de cenas de uso de drogas em espaços públicos e outros problemas.

Na Alemanha, a compatibilidade das SCD foi garantida uma vez que seu espaço é utilizado somente para o consumo que é controlado e supervisionado, mas não permite a aquisição, posse ou compra das drogas ilícitas. Em complemento, foi aprovada uma emenda da lei de drogas que autoriza aos estados da federação que regulamentem as SCD e as incorporem como política local de redução de danos. Observe-se que, no Brasil, seria desnecessária este tipo de emenda em razão de Estados e Municípios já terem competência para atuar, conforme acima exposto.

De modo semelhante, na Espanha, a política de drogas é descentralizada, logo, os governos e autoridades locais regulamentaram a construção de políticas de redução de danos, assim como as SCD. Apesar da iniciativa local, as instalações recebem suporte em nível nacional da Agência Nacional Antidrogas e da Agência Nacional contra a SIDA.

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 183/2001, de 21 de junho institui a política de redução de danos no consumo de drogas e, especialmente no Capítulo X, trata das salas de consumo assistido. Isto é, além de apresentar a legalização da política de redução de danos de forma sistematizada, articula a previsão das salas de consumo assistido de drogas nesse contexto. Segundo o artigo 65 do referido decreto determina o objetivo desses equipamentos como sendo

o incremento da assepsia no consumo intravenoso e consequente diminuição de riscos inerentes a esta forma de consumo, bem como a promoção da proximidade com os consumidores, de acordo com o respectivo contexto sócio-cultural, com vista à sensibilização e encaminhamento para tratamento, através da criação de locais de consumo.

Assim, as salas são uma porta de entrada para as pessoas nos serviços de assistência e, como tal, estão muito articuladas com a atuação dos agentes na rua. Estas equipes atuam somente para “promover a redução de riscos, intervindo no espaço público onde o consumo de drogas seja vivido como um problema social” (PORTUGAL, art. 58 do Decreto-Lei nº 183/2001).



A respeito do processo de instalação de salas de consumo assistido de drogas, Neil Hunt, elaborou em 2008 um guia de padrões para a elaboração desta política pública no contexto do Reino Unido. Posteriormente recuperado por Alloni e Paiva, tratam-se de algumas etapas que poderiam ser pensadas no caso brasileiro.

A primeira etapa abarca um estudo e mapeamento das necessidades pela área, além de um levantamento do perfil dos usuários, que observa também as doenças mais incidentes e suas necessidades.

Além disso, descreve que a implantação das SCD passa necessariamente por uma atuação multissetorial, que devem cooperar para a efetivação da política, sendo eles: a justiça criminal, saúde, autoridade local, comunidade e pesquisadores. A justiça e segurança pública não devem perseguir o usuário que busca as salas de uso, a autoridade local é o ponto da articulação e coordenação do processo, as organizações da sociedade civil devem estar articuladas com o governo na formulação da política, os pesquisadores são responsáveis pelo mapeamento da iniciativa e os trabalhadores da saúde contribuem com a expertise para o funcionamento da iniciativa.

E, por fim, há questões operacionais e procedimentais que devem estar elaboradas, são algumas delas: definição do critério de admissão, escolha do local de implementação, estratégias para estabelecer a confiança do público, escolha do modelo de sala, definição dos tipos de serviços, projetos de pesquisa e avaliação, protocolos de conduta do usuário, dos funcionários e da SCD, além da política de encaminhamento para outros serviços.

3 - Conclusões

A Lei de Drogas brasileira (Lei 11.343/2006) certamente precisará de uma reforma profunda em breve, assim como a anacrônica política de drogas hegemônica no Brasil. Isto para adaptar o país às mudanças que vêm ocorrendo decorrentes do fracasso da “guerra às drogas” e da necessidade de regulação civil e via políticas públicas, ao invés de penal, do uso de drogas.

Avançar nas políticas de assistência, saúde e cuidado, sempre privilegiando a dignidade e a autonomia das pessoas que fazem uso de drogas, deveria ter sido sempre a *ratio* da legislação e da política de drogas. Este é o único caminho viável para transcender o malogrado intervencionismo penal e certamente pavimenta um caminho descriminalizador e regulador. As políticas de redução de danos e suas implicações

procuram, a partir da ruptura com os discursos de pânico que veem nas políticas descriminalizadoras incentivos ao consumo, afastar a incidência lesiva da intervenção penal. Sustentam-se, fundamentalmente, na ruptura com a fantasia da solução penal, conforme ensina Maria Lúcia Karam. A enunciação de programas mínimos de redução de danos objetiva, em última análise, evitar a transformação do tóxico-dependente em tóxico-delinquente.

Descriminalizar, portanto, ‘não significa liberalizar. Ao contrário, descriminalizar implica em abrir espaços para a criação de mecanismos não penais de controle sobre a produção, a distribuição e o consumo de drogas,



eliminando um sistema contraproducente e de graves efeitos negativos, em prol da intervenção de outros instrumentos, menos perniciosos e mais adequados, na busca de caminhos mais racionais e mais eficazes para tratar essa questão. (CARVALHO, 2016, pp. 230-231)

No entanto, mesmo sem a reforma imediata da legislação federal, já é possível avançar na seara interpretativa, em especial no que diz respeito às competências estaduais e municipais para regulação da temática.

Assim, é certo que as cenas de uso de drogas devem receber especial atenção do poder público por reunir uma situação de extrema vulnerabilidade social, com o uso problemático de drogas e suas significativas consequências sanitárias. A saída para esse problema é justamente buscar a união entre o atendimento de saúde e a assistência social com respeito aos usuários e frequentadores desses espaços. Neste artigo, apontamos para a possibilidade prática e, além disso, urgente, de trazer para as cenas de uso, uma estrutura similar às salas de consumo móveis, que possam assim oferecer o suporte médico, sanitário e assistencial necessário, com muito mais eficiência no contato e adesão desta população.

Isto não se faz à margem da lei, mas justamente aprofundando a análise interpretativa da Lei de Drogas, estreitando a aplicação dos seus princípios a permissões e exceções previstas em seus dispositivos. De modo que as cenas de consumo assistido de drogas podem se concretizar mediante prescrição, ministração, entrega e fornecimento de drogas pelo poder público, com o devido amparo e desenvolvimento de políticas públicas municipais com este fim.

As Salas de Consumo Assistido de drogas no Brasil estão, hoje, no campo da utopia. Primeiro, porque estas salas de uso seguem sendo associadas com locais em que apenas “certas drogas” podem ser usadas, em especial as injetáveis, cuja incidência no Brasil é pequena - o que, como demonstrado neste artigo, é falso. Segundo, em razão do tabu criminal e da tímida atuação de estados e municípios no tema. É hora de passar da utopia à realidade, devendo os Municípios executar as necessárias políticas de drogas locais, com os devidos regulamentos que irão amparar os profissionais e dar a devida assistência a usuários.

Referências

- ALLONI, Rafael Tobias de Freitas; PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Salas de Consumo de Drogas: situando o debate no Brasil**. Artigo Estratégico 28. Instituto Igarapé: _____, 2017. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2017/09/20-09-2017-AE-28_Salas-de-consumo.pdf
- CARVALHO, SALO. **Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/2006**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.



EMCDDA - European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction/Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência. **Relatório Europeu sobre Drogas 2019: Tendências e evoluções.** Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2019. Disponível em: https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11364/20191724_TDAT19001PTN_PDF.pdf

EMCDDA - European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction/Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência. **Salas de consumo assistido de droga: panorâmica geral da oferta e provas de eficácia.** Perspectivas sobre drogas: Lisboa, 2018. Disponível em: https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/2734/Drug%20consumption%20rooms_POD2017_PT.pdf

European Harm Reduction Network. SCHÄFFER, Dirk; STÖVER, Heino (org.). **Drug consumption rooms in Europe Models, best practice and challenges.** Amsterdã, 2014. Disponível em: http://www.drugconsumptionroom-international.org/images/pdf/dcr_europe.pdf

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e Redução de Danos - Os direitos das Pessoas que Usam Drogas.** São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Ligia Cintra de Lima. **Política de Drogas e encarceramento Feminino**, in SHECAIRA, Sérgio Salomão et. al. **Drogas. Desafios Contemporâneos.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**, 3ª Ed., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ⁱ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.



Lei antidrogas e seletividade penal: criminalização e encarceramento em massa da população negra

Anti-drug law and criminal selectivity: criminalization and mass incarceration of the black population

Adeildo Vila Nova

Assistente Social Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP)

adeildovilanova@hotmail.com

Resumo

O caráter punitivo e de seletividade racial do sistema de justiça criminal brasileiro contribui para que, cada vez mais, negros, jovens e periféricos, sejam violentados no seu direito humano fundamental, a liberdade. Faz-se urgente a transformação dessa sociedade que discrimina e criminaliza os seus integrantes apenas por serem negros e periféricos. Dados apontam que entre os anos 2000 e 2014, a população carcerária teve um aumento de mais de 167%, especialmente após a aprovação e aplicação da Lei 11.343/2006, conhecida como Lei Antidrogas. A partir de uma revisão bibliográfica-documental, com o levantamento de materiais publicados em quaisquer meios físicos e digitais sobre o tema proposto para coleta de dados, para explicar e/ou desvelar o aumento significativo do encarceramento de pretos, pobres e periféricos, especialmente após a promulgação desta Lei. Entendemos que se torna urgente que o Brasil busque estratégias realmente eficazes para conter o grande encarceramento provocado por uma política criminal cada vez mais excludente e seletiva, especialmente para a população negra, pobre e periférica. Precisamos combater as práticas punitivas, repressoras e coercitivas que são comuns no âmbito penal brasileiro e que só contribui para aumentar cada vez mais o contingente de pessoas presas e em sua maioria com um perfil socioeconômico e étnico-racial pré-determinado.

Palavras-chave: Seletividade penal. Encarceramento em massa. População negra.

Abstract

The punitive and racially selective nature of the Brazilian criminal justice system contributes to the fact that, increasingly, blacks, young people and the peripheral, are violated in their fundamental human right, freedom. There is an urgent need to transform this society that discriminates and criminalizes its members just because they are black and peripheral. Data show that between the years 2000 and 2014, the prison population increased by more than 167%, especially after the approval and application of Law 11.343 / 2006, known as the Anti-Drug Law. From a bibliographic-document review, with the survey of materials published in any physical and digital media on the proposed topic for data collection, to explain and / or unveil the significant increase in the incarceration of blacks, the poor and the peripheral, especially after the enactment of this Law. We understand that it is urgent for Brazil to seek really effective strategies to contain the great incarceration caused by an increasingly exclusive and selective criminal policy, especially for the black, poor and peripheral population. We need to combat the punitive, repressive and coercive practices that are common in the Brazilian criminal sphere and which only contributes to increasing the number of prisoners, mostly with a pre-determined socioeconomic and ethnic-racial profile.

Keywords: *Penal selectivity. Mass incarceration. Black population.*



Introdução

Desde o período de escravização das/os negras/os que foram sequestradas/os da África para o nosso país, o Brasil tem se especializado nas estratégias de contenção e de controle da população negra brasileira. A forma contemporânea se traduz no encarceramento em massa de negros e negras, especialmente as/os jovens, pobres e periféricas/os. Como nos ilustra muito bem o cantor e compositor Marcelo Yuca (1994) na canção “Todo camburão tem um pouco de navio negreiro”, a forma contemporânea dessa vigilância ostensiva direcionada quase que exclusivamente aos negros e negras desse país. Diz a letra da música: “quem segurava com força a chibata agora usa farda”, ou seja, o policial é a figura contemporânea do feitor e o Estado a do senhor dos negros e das negras escravizadas/os. As prisões brasileiras são as figuras contemporâneas que nos remetem às senzalas do Brasil escravizador.

A pesquisadora Cláudia Rosalina Adão (2018), em entrevista ao site de notícias Alma Preta, aponta essa semelhança entre o período escravista e a contemporaneidade quando diz que “as periferias do Brasil podem ser consideradas como as senzalas contemporâneas” e ainda acrescenta, ao falar sobre a forma como esses territórios são vistos: “os homicídios, a precária infraestrutura urbana, a escassez de equipamentos públicos e a violência policial podem ser considerados como mecanismos de controle e gestão da vida”.

Quando Cláudia Rosalina Adão (2018) faz essa análise, ela localiza a população negra em um determinado território que tem suas características próprias, características estas que se relacionam com a forma que as políticas públicas, especialmente as de “segurança” são direcionadas excessivamente a esse segmento populacional, bem como a inexistência de políticas sociais para atender às necessidades básicas e fundamentais e garantir, minimamente, a sobrevivência desse mesmo grupo populacional. Nesse sentido, Rolnik (2007), nas suas análises sobre territórios, mostra-nos como se constitui a situação atual.

(...) a situação atual se constitui na continuação de um modelo de urbanização excludente, do qual pretos e pardos são ainda o grupo populacional mais preterido. Políticas sociais e culturais reparadoras e includentes são urgentes e necessárias – entretanto não é mais possível deixar intacto e incólume um modelo de crescimento e expansão urbana que não consegue sair do paradigma do gueto/senzala. (ROLNIK, 2007, p. 90)

As formas de contenção e de controle do Estado sobre a população negra foram se metamorfoseando e se aperfeiçoando ao longo dos tempos, tendo sempre ao seu lado grandes aliados intelectuais que construíram narrativas de uma suposta democracia racial entre brancos, índios e negros, como as de Gilberto Freyre, que se consolidavam a partir da década de 1920, passando a imagem de um país com uma convivência pacífica e cordial entre essas três raças, ou seja, um país sem conflitos quando, na verdade, todos sabemos do histórico de lutas e resistências do povo negro a uma série de violências e de violações às quais foram submetidos, e ainda os são, no processo, ainda em curso, de formação da sociedade brasileira, como muito bem nos ensina Clóvis Moura, Abdias do Nascimento e tantos outros intelectuais negros que sempre se opuseram a essa narrativa que tem como perspectiva o olhar do colonizador, trazendo à luz o olhar do colonizado.



Catoia (2018) analisa a relação estreita entre a instituição da escravidão e a emergência do direito penal no Brasil Império (1822-1889) apontando a contribuição do Direito para o racismo no Brasil, instituindo a inaptidão dos negros para o trabalho e, ao mesmo tempo, a sua aptidão para a criminalidade. A pesquisadora segue sua análise até a Primeira República (1889-1930) concluindo que a partir de discursos políticos, científicos e jurídicos a humanidade negra foi criminalizada, reconfigurando o direito penal como estratégia de controle e de interdição da cidadania da população negra e acrescenta: “mantendo-se, no aparato jurídico, a reprodução das assimetrias raciais e a construção da narrativa da branquitude como norma”. (CATOIA, 2018).

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizadas em junho de 2016 e lançado no início de 2017 (INFOPEN, 2017), do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão ligado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), a população prisional do Brasil, em junho de 2016, era de mais de 726 mil pessoas privadas de liberdade. Com esses dados, o Brasil ultrapassou a Rússia em número de presos, passando a ocupar a terceira posição no *ranking* dos países com o maior número de pessoas encarceradas no mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos e a China. O dado mais alarmante é que deste total de pessoas encarceradas, 64% são negros. Em números absolutos, em junho de 2016, o Brasil tinha uma população prisional de 726.712 pessoas, incluindo além dos presos e presas do Sistema Penitenciário, composto pelos presídios estaduais e distrital; os/as das carceragens das delegacias e do Sistema Penitenciário Federal, composto pelos presídios federais de segurança máxima. Outro dado que chama muito a nossa atenção é de que 40% das pessoas presas sequer tiveram seus processos julgados ou foram condenadas.

Os dados divulgados apenas confirmam o que os movimentos sociais organizados de defesa dos direitos humanos vêm afirmando há anos sobre a violência que se estabelece nos espaços de privação de liberdade, principalmente, pelo encarceramento em massa e, conseqüentemente, a violação dos direitos humanos dessa população carcerária, composta especialmente por negros e negras, jovens, pobres e da periferia dos grandes centros do nosso país. Esses dados apontam que 55% da população prisional é composta por jovens de 18 a 29 anos de idade.

Mais do que os dados apresentam, a preocupação maior é com o crescimento exponencial da população carcerária que vem, cada vez mais, crescendo de uma forma assustadora e estarrecedora. De acordo com o Diagnóstico do Sistema Prisional, estudo elaborado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e apresentado ao Jornal Estado de Minas (2018) pelo ministro extraordinário Raul Jungmann, a expectativa é de que, em 2020, a população carcerária brasileira seja de mais de 987 mil pessoas e que chegue a quase 1,5 milhão de pessoas privadas de liberdade em 2025. Na mesma entrevista, o ministro faz uma afirmação que só ratifica o que a maioria das/os especialistas e lideranças dos movimentos sociais vêm afirmando há anos: “Exposta, vulnerável e com medo da violência, a saída (para a opinião pública) é prender. Quando não, infelizmente, matar. Esta não é a saída que tem que ter. O prende, prende e prende leva a isso (aumento da população carcerária)”.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017) tem evidenciado um número expressivo da população negra cumprindo penas de privação de liberdade. Os dados divulgados e atualizados em junho de 2016 demonstram que 64% da população carcerária é composta por negros (pretos e pardos), de acordo com definições do



Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), enquanto a população branca representa apenas 35%. (INFOPEN, 2017). Notadamente, a população negra tem muitos prejuízos no que se refere ao acesso à justiça quando comparada aos não negros, depreendendo-se um sistema de justiça criminal que é seletivo e estigmatizante, tendo o racismo, em suas mais variadas formas de expressão, como um importante promotor dessa seletividade e, conseqüentemente, do encarceramento em massa desse grupo populacional. A partir de uma revisão bibliográfica, este estudo pretende responder algumas indagações acerca do fato da maioria da população carcerária ser composta por negras e negros, na sua maioria jovens, pobres e periféricos.

A lei antidrogas e a seletividade penal

A promulgação da Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD) e prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas e ainda, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definindo também crimes, dá outras providências e trouxe algumas conseqüências para a população pobre em geral e mais especificamente para a população negra, principal vítima das constantes investidas do sistema punitivo, que tem na população negra e periférica, o seu alvo predileto.

No ano de 2006, ano em que a Lei foi instituída, 15% das pessoas que eram presas no Brasil respondiam por crimes relacionados às drogas. Crimes estes, basicamente caracterizados como tráfico, porém essa definição é muito subjetiva, tendo em vista a subjetividade do policial que apreendeu a droga e a fragilidade da lei que imputa a responsabilidade pela determinação e qualificação do crime ao Juiz, tendo como única testemunha o próprio policial responsável pela Ação, de acordo com o § 2º do Artigo 28 da referida Lei.

Em 2014 este número saltou para 28%, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (INFOPEN/2014). De 2006 a 2014, houve um aumento de mais de 160%, de acordo com estudos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e da Plataforma Brasileira de Políticas de Drogas.

Segundo dados divulgados pela Rede Justiça Criminal, de 2000 a 2014 a população do sistema prisional brasileiro cresceu de 167,32%, superando, em muito, o crescimento populacional e a distribuição de presos por tipo de crime era a seguinte: 46% de crimes contra o patrimônio, 28% referentes à Lei de drogas, 13% de crimes contra a pessoa e 13% referem-se a outros tipos de crimes. O mais alarmante é que quase metade dessas pessoas presas, cerca de 40%, aguarda por um primeiro julgamento, ou seja, parte expressiva delas pode ser absolvida.

No Brasil, último país no mundo a “abolir” a escravidão, as discussões sobre criminalidade não podem estar deslocadas das discussões sócio históricas desse passado cruel e desumano, marca indelével do nosso país, haja vista a relação estreita que existe entre esse passado escravocrata e a sociedade contemporânea e as conseqüências sociais, econômicas, educacionais, políticas e criminais.



Esse passado escravocrata deixou marcas e estigmas que se expressam das mais diversas maneiras na sociedade contemporânea. Além desse histórico de escravização e de violência contra a população negra à época, várias teorias bioantropológicas na estigmatização dos negros como delinquentes que deu sustentação ao racismo científico tão bem discutido pela professora de Direito da Universidade Federal do Piauí, Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco Deborah Dettmam Matos (2010), contribuíram para que a população negra fosse estigmatizada, excluída e privada de seus direitos fundamentais e sociais, e conseqüentemente, seus direitos humanos.

A relação dos negros brasileiros com a “legalidade” da justiça inicia-se antes mesmo da abolição da escravatura. Eram leis que, em tese, seriam para proteger os negros escravizados, vítimas dos traficantes ilegais. A Lei 581, de 04 de setembro de 1850 estabelecia medidas para a repressão do tráfico ilegal de negros e consistia na apreensão das embarcações e punição para todos que eram flagrados nessas embarcações. As pessoas escravizadas eram apreendidas e reenviadas para seus portos de origem.

Passados 21 anos, surge a Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, conhecida como a Lei do Ventre Livre, que declarava livre os filhos de escravas nascidos a partir dessa data, contudo a guarda/tutela era determinada ao Senhor de sua mãe, que tinha que criar a criança até os seus 8 anos de idade e depois desse período entregá-lo.

Exatos 14 anos após, o Império promulga a Lei nº 3.270 de 28 de setembro de 1885, conhecida como a Lei dos Sexagenários, permitindo aos negros escravizados, maiores de 60 anos, não mais exercer trabalhos forçados. O fato é que aos 60 anos de idade, dada as péssimas condições de trabalho e a exploração excessiva da força de trabalho escravo, a maioria morria muito antes dessa idade.

Enfim, chega a Lei Áurea, Lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888, que declarava extinta a escravidão no Brasil. Mas para onde iam os negros escravizados e agora “livres”, haja vista que antes da “abolição” da escravatura, ao menos tinham um teto, a senzala, para se abrigar, e os restos de comida dos seus senhores, com os quais faziam a feijoada. Com a promulgação da Lei Áurea, os negros passaram a vagar sem destino certo e passaram a ocupar espaços de difícil acesso, como os morros.

A Lei Federal nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas, está completando uma década de sua implantação e, desde então, o número de pessoas presas aumentou significativamente em relação aos anos anteriores à sua aplicação, especialmente o número de negros e negras. Esta lei, que substituiu a Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976, instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas no Brasil, mas alguns de seus dispositivos legais são questionados por reproduzirem um modelo ineficaz de “guerra às drogas”.

A grande questão que se coloca pela legislação atual, especialmente no seu artigo 28, parágrafo 2º, é sobre como diferenciar um usuário de um traficante, pois a referida lei aponta critérios subjetivos que, na prática, atribui a cada juiz decidir quem é enquadrado e em qual categoria, se de usuário ou traficante. Para determinar isso, o juiz considerará a natureza e a quantidade da droga apreendida, o local e as condições em que a ação foi desenvolvida, as



circunstâncias sociais e pessoais, além da conduta e os antecedentes criminais da pessoa apreendida.

Art. 28 – Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, será submetido às seguintes penas:

§2º - Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

O usuário não pode ser preso em flagrante, como ocorria antes, e sua pena é alternativa: advertência, prestação de serviços à comunidade ou obrigação de cumprir medidas educativas. O objetivo é deslocar essas pessoas do âmbito penal para o âmbito da saúde pública. O usuário também deve assinar um termo circunstanciado, uma espécie de boletim de ocorrência para crimes de menor gravidade, perante um juiz ou, na ausência deste, diante da autoridade policial no local da abordagem.

Já o considerado traficante é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos. Importar, exportar e guardar drogas e cultivar matéria-prima para o tráfico acarreta a mesma penalidade. Dispositivos anteriores à Lei de Drogas, como a Constituição e a Lei de Crimes Hediondos, estabelecem que os condenados por tráfico não podem ser beneficiados com a extinção de suas penas (anistia, graça ou indulto).

A aprovação da Lei Antidrogas no Brasil se constitui como uma estratégia de “guerra às drogas”, copiando o modelo dos Estados Unidos, guerra esta que tinha alvo e endereço certo: a população negra das periferias pelo Brasil afora. Mas como muito bem observou a ativista negra americana Deborah Small (2016),

(...) a guerra às drogas americana não funcionou para o Brasil, pois em vez de reduzir o consumo e o abuso no uso das drogas, a erradicação do cultivo, a interdição de laboratórios de produção e outras abordagens pela via da oferta, levaram a mais violência, sofrimento, miséria e morte.

Essa “guerra” tem como principal objetivo a exclusão da população negra, confinando-a cada vez mais longe dos grandes centros, com caráter higienista e a manutenção do racismo na nossa sociedade, criminalizando de forma cada vez mais ostensiva a população pobre, negra e periférica. A professora Beatriz Abramides (2010), em Editorial da Revista PUCVIVA nº 39, já alertava que “por trás da retórica da guerra, há uma estratégia de criminalização dos pobres pela limpeza étnico racial e de contenção social”.

Um dos aspectos mais nefastos dessa lei é a relação entre o sistema econômico e a política criminal que, como nos lembra muito bem o professor Abramovay (2010), na introdução do livro *Depois do Grande Encarceramento*, organizado por ele e pela professora Vera Malaguti Batista, de que esta relação, a do sistema econômico com a política criminal, é tão profunda que não se pode olhá-las de forma separada. Com o crescimento da população carcerária há a necessidade de construção de mais presídios, o que justifica a contratação de entidades privadas, atendendo aos interesses do capital, com as privatizações das unidades penitenciárias.

Torna-se urgente que o Brasil busque estratégias realmente eficazes para conter o grande encarceramento provocado por uma política criminal cada vez mais excludente e seletiva,



especialmente para a população negra, pobre e periférica. Precisamos combater as práticas punitivas, repressoras e coercitivas que são comuns no âmbito penal brasileiro e que só contribui para aumentar cada vez mais o contingente de pessoas presas e em sua maioria com um perfil socioeconômico e étnico-racial pré-determinado como já mencionado no corpo deste capítulo.

Precisamos rever a política criminal vigente e pensarmos numa política pública efetiva que reduza a população carcerária, especialmente no que se refere à política sobre drogas, incentivo à política de alternativas penais e às audiências de custódia, bem como a Agenda pelo Desencarceramento (2017), defendida pela Pastoral Carcerária, com diversas ações que vão desde a suspensão de investimentos para construção de novas unidades prisionais à limitação das prisões cautelares, redução de penas e descriminalização de condutas, em especial aquelas relacionadas à política de drogas, a fim de apurar a legalidade da prisão e evitar a prática de abusos e torturas, garantindo a dignidade e o respeito à pessoa humana, seja qual for a sua raça/cor, religião, origem, gênero ou orientação sexual.

Historicamente, a população negra brasileira sempre sofreu vários processos de criminalização que se arrastam desde o período escravocrata até os dias atuais, seja pela sua religião, música, dança, origem ou condição socioeconômica. Mas esta população sempre resistiu e resiste às estratégias de opressão e dominação engendradas pelo Estado para sua exclusão e posterior eliminação.

O caráter punitivo e seletivo do sistema penal brasileiro contribui para que, cada vez mais, negros, jovens e periféricos, sejam violentados no seu direito humano fundamental, o de ir e vir, e para que sejam reiteradas vezes abordados e levados para averiguações sem ao menos uma suspeita qualquer, senão o simples fato de ser negro e pobre. Faz-se urgente a transformação dessa sociedade que discrimina e criminaliza os seus integrantes apenas por serem negros e periféricos.

O encarceramento em massa da população negra e a violação dos direitos humanos

O Estado brasileiro ocupa a terceira posição no ranking dos países com as maiores populações carcerárias do mundo. Está abaixo apenas dos Estados Unidos e da China. A Rússia ocupa a quarta posição em número de pessoas privadas de liberdade. Mais de um terço dessa população brasileira privada de liberdade refere-se aos presos sem condenação, os chamados provisórios. Essa pequena amostragem do caos que se instalou no sistema prisional, expõe as fragilidades de um sistema de justiça e uma política criminal que prende demasiadamente sem oferecer a estrutura necessária para atender essa população carcerária.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2013), elaborado e publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, informa que o crescimento da população carcerária brasileira entre 1999 e 2014 foi de 213,1%. O estudo aponta ainda que, mantido esse ritmo, em 2030 o Brasil terá alcançado uma população prisional de quase 2 milhões de presos adultos, num país que, segundo o Anuário Brasileiro (2013) tem 1424 unidades prisionais.

São numerosos os exemplos de violação de direitos humanos, especialmente entre negros e pobres, dentro ou fora das cadeias, como torturas psicológicas e espancamentos frequentemente denunciados pelos movimentos sociais organizados, além da falta de condições mínimas de



higiene e saúde, configurando-se como o racismo estrutural e institucional presentes nas instituições que compõem a estrutura social e política no nosso país.

Exemplos de casos de extermínio pelo Brasil afora não faltam e não é novidade pra ninguém, especialmente nos presídios, haja vista o massacre do Carandiru, com 111 mortes oficialmente registradas, sendo que 84 destas pessoas não tinham condenação, embora relatos deem conta de que o número de mortos é muito superior ao divulgado oficialmente.

A sociedade brasileira está representada na população prisional em todas as suas configurações e a violação dos direitos humanos é uma dessas, ou seja, presas ou em liberdade, as pessoas são cotidianamente violentadas, especialmente a população preta, pobre e periférica.

A violação dos direitos humanos na sociedade brasileira tem sido uma constante, especialmente no que se refere às pessoas privadas de liberdade. O sistema prisional se coloca como um dos grandes laboratórios para as diversas formas de violação desses direitos. Configura-se como um dispositivo de produção de vidas com autorização para matar, como indica Mallart e Godoi (2017) afirmando que “constata-se – em carne e sangue – uma dimensão de produtividade do dispositivo carcerário contemporâneo: a produção de vidas matáveis”.

Falar sobre violação dos direitos humanos nas prisões é redundante, pois a violação desses direitos, nas condições em que as prisões são cotidianamente identificadas pelos organismos e movimentos sociais organizados de defesa dos direitos humanos, passa a ser parte constitutiva do sistema carcerário e/ou prisional no nosso país. As denúncias de violação de direitos humanos contra o estado são frequentes e representam um retrato da nossa sociedade que, cada vez mais, revela o seu caráter punitivista, racista, sexista e genocida.

Relatos do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais e Corredor do Sistema Prisional da Comarca de Joinville/SC João Marcos Buch, em seu artigo no site de notícias *Justificando* (2017), sobre a sua atuação em processos de denúncias contra a violação dos direitos humanos em presídios nos dão a dimensão do quanto o Brasil se distancia do efetivo respeito aos direitos humanos, especialmente no que se refere ao sistema carcerário.

Quando leio decisões como essas, o sentimento que tenho é que estamos nós, no Brasil, muito longe, mas muito longe mesmo de compreender e respeitar os direitos humanos. O Estado está em falta nesse quesito. Não conseguimos ainda disseminar e fazer entender que os direitos humanos, resultado do processo histórico evolutivo, protegem a todos, indistintamente, e devem servir como barreira contra governos que insistem em manipular regulamentos e leis para poder violar a integridade da célula humana. E quando o assunto é sistema carcerário, então sim, parece que todos os dias somos estapeados por essa vergonhosa e cruel violação. (BUCH, 2017)

E acrescenta as suas impressões sobre as condições das prisões brasileiras na ocasião em que visitou uma boa parte delas pelo Brasil afora.

(...) estamos tratando de ausência de trabalho e estudo para detentos, falta de colchões para dormir, com os existentes dispostos num chão úmido e sujo, onde saneamento básico não há, trabalhamos com complexos prisionais que recebem pessoas que ficam nuas em celas, sem acesso a banheiro ou por vezes permanecem algemados em corredores dias e dias na espera de destinação a uma galeria faccionada ou não. (BUCH, 2017)



Em outro relato, também durante suas visitas aos presídios, só que agora no exterior, onde as condições destes eram bem melhores que as do Brasil, Buch (2017) denuncia, enquanto lembrava que, no sistema brasileiro, diversas são as violações de direitos humanos nos presídios e em várias regiões do Brasil.

(...) no Presídio Central de Porto Alegre, com seus 5.000 presos, não havia saneamento e que o esgoto escorria aberto pelos umbrais de um prédio que não era reformado fazia mais de 20 anos. Não relatava que em Pedrinhas/MA um detento podia simplesmente desaparecer dentro da unidade, sendo morto e tendo o corpo desfeito. Não contava que em Campo Grande/MS, a chamada “Máxima” possuía 2.500 detentos em celas contendo 25 presos para 4 a 6 vagas e com os recursos humanos restringindo-se a 10 agentes penitenciários por plantão, em processo de adoecimento diante das agruras insuperáveis do trabalho. Tampouco mencionava o sistema prisional catarinense, com idênticos e graves problemas e violações humanas, da superlotação à falta de fornecimento de kit de higiene e vestuário. (BUCH, 2017)

Casos como o do Rafael Braga, um rapaz negro, pobre e em situação de rua, preso em junho de 2013, durante manifestações públicas e rapidamente condenado sob a alegação de que portava material explosivo, mesmo após o resultado do laudo pericial comprovando que o material que levava consigo não tinha nenhum caráter explosivo, retratam bem as peculiaridades e particularidades do nosso sistema de justiça. Este caso revela a face seletiva, repressiva, higienista e estigmatizante do nosso sistema penal/prisional, bem como o seu caráter punitivo e de contenção e controle social, especialmente da população preta, pobre e periférica.

De acordo com os noticiários à época da sua prisão, Rafael foi encontrado pelos advogados algemado pelos pés, como um negro no pelourinho, cena que nos remete ao Brasil escravocrata, onde os trabalhadores escravizados eram punidos em público e para que isso servisse de “lição” para que nenhum outro se atrevesse a cometer as mesmas coisas. Denota-se assim que o Rafael Braga foi vítima da seletividade racial do sistema penal brasileiro, tendo em vista que foi o único condenado dentre as pessoas que foram presas naquelas manifestações.

O padre Valdir Silveira (2014), ativista da Pastoral Carcerária, em entrevista à Revista Carta Capital, aponta o sistema carcerário como um grande violador dos direitos fundamentais e acrescenta que “no Brasil podemos comparar os presídios às senzalas” advertindo que “há um perfil bem definido das pessoas que estão lá dentro”. Em sua crítica severa, o líder religioso assevera que “o presídio é um palanque de tortura como eram as senzalas, mas hoje das periferias e dos pobres” e nos chama a atenção para a seletividade dessa instituição chamada prisão afirmando que “se houvesse outro público lá dentro, podíamos não pensar nisso, mas não tem como, é algo seletivo”.

A situação caótica dos presídios na América Latina, em particular os brasileiros, de violências e descaso com os direitos, não é novidade. Presídios extremamente lotados, sem assistência aos detentos é uma realidade, reconhecida pelas autoridades, responsáveis pela política de execução penal.

Na maioria dos estados não há investimento, o que nos leva a um sistema prisional sem condições mínimas de habitabilidade e sobrevivência. O que vemos nesta política pública é a precariedade; o velho calabouço revestido de modernidade, sob o argumento dos recursos



públicos insuficientes, que vem fundamentando as privatizações, ou seja, prisões como um “novo negócio”.

O recrudescimento penal e o poder encarceratório do Poder Judiciário há décadas vêm construindo uma sociedade do superencarceramento, que atinge também crianças e adolescentes. A proposta pública é cada vez mais punir, em detrimento de políticas sociais para os trabalhadores empobrecidos, com pouquíssimas oportunidades sociais. Mesmo que amplamente se veicule que a prisão não combate criminalidade e não evita reincidência. A situação caótica dos presídios brasileiros é violenta e de descaso com os direitos. Para a elite brasileira, “bandido bom é bandido morto”.

As prisões brasileiras não incomodam as classes dominantes, muito pelo contrário: representam o lugar de vingança e sofrimento desejado. Neste momento, no Brasil, qual seria o resultado de um plebiscito sobre a “oficialização” da pena de morte ou prisão perpétua? Já temos tido vários linchamentos, prisões e justiça pelas próprias mãos. Para a maioria da população, o sistema prisional deve ser sinônimo de sofrimento, uma espécie de vingança que não respeita os direitos fundamentais de cada indivíduo condenado e/ou tutelado pelo Estado no cumprimento de suas penas.

As barbáries cometidas no sistema carcerário, de violação dos direitos humanos, tornam-se o “cadinho das expiações” das chamadas “classes perigosas” - aqueles que “não deram certo” aos olhos dos padrões dominantes da sociedade burguesa capitalista. E a existência das prisões cumpre um exímio papel nessa sociedade, pois, o que acontece dentro de muros e grades é a punição que o senso comum espera como vingança e não como justiça.

Nesse sentido, o encarceramento em massa da população negra se traduz numa das mais sofisticadas técnicas de contenção, de controle e de eliminação desse segmento populacional, elevando o nosso sistema de “segurança e justiça” ao patamar de um dos sistemas que mais mata no Brasil, especialmente em confrontos entre as forças de segurança e as pessoas privadas de liberdade.

Dados do Relatório do Ministério da Justiça/ Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) apontam algumas das grandes rebeliões em presídios brasileiros e seus respectivos números de mortes registrados oficialmente, embora saibamos que os números oficiais não convergem com os números reais, como já visto no caso do massacre no Carandiru. Seguem os dados: Carandiru, em São Paulo, Capital (1992) – 111 mortos; Urso Branco, em Porto Velho, Rondônia (2002) – 27 mortos; Benfica, no Rio de Janeiro, Capital (2004) – 31 mortos; Pedrinhas, no Maranhão, São Luís (2010) – 18 mortos; Anísio Jobim, no Amazonas, Manaus (Dezembro /2016-Janeiro/2017) – 60 mortos; Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Roraima, Boa Vista (Janeiro/2017) – 33 mortos e na Penitenciária de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte, Natal (Janeiro/2017) – 26 mortos.

Apenas para se ter uma ideia da magnitude do número de mortes no sistema prisional paulista, em 2014, 482 homens e mulheres faleceram em unidades prisionais do estado, efeito da própria mecânica de operação da máquina carcerária em sua configuração contemporânea. (MALLART e GODOI, 2017, p. 30)



Dados como estes revelam o grau de insegurança em que as pessoas privadas de liberdade, no estado de São Paulo, estão expostas, além do risco de morte, em ambientes que, teoricamente, deveriam zelar pela sua integridade física e mental. Mostram a fragilidade de um sistema penal fadado ao colapso total, se considerarmos a superlotação e a falta de políticas públicas e criminais que, de fato, possam proteger as pessoas presas e iniciar um processo de desencarceramento, especialmente das pessoas que estão presas sem ao menos serem julgadas e terem as suas penas decretadas.

E nós sabemos muito bem quem são os principais prejudicados nesse sistema, pois a sua funcionalidade está pautada na criminalização e encarceramento da classe trabalhadora empobrecida e periférica, especialmente a população negra, segmento majoritário entre população que apresenta tais características, além da já confirmada maioria da população negra nas prisões brasileiras. Na atual conjuntura, esse quadro tende a se agudizar, especialmente no que se refere aos rumos que a nossa política criminal deve seguir. Preocupações também trazidas pelos estudiosos Rafael Godoi e Fábio Mallart quando sugerem que:

Em tempos de incerteza, de instabilidade institucional, do desmanche que vem sendo imposto à pesquisa científica, de “novos-velhos” massacres em presídios e de investidas, cada vez mais mortíferas, contra o povo pobre, negro e periférico, e tudo isso na esteira do recente golpe parlamentar, não basta se limitar à lógica do “mal menor”. (MALLART e GODOI, 2017, p. 31)

Segundo Faustino (2010) além da máquina infernal de aprisionar, o Estado penal persegue sistematicamente os pobres e amplia o sistema penal, intensificando os preconceitos, sua criminalização, ampliando a repressão, buscando enquadrar essa classe, no perfil desejado das classes dominantes. Para isso, o uso do Estado policial. Assim o Estado pune para conter os efeitos de sua omissão e desresponsabilização. Um Estado (ainda que democrático e de direitos) que não pode prescindir da violência.

A ativista de defesa dos direitos civis nos Estados Unidos Ângela Davis (2018), estudiosa sobre as prisões naquele país e defensora do abolicionismo penal contribui para essa discussão sobre a função ideológica da prisão, especialmente no que se refere à forma de como esse mecanismo atinge diretamente a população negra. Guardadas as devidas proporções, pois a autora está ancorada nos estudos da sociedade estadunidense, podemos considerar que privação de liberdade é igual em qualquer parte do mundo, e nesse sentido, as prisões brasileiras guardam semelhanças importantes com as dos Estados Unidos, especialmente o seu caráter seletivo, racista e sexista, como estão os números para confirmar essas características já apresentados nessa pesquisa.

Davis (2018) nos convida a refletir sobre as nossas próprias certezas em relação às funções e as necessidades das prisões na sociedade e nos estimula a fazer discussões similares sobre a instituição do encarceramento, especialmente o encarceramento da população negra, já que esse tipo de punição tem trazido tantos prejuízos à nossa população, haja vista o grande número de mortes, epidemias de doenças, entre outras questões que estão diretamente relacionadas com a vida na prisão. Problemas estes que não atingem exclusivamente a população carcerária, mas também suas famílias, sua comunidade, a sua maneira de ser e de estar no mundo.



Considerações finais

A criminalização dos pobres, responsáveis por sua condição ou situação de pobreza; a violência estatal contra pretos e pobres que ameaçam a harmonia e hegemonia da branquitude social, ameaça o controle capitalista da ordem burguesa sob a chamada “classe perigosa” ou a classe dos criminosos em potencial: uma classe/massa de desassistidos, desempregados, destituídos da capacidade de consumo; os chamados “vagabundos” inúteis, sobrantes, dispendiosos para o Estado: os “matáveis”, negros, negras, pelo racismo estrutural e institucional, ameaçadores dos “cidadãos de bem”.

Essas características sociais, econômicas e morais-conservadoras e higienistas, vem justificando as ações violentas do Estado nas ruas, nas prisões, nas políticas públicas (ou melhor, o desmonte delas). Para Davis (2015),

A prisão acaba por ser um “efeito magia”, ou melhor, as pessoas que defendem a prisão e tacitamente parecem favoráveis a uma rede de proliferação de prisões e cadeias, são levadas a acreditarem na magia do aprisionamento. Mas nas prisões não desaparecem os problemas, elas desaparecem com os seres humanos. E a prática de desaparecer um grande número de pessoas pobres, imigrantes e comunidades racialmente marginalizadas, literalmente se tornou um grande negócio. A magia das prisões cria uma ausência de esforço para compreender os problemas sociais, escondendo assim, a realidade por trás do encarceramento em massa. As prisões desaparecem com os seres humanos a fim de transmitir a ilusão e resolver os problemas sociais. Infraestruturas penais devem ser criadas para acomodar uma população em rápido crescimento para serem criadas em gaiolas.

A questão do tratamento penal-prisional, como responsabilidade do poder público, enquanto tutor desta realidade nos âmbitos federal e estadual tem desafiado a sociedade brasileira sobre as mudanças mais do que urgentes do sistema e não apenas ações reformadoras (ou ampliadoras da penalização) do que já existe, mas sim, de inovações e superações dessa lógica.

Iniciamos o século XXI, no olho do furacão do crescimento do Estado Penal e de uma sociedade que apoia o Estado punitivo e encarceratório, cada vez mais rígido, em detrimento das políticas neoliberais, neoconservadoras, do Estado social cada vez mais desmontado, da desproteção, da “insegurança” aos trabalhadores (TORRES, 2007).

Como bem afirma Carvalho (2003), o aparato de controle penal-penitenciário, na atuação da ordem e segurança, vem assumindo cada vez mais seus papéis punitivo-repressivos para os “não cidadãos”, excluídos da ordem social econômica e destituídos de seus direitos. A penalização da miséria via o encarceramento dos pobres do qual fala Wacquant (2001) são características crescentes dos governos neoliberais e da atuação do Estado social mínimo, penal e encarceratório.

O estado caótico do cumprimento de pena privativa de liberdade hoje no Brasil pode ser também caracterizado, além de vários outros fatores, como parte de uma “desassistência” generalizada. É possível identificar a não correspondência entre o que está disposto na Lei de Execução Penal vigente (LEP) e o que é praticado nos estabelecimentos prisionais; e mesmo que cumprida, por sua desatualização, a LEP não contempla uma política de seguridade social garantidora de direitos sociais/cidadania, para quem está preso.



Por fim, as formas de violências e de violações dos direitos humanos no encarceramento em massa de forma geral e mais especificamente da população preto, pobre e periférica que, notadamente, tem apresentado um crescimento significativo após a aprovação da Lei de Drogas, vão ganhando contornos que repercutem nos familiares que, fisicamente estão livres, mas objetivamente também estão presos, pois são obrigados a vivenciar as mesmas experiências dos familiares que estão privados de liberdade.

Referências

ABRAMIDES, Maria Beatriz Costa. Encarceramento em massa. PUCViva, São Paulo, n. 39, p. 1-4, set. 2010. Bimestral. Editorial.

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. BATISTA, Vera Malaguti (orgs). **Seminário Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2010, 1ª reimpressão, 2015.

ADÃO, Cláudia Rosalina. “**As periferias do Brasil podem ser consideradas como senzalas contemporâneas**”, afirma pesquisadora. Disponível em: <https://www.almapreta.com/editorias/realidade/as-periferias-do-brasil-podem-ser-consideradas-como-senzalas-contemporaneas-afirma-pesquisadora>. Acesso em: 22 out. 2018.

BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. – Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2012. 2ª Edição.

_____. **Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo**. Revista Jura Gentium, 2008. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/pt/malaguti.htm>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

_____. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. - Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 2ª reimpressão, 2015.

BRASIL. **Banco de dados mostra situação da população negra do Brasil**. Brasília: SAE, 2012. Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/imprensa/noticia/materias/banco-de-dados-mostra-situacao-da-populacao-negra-do-brasil/>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

BRASIL. **Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e desigualdade racial 2014**. Brasília: SNJ, 2015. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002329/232972POR.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. **Lei de Execução Penal** no. 7.210 de 11 de junho de 1984.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização - Junho de 2016. **INFOPEN**, 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/uploads/filemanager/source/relatorio_2016_23-11.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL; Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN Mulheres**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2018.



Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil / Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. – Brasília : Presidência da República, 2015, 112 p. (Série Juventude Viva).

BUCH, João Marcos. **Na Europa ou América Latina, encarceramento está longe de ser a solução para a sociedade**. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/19/na-europa-ou-america-latina-encarceramento-esta-longe-de-ser-solucao-para-sociedade/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CARCERÁRIA, Pastoral. **Agenda Nacional pelo Desencarceramento**. 2017. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CARVALHO, S. Penas e Garantias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CATOIA, Cinthia de Cássia. A produção discursiva do racismo: Da escravidão à criminologia positivista. **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p.259-278, Mai-Ago 2018. Quadrimestral. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/11628/11282>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília, junho de 2014. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em 30/10/2014.

DAVIS, Ângela. **O encarceramento em massa nunca trouxe soluções para conter a violência**: Hoff Post Brasil. 2017. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2017/07/26/angela-davis-o-encarceramento-em-massa-nunca-resolveu-ou-troux_a_23050036/>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Difel, 2018. 144 p. Tradução de: Marina Vargas.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Ministério da Justiça. Brasília. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 30/10/2014.

FAUSTINO, Deivison Mendes. **O encarceramento em massa e os aspectos raciais da exploração de classe no Brasil**. Revista PUCVIVA – encarceramento em massa, símbolo do Estado Penal. São Paulo: APROPUC-SP no. 39, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 7ª edição. São Paulo, 2013. Disponível em



<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao> . Acesso em 01/11/2014

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 29ª Ed., 2004.

JUSTIÇA, Ministério da. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen, traz dados consolidados. 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

MALLART, Fábio; GODOI, Rafael (Org.). **BR 111**: a rota das prisões brasileiras. São Paulo: Veneta, 2017. 162 p.

MATOS, Deborah Dettmam. Racismo científico: O legado das teorias bioantropológicas na estigmatização do negro como delinqüente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7448>. Acesso em: 24 jul. 2016.

ROLNIK, Raquel. Territórios negros nas cidades brasileiras: etnicidade e cidade em São Paulo e Rio de Janeiro. **Diversidade, espaço e relações étnico-raciais: o negro na Geografia do Brasil**, Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

SILVEIRA, Valdir. **Prisões são as senzalas dos dias de hoje, diz ativista da Pastoral Carcerária**. 2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/priso-es-sao-as-senzalas-de-hoje-diz-ativista-da-pastoral-carceraria-7005.html>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

SMALL, Deborah. **Guerra às drogas facilita a criminalização de pobres e negros**: O Globo. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/a-guerra-as-drogas-facilita-criminalizacao-de-pobres-negros-19755387>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

TORRES, Andrea Almeida. **Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da ressocialização**. Revista de Estudos Criminais no. 26. ITEC/ PUCRS: Porto Alegre, 2007.

_____; VILA NOVA, Adeildo. O corpo negro criminalizado nos cárceres brasileiros. In: CONGRESSO DE PESQUISA EM PRISÃO, 1., 2017, São Paulo. **Anais do I CPCCRIM**. São Paulo: Ibccrim, 2017. p. 893 - 917. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/ANAIS-CPCCRIM2017.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

WACQUANT, Loïc. **Da escravidão ao encarceramento em massa**: Repensando a "questão racial" nos Estados Unidos. 2002. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/359624575/Loic-Wacquant-Da-Escravidao-ao-Encarceramento-em-Massa-NLR-13-January-February-2002-pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

YUCA, Marcelo. **Todo camburão tem um pouco de navio negreiro**. Álbum Instinto Coletivo (1994). Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/o-rappa/todo-camburao-tem-um-pouco-de-navio-negreiro.html>. Acesso em: 15 ago. 2017.



RE 635.659/SP – o STF e o longo e sinuoso caminho para a descriminalização do porte de entorpecentes para consumo pessoal

RE 635.659/SP – The STF and the long and winding road to the decriminalizing the use of drugs

Rafael Munerati

Defensor Público do Estado de São Paulo – Membro do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores

rmuneratti@defensoria.sp.def.br

RESUMO

O presente artigo faz uma análise do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, com repercussão geral reconhecida, e do seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. O estudo parte de um contexto histórico das condutas criminais relacionadas ao consumo próprio de entorpecentes até o momento da interposição do recurso. Aborda-se sua origem, seus fundamentos e seus pedidos. Segue a análise do processamento do recurso no Supremo Tribunal Federal desde a sua chagada, a decisão de repercussão geral, as primeiras sessões de julgamento, e os votos já proferidos. Além de todas as movimentações que precederam esses julgamentos, o ingresso dos *amici curiae*, os despachos com os Ministros, as sustentações orais, a repercussão na mídia, os desdobramentos do julgamento até o momento e as previsões para a sua conclusão e a decisão definitiva.

Palavras chave: Descriminalização das drogas. RE 635.659/SP. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article analyzes the Extraordinary Appeal No. 635.659/SP, with recognized general repercussion, and its judgment by the Supreme Court. The study starts from a historical context of the crime of possession of narcotics for own use until the moment of filing the appeal. It discusses its origin, its fundamentals and its requests. It follows the analysis of the processing of the appeal in the Supreme Federal Court since its arrival, the decision of general repercussion, and the first sessions of judgment and votes. In addition to all the movements that preceded these judgments, the entry of the amici curiae, the dispatches with the Ministers, the oral arguments, the repercussions in the media, the consequences of the trial so far and the predictions for its conclusion and the final decision.

Keywords: Drugs decriminalization. RE 635.659/SP. Brazilian Supreme Court.



I – INTRODUÇÃO

A decisão de atribuição de repercussão geral ao RE 635.659/SP em 9 de dezembro de 2011 marcou o início da discussão, no Supremo Tribunal Federal, sobre a descriminalização de condutas relacionadas ao consumo individual de entorpecentes. Questão que chegou à Suprema Corte porque a Lei 11.343 de 2006, a nova Lei de Drogas, que revogou a anterior Lei 6.368/76, manteve como crime as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, drogas para consumo pessoal. Ações essas agora descritas no art. 28 da Lei 11.343/06.

Esperava-se que a nova lei não mais caracterizasse as ações relativas ao uso de entorpecentes como crime. Porém, apesar de não mais prever pena privativa de liberdade para tais condutas, ela trouxe consigo todos os efeitos primários e secundários da classificação como delito. Efeitos que ainda penalizam o usuário de drogas de maneira relevante, como será analisado nos capítulos seguintes.

No sentido de colocar um fim nas sanções remanescentes e no estigma que ainda é impregnado no usuário de entorpecentes ao ser tachado como criminoso, a Defensoria Pública de São Paulo levou essa questão ao Supremo Tribunal Federal por meio de um Recurso Extraordinário que alegava, principalmente, e em síntese, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 diante do art. 5º, inciso X da Constituição Federal. No sentido de que o uso de entorpecentes está no campo da intimidade e da vida privada das pessoas e, portanto, não pode ser criminalizado.

Nos próximos capítulos serão analisados o contexto em que foi interposto o recurso, sua origem, fundamentos e pedidos. O seu processamento no Supremo Tribunal Federal desde a sua chagada, a decisão de repercussão geral, e as primeiras sessões de julgamento e os votos já proferidos. Além de todas as movimentações que precederam esses julgamentos, o ingresso dos *amici curiae*, os despachos com os Ministros, as sustentações orais, a repercussão na mídia, os desdobramentos dos julgamentos até o momento e, por fim, as previsões para a sua conclusão e decisão definitiva.

II – O art. 28 da Lei 11.343/06 e a origem do RE 635.659/SP

II.1. A edição do art. 28 da Lei 11.343/06 e a revogação do art. 16 da Lei 6.368/76.

A Parte Especial do Código Penal de 1940 trazia no seu art. 281, sob o *nomen juris* “Comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes”, o que seria a origem da criminalização do hoje chamado tráfico de drogas e condutas afins. Em sua redação original, o *caput* do art. 281 e seus parágrafos e incisos, não faziam qualquer menção a condutas relacionadas ao uso pessoal de entorpecentes:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.¹



O art. 281 sofreu ainda três alterações em sua redação, pela Lei 4.451/64, pelo Decreto Lei 3.85/68 e pela Lei 5.726/71, antes de ser definitivamente revogado pela Lei 6.368/76, e ficar lembrado apenas pela canção de sucesso interpretada por Bezerra da Silva.²

A Lei 6.368/76 significou um marco na legislação sobre drogas e a criminalização das condutas a elas relacionadas. Não mais tínhamos apenas um artigo no Código Penal, mas, toda uma Lei Especial tratando do assunto. Na parte criminal, uma das novidades mais relevantes foi a separação de tratamento, em artigos diferentes, das condutas típicas relacionadas ao tráfico (art. 12) e das condutas relacionadas ao uso de substâncias entorpecentes (art. 16).

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; (Vide Lei nº 7.960, de 1989)

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.³

Ambos os artigos, porém, consideravam as condutas como crime e previam a aplicação de penas privativas de liberdade. Eventual condenação por crime do art. 16, portanto, implicava não somente na possibilidade de aplicação de pena corporal, mas, também nas consequências secundárias da condenação criminal como, por exemplo, a geração de reincidência e maus antecedentes.



Ao contrário do art. 281 do Código Penal, os artigos 12 e 16 da Lei 6.368/76 tiveram vida longa, sem alterações, e apenas foram revogados 30 anos depois pela Lei 11.343/06, que passou a tipificar os crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes nos seus art. 33 e seguintes, e o crime relacionado ao uso para consumo pessoal no art. 28.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.⁴

Dessa forma, a Lei 11.343/06 trouxe um avanço, modesto é certo, ao não mais prever aplicação de pena privativa de liberdade para as condutas descritas no seu art. 28. Alguns autores utilizam o termo despenalização para essa ausência de pena corporal⁵. Todavia, além de ainda prever sanções de admoestação verbal e multa, a manutenção das condutas relacionadas ao uso de entorpecente para consumo próprio como crime pela lei implica em sérias consequências penais ao condenado, como reincidência e maus antecedentes.

Pior ainda, a manutenção da criminalização do consumo pessoal de entorpecentes traz ao usuário a condição e o estigma de criminoso, passível de ser vítima da força e da brutalidade policial, com revistas pessoais, prisão em flagrante delito e condução coercitiva com algemas à delegacia de polícia para a lavratura de termo circunstanciado.



Foi diante desse cenário que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 635.659/SP alegando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, por clara violação ao direito à intimidade, consubstanciado no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

O efeito prático da declaração da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 seria, como apontado pela mídia, a chamada descriminalização das condutas relacionadas ao consumo pessoal de entorpecentes. Assim, o referido Recurso Extraordinário acabou por ficar conhecido como o recurso da descriminalização do uso de drogas⁶.

II.2. O RE 635.659/SP. Origem, fundamentos e repercussão geral.

O Recurso Extraordinário 635.659/SP foi a última providência tomada em um caso que começou com uma condenação em primeira instância por infração ao art. 28 da Lei 11.343/06. O réu na ação original, Francisco Benedito de Souza, cumpria pena no CDP de Diadema e acabou por assumir a propriedade de uma trouxinha contendo 3,0 (três) gramas de maconha, que foi encontrada dentro da cela em que habitava. O fato ocorreu em 21 de julho de 2009 e Francisco alegou que a droga se destinava ao seu consumo pessoal. Denunciado, foi condenado nos termos do art. 28 da Lei de Drogas pela 2ª Vara Criminal de Diadema a prestar 2 meses de serviços à comunidade, em 26 de fevereiro de 2010.

Houve apelação da defesa, já com a alegação da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. O Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema, em 18 de junho de 2010, negou provimento ao recurso e manteve a condenação aplicada. Segundo o acórdão:

A tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova. Seu questionamento já subsistia quando em vigor a lei 6368/76, na qual o tipo penal da denúncia era o art.16, de redação quase idêntica ao atual art.28 da lei 11343/06. E os julgados, de forma absoluta e reiterada rejeitam referida tese, que como em nada inova, é solucionada pela antiga jurisprudência, ora transcrita: "difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art .16 da Lei de Tóxicos" (TJRS-Incidente de Inconstitucionalidade na AC 686062340-Rel. Milton dos Santos Martins-RJTJRS 128/33). De igual teor: RJTJRS 127/97 e 132/49.

Neste aspecto deve ser salientado que a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as figuras típicas descritas no art.28 a conduta de "usar". E tal esteriliza a tese de ofensa a liberdade individual.⁷

O acórdão, todavia, conforme se verifica no trecho acima transcrito, enfrentou a questão apontada pela defesa sobre a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, situação que tornou prequestionada a matéria e abriu caminho para a interposição do recurso extraordinário.

A defesa em primeiro grau, a apelação e o recurso extraordinário foram realizados pelo Defensor Público paulista Dr. Leandro de Castro Gomes. Nas razões do extraordinário foi alegado em síntese que a condenação proferida em primeira instância e mantida pelo Colégio Recursal violava o direito fundamental de intimidade e vida privada, assegurado no inciso X da Constituição Federal:



Com efeito, o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11343/2006 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.

Estipula mencionado dispositivo “*que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas ...*”

Esse direito constitucional tem reflexo no Direito Penal, especialmente quando exige que uma determinada conduta, para ser considerada *criminosa*, lesione bens jurídicos *alheios*. Permanecendo a conduta na própria esfera do autor do fato, não há que se falar de *alteridade* e *lesividade*. Uma incriminação, nesta hipótese, viola, diretamente, a Constituição Federal.

(...)

À conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tido pelo legislador ordinário como criminoso retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada “saúde pública” (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário.

Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal.⁸

Ao final, o recurso extraordinário pretendia o reconhecimento da violação do direito à intimidade e à vida privada pelo acórdão impugnado, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, e a consequente absolvição do recorrente.

O recurso extraordinário aportou no Supremo Tribunal Federal em 22 de fevereiro de 2011, sendo distribuído ao relator sorteado, Ministro Gilmar Mendes, em 1º de março de 2011.

Seguindo o entendimento do Ministro Relator, o Plenário virtual do STF reconheceu, em 9 de dezembro de 2011, a existência de repercussão geral da questão trazida no recurso. Não houve manifestação dos Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. A ementa do acórdão ficou assim redigida:

Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida.⁹

III. Os *amici curiae*, o início do julgamento e os votos no RE 635.659/SP.

III.1. Os *amici curie* e a ampla participação da sociedade no julgamento.

Logo após a reconhecimento da repercussão geral diversas entidades e órgãos representativos da sociedade civil manifestaram interesse e pedidos de participação no processo como *amicus curiae*. A grande maioria dos pedidos apresentados foi acolhida pelo Ministro Relator. Entidades como a ONG Viva Rio, a Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD), a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (Abesup), o Instituto



Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), a Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexus (ABGLT), a Pastoral Carcerária, o Growroom.net e o Conselho Federal de Psicologia foram habilitadas nos autos para auxiliar a Corte no julgamento do recurso, com o oferecimento de arrazoados com dados, pareceres, memoriais e sustentações orais.

Todas essas entidades acima referidas, de alguma forma, se posicionaram favoráveis ao provimento do recurso e, em conjunto com a recorrente, Defensoria Pública de São Paulo, se organizaram para levar ao Tribunal o maior número de informações possíveis para auxiliar no julgamento da causa. Foram realizadas reuniões, definições de estratégias, audiências nos gabinetes dos Ministros e memoriais, tudo em conjunto. Um acontecimento único que reuniu, talvez pela primeira vez em um julgamento perante o STF, diversas entidades da sociedade civil em favor de uma causa comum e de relevantíssimo interesse social. Até hoje, ainda não terminado o julgamento, o grupo formado por diversas dessas entidades continua a atuar e pensar em estratégias para a conclusão do julgamento.¹⁰

Também se habilitaram outras entidades, algumas até mesmo com pedidos formulados no dia do julgamento, e atendidos pelo Ministro Relator para garantir a pluralidade de ideias em discussão, com posicionamento pelo desprovimento do recurso, constitucionalidade e manutenção em vigor do art. 28 da Lei 11.343/06. Entre essas entidades estavam a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), a Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, a Central de Articulação da Entidades de Saúde (CADES), a Federação de Amor Exigente (FEAE), a Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil (ANPV) e a Associação de Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL).

Essa participação expressiva de diversos seguimentos da sociedade durante o julgamento, proporcionada pelo Ministro Relator, incluindo atores do ramo jurídico, da saúde, dos direitos humanos e do Poder Público, proporcionou uma amplitude do debate abrangendo todas as teses e entendimentos. A ampla participação da sociedade revelou “a intensidade da democratização que se manifestou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659.”¹¹

A articulação das entidades favoráveis à tese da descriminalização das condutas referentes ao uso de entorpecentes, em conjunto com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, formulou memoriais conjuntos e foi recebida para despacho em todos os gabinetes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Além dos representantes das entidades, especialistas em diversas áreas, especialmente da saúde, também foram levados para as conversas com os Ministros. Estratégia que fez parte da preparação para o início do julgamento pelo Plenário da Suprema Corte.

III.2. O início do julgamento e as primeiras sessões no Plenário do STF

A primeira sessão de julgamento ocorreu no Plenário do STF no dia 19 de agosto de 2015, com ampla divulgação pela mídia nacional e grande presença da imprensa escrita e televisiva¹². O tema em discussão, como era esperado, transcendeu o caso em concreto e despertou o interesse



de todo o país sobre não apenas a descriminalização do uso de entorpecentes, mas, sobre a questão mais ampla das drogas como um todo na sociedade.

Entre as diversas autoridades presentes, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo compareceram ao julgamento o Defensor Público-Geral Rafael Valle Vernaschi, o Defensor Público Assessor Criminal Bruno Parise, o autor do recurso extraordinário Defensor Público Leandro de Castro Gomes e, pelo Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores da Defensoria Pública de São Paulo, o autor desse artigo, que honrosamente foi designado para realizar a sustentação oral pelo recorrente.

A construção das teses apresentadas pela Defensoria Pública de São Paulo, tanto nos memoriais, quanto na sustentação oral, surgiu de um trabalho conjunto de vários Defensores Públicos que contribuíram para o resultado final. Além do autor do recurso, Leandro de Castro Gomes, trabalharam diretamente no caso os Defensores Públicos Bruno Parise, Rafael Strano e Rafael Munerati. Além dos argumentos jurídicos presentes nas razões do recurso, foram também levados dados estatísticos sobre a questão e experiências da Defensoria Pública paulista na defesa de casos semelhantes àquele em discussão. Buscou-se levar ao Tribunal uma visão não apenas jurídica sobre a violação ao direito à intimidade e à vida privada, mas, sobretudo, demonstrar os danos causados ao usuário de drogas na sua estigmatização como criminoso e como “pessoa em corpo sem alma”¹³, e também os danos causados à própria sociedade diante da manutenção de condutas referentes ao uso de entorpecentes como crime. Era preciso deixar claro que o Direito Penal nunca foi, não é, e jamais será a solução para o uso de drogas na sociedade e nem para o usuário ou dependente, o qual precisa mais de auxílio médico-social do que intervenção jurídico-penal.

A primeira sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, foi inteiramente tomada pela leitura do relatório e pelas sustentações orais. Sustentaram oralmente, pelo recorrente, o Dr. Rafael Munerati, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Márcio Fernando Elias Rosa, Procurador-Geral de Justiça e pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Vale observar que tanto o parecer quanto a sustentação oral do Ministério Público Federal foram pelo desprovimento do recurso e pela constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

Como *amici curiae* sustentaram pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, o Dr. Cristiano Ávila Maronna; pela Viva Rio, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini; pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Augusto de Arruda Botelho; pela Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania e pela Pastoral Carcerária, o Dr. Rafael Carlsson Custódio; pela Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT, o Dr. Rodrigo Melo Mesquita e pela Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP, a Dra. Luciana Boiteux. Todas essas entidades favoráveis ao provimento do recurso.

Falaram ainda como *amici curiae*, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas – ABEAD, o Dr. David Azevedo; pela Central de Articulação das Entidades de Saúde – CADES, a Dra. Rosane Rosolen Azevedo Ribeiro; pela Federação de Amor-Exigente – FEAE, o Dr. Cid Vieira de Souza



Filho, e pela Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA), o Dr. Paulo Fernando Melo da Costa. Essas entidades em sentido contrário, pelo desprovimento do recurso.

As sustentações orais são o ponto alto do julgamento, pelo menos no seu início. Há sempre uma expectativa pelas manifestações, de ambos os lados, contra e a favor do recurso e da tese. As sustentações orais sempre foram um desafio para os causídicos. Como condensar todos os argumentos em poucos minutos, como aliar técnica e conhecimento com eloquência, não se tornar enfadonho e prender a atenção dos julgadores. Se bem elaborada, articulada e executada, uma sustentação oral pode mudar o rumo de um julgamento.

Por ser a representante do recorrente, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo era a primeira a se manifestar em sustentação oral, logo após a leitura do relatório pelo Ministro relator. A expectativa era enorme e o desafio era justamente o que priorizar na manifestação, como chamar a atenção de todos para uma questão tão delicada e polêmica como a descriminalização das condutas relacionadas ao uso de drogas.

A estratégia foi utilizar, justamente, a expectativa de todos pela primeira manifestação para prender a atenção na fala e trazer um aspecto positivo, uma lembrança e uma imagem boa, se fosse possível, sobre o tema uso de drogas. A intenção era afastar, desse modo, a carga negativa que o consumo de entorpecentes obviamente traz consigo. Começamos, assim, com uma alegoria, uma referência à canção *Lucy in the Sky with Diamonds* dos Beatles, cujas iniciais do título formam a sigla LSD, entorpecente conhecido e que induz a delírios e alucinações¹⁴. Para muitos, as imagens da canção lembrariam essas possíveis alucinações e a experiência dos artistas com a droga.¹⁵ A música, todavia, é um sucesso atemporal dos Beatles e traz lembranças boas aos que a escutam e gostam não somente do grupo como de música popular em geral. Começar a manifestação com uma ideia positiva sobre o tema foi fundamental para demonstrar que o consumo de entorpecentes não deve ser demonizado, elegido com o inimigo de uma “guerra às drogas”, mas encarado como uma situação com que convivemos e merece atenção, auxílio aos usuários, e não sanções penais e estigma de criminoso.¹⁶

III.3. Os votos já proferidos no RE 635.659/SP

III.3.1. Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes

Após as sustentações orais¹⁷, o julgamento foi suspenso devido ao horário para continuação no dia seguinte. A segunda sessão teve início com a leitura do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes. Em um voto histórico, depois de demonstrar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal realizar o controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal, afirmou:

Todavia, deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema.

(...)

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de



natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional

O Ministro relator ainda acolheu, em seu voto, os argumentos da Defensoria Pública no sentido da violação do direito à intimidade e à vida privada pelo art. 28 da Lei de Drogas:

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação.

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.

O Ministro Gilmar Mendes, ao final, deu provimento ao recurso para:

Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas com natureza administrativa.¹⁸

Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, o seguinte a votar seria o Ministro Edson Fachin, o qual, porém, pediu vista dos autos. O Ministro Fachin, todavia, prometeu devolver os autos para a continuação do julgamento após o decurso do prazo regimental para a vista. Terminava assim, em 20.8.15, o segundo dia de julgamento do RE 635.659/SP.

III.3.2. Voto do Ministro Edson Fachin

Cumprida a promessa, o Ministro Fachin devolveu a vista nos autos em 31.8.15 e foi marcada a continuação do julgamento para o dia 10.09.15. A terceira sessão de julgamento, portanto, teve início com o voto do Ministro Edson Fachin que, seguindo em parte o voto do relator, também reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, mas, exclusivamente quando o entorpecente envolvido for a maconha para:

i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta.

ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas.

De acordo com o voto do Ministro Edson Fachin, tendo em vista a complexidade do tema e o fato do recurso versar sobre o consumo de maconha, apenas seria analisada a



inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 quando se tratar de fato envolvendo essa substância:

Assim sendo, em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal no presente recurso extraordinário, propõe-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

É a este caso e à substância objeto do presente recurso (maconha), portanto, que me concentrarei.

Todavia, mesmo restrito à maconha, o voto afirma que criminalizar a condutas referentes ao uso de substância entorpecente viola o direito individual à intimidade, e que o usuário não pode ser visto como criminoso, mas, como um doente:

Essas considerações parecem indicar que, em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização. Esse norte tem sentido especialmente para o adicto, usuário dependente de droga; impende ajudar o usuário que queira se livrar do poder criminoso da dependência. Frise-se, relativamente a esta inferência, que não se visa inviabilizar a atividade regulatória do Estado, nem mesmo a de imposição de sanções, mas a afastar que a regulação seja feita por meio da coerção penal como primeiro antídoto.

(...)

Com base neste quadro fático, o usuário em situação de dependência deve ser encarado como doente.

Ao final do voto, além de declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas com relação ao uso de maconha, o Ministro Fachin abriu importante debate: a questão de serem determinados parâmetros objetivos para distinguir o traficante do usuário de drogas, e impedir prisões e condenações injustas. De acordo com seu voto, essa função, notadamente, de estabelecer quantidades mínimas de entorpecentes para fazer essa diferenciação deve ser feita pelo Poder Legislativo e, provisoriamente, pelos órgãos do Poder Executivo que tem atribuição para questões de drogas, a Secretaria Nacional sobre Drogas (SENAD) e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).¹⁹

III.3.3. Voto do Ministro Roberto Barroso

Logo após o voto do Ministro Edson Fachin, na mesma sessão, o próximo a votar foi o Ministro Roberto Barroso. O Ministro Barroso seguiu a lógica do Ministro Fachin e restringiu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas para os casos envolvendo apenas maconha, uma vez que no caso em concreto somente essa substância foi apreendida. No início do voto, o Ministro Barroso deixa claro que não se está discutindo a legalização das drogas ou da maconha, mas, a descriminalização, ou seja, deixar de tratar como crime o porte para uso dessa substância.



A seguir, estabeleceu algumas premissas fáticas e filosóficas para fundamentar seu entendimento. A primeira no sentido de afirmar que o consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim, sendo que cabe ao Estado desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico. Em seguida, afirmou que a chamada “Guerra às drogas”, política de combate ao tráfico e ao consumo de entorpecentes iniciada nos EUA na década de 1970, fracassou. No seu ver, passados mais de 40 anos, o consumo continua crescente, não há tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e houve um aumento exponencial do poder do tráfico. Conclui que o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo. Afirmou, também, que é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira. No sentido de que, no Brasil, em sua visão, o maior problema não é o usuário, mas, o poder do tráfico, que advém da ilegalidade da droga, e que é exercido oprimindo as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude.²⁰

O Ministro, então, após o estabelecimento dessas premissas, listou as razões pragmáticas que a seu ver justificam a descriminalização das drogas: a) o fracasso da política atual de criminalização e combate às drogas; b) o alto custo que esse modelo criminalizador e repressor impõe à sociedade e para o Estado, consubstanciado em um aumento significativo na população carcerária do país; e c) que a criminalização afeta a proteção da saúde pública, pois, a coloca em uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal, além de promover a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos.²¹

No que se refere aos fundamentos jurídicos de seu voto, o Ministro Barroso afirmou que na criminalização do porte para uso de entorpecentes há violação ao direito de privacidade, violação à autonomia individual e violação ao princípio da proporcionalidade. Em síntese, afirmou:

Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema.²²

Dessa forma, concluiu pela declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 28 da Lei de Drogas e, por afastamento, do seu parágrafo primeiro, delimitando a quantidade de 6 (seis) plantas fêmeas, no máximo, para cultivo e consumo próprio.

O voto do Ministro Barroso, nesse aspecto, apesar de se limitar à maconha, como o voto do Ministro Fachin, avançou na definição de critérios objetivos para diferenciar o tráfico do consumo. Nesse sentido, sugeriu o estabelecimento de uma presunção no sentido de que quem estiver portando até 25 gramas de maconha seria usuário e não traficante. Ao final firmou a seguinte ementa para seu voto:

DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.



1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas.
2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública.
3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.
4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados com usuários e pobres como traficantes.
5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.
6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito.
7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *“É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”*²³

III.4. Desdobramentos após a suspensão do julgamento

Após o voto do Ministro Barroso, o próximo a votar seria o Ministro Teori Zavaski, o qual, porém, pediu vista dos autos, suspendendo assim o julgamento. O saudoso Ministro Teori Zavascki manteve os autos em seu gabinete por 1 ano e 4 meses, até o seu precoce falecimento em 19 de janeiro de 2017.

O seu substituto, Ministro Alexandre de Moraes, recebeu os autos em 19.09.17 e liberou o recurso para julgamento com seu voto em 23.11.18. O pedido de vista, assim, no total, durou 3 anos e 2 meses.

Durante esse período, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo peticionou nos autos do recurso extraordinário solicitando ao Ministro Relator a suspensão nacional do processamento de todos os feitos pendentes referentes ao art. 28 da Lei de Drogas, nos termos do art. 1.035, § 5º,



do Código de Processo Civil, em estratégia conjunta tomada com os demais *amici curiae*. O pedido tinha como fundamento os inúmeros inquéritos e processos que continuavam a ter início e seguimento, com prisões em flagrante e condenações, com base no art. 28 da Lei de Drogas, mesmo com o RE 635.659/SP em andamento com repercussão geral reconhecida e já com três votos a favor da inconstitucionalidade do artigo, mesmo com as observações dos Ministros Fachin e Barroso. O pedido, todavia, foi indeferido pelo Ministro Gilmar Mendes em 18.12.18.²⁴

Após a devolução da vista pelo Ministro Alexandre de Moraes o recurso foi pautado duas vezes para continuação do julgamento pelo Plenário, em 05.06.19 e em 06.11.19, porém, posteriormente excluído da pauta em ambas as datas. Decorridos 5 anos e meio do seu início, ainda não há previsão do retorno do julgamento, até o momento.

IV. CONCLUSÃO

O reconhecimento da repercussão geral e o início do julgamento do RE 635.659/SP foram, indiscutivelmente, marcos históricos no caminho para a racionalização da condução da política sobre drogas no Brasil, notadamente, para a revisão da chamada “guerra às drogas” e para se entender o usuário como pessoa que necessita de auxílio e acompanhamento e não como um criminoso sujeito a penas e sanções.

A discussão do tema iniciada pelo STF, por contar com a relevante e importante participação de vários seguimentos da sociedade que lidam com o assunto, democratizando o debate, e também por trazer ampla divulgação pela mídia em âmbito nacional, proporcionou a colocação da temática das drogas em foco e em destaque na sociedade, o que é fundamental para que ocorram avanços.

Ademais, notadamente, a discussão desse tema no âmbito do Poder Judiciário se faz em um ambiente técnico, racional e imparcial, e não político e suscetível a interesses de ganho de votos ou ideologias religiosas, culturais ou de outras espécies. Proporcionar a discussão sobre drogas, descriminalização e legalização pelo judiciário é um caminho para se obter resultados:

Enquanto isso, não dá para esperar que o Congresso tome a iniciativa de resolver o problema. Coitados, eles são dependentes (de votos), é impossível confiar neles. A mudança, portanto, precisa acontecer de baixo para cima, por pressão social e por conquistas na justiça. E ela começa pela maconha.²⁵

É certo, por outro lado, que quando o assunto é crimes de drogas o judiciário, muitas vezes, toma posições conservadoras e punitivas:

Por fim, o Poder Judiciário, aparentemente, adere aos estereótipos divulgados pela mídia, não cumprindo a missão à qual está incumbido, no sentido de frear políticas criminais violadoras de direitos.²⁶

Mais recentemente, porém, nota-se um movimento de distensão no Poder Judiciário, principalmente nos Tribunais Superiores, no sentido de deixar de lado o endurecimento das condenações e penas nos crimes relativos às drogas e adotar posições mais razoáveis e menos punitivas. Como exemplos, podemos citar as decisões do STF em permitir a concessão de



liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas²⁷ e afastar o caráter hediondo dos crimes de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06)²⁸, e decisão do STJ determinando o regime aberto obrigatório para esse mesmo tráfico privilegiado quando primário o agente e a pena ficar no mínimo legal.²⁹

Passados mais de 5 anos, a continuidade e a conclusão do julgamento do RE 635.659 são de suma importância para a continuidade dessa mudança de paradigma em relação não somente aos usuários de drogas, mas à própria política para o tratamento dos problemas das drogas como um todo em nossa sociedade.

Mesmo que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas apenas com relação à maconha, do mesmo modo, já será um passo adiante em um caminho longo e sinuoso³⁰ até a descriminalização das condutas e, posteriormente, para a legalização dos entorpecentes.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

BRASIL. Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm Acesso em 15.01.21.

BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em 15.01.21.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 596.603, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Dje 22.09.20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635.659/SP. Pleno. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145> Acesso em 15.01.21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118.553, Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 24.04.17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.339, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 06.12.12 e RE 1.038.925, Plenário, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Dje 19.09.17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relator vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio*. Publicado em 20.08.15. Disponível em:



<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>. Acesso em: 13.01.21

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista Ministro Edson Fachin no RE 635.659/SP*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso em 13.01.21.

BRASIL. STF. *Negada suspensão nacional de processos sobre porte de droga para consumo próprio*. Publicado em 18.12.18. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398968> Acesso em 14.01.21

BURGIERMAN, Denis Russo. *O fim da guerra – A maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*. São Paulo: Leya, 2011, 270p.

CATHARINA, Alexandre de Castro. *Movimentos sociais, sociedade civil e a democratização do processo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Revista de Estudos Brasileños, Primer Semestre 2018, Volumen 5, nº 9. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/download/144461/138811/287417>. Acesso em 13.01.21.

CONNECTAS-Direitos Humanos. *Entidades pedem ao STF que volte a julgar descriminalização das drogas*. Publicado em 06.06.19. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/entidades-pedem-ao-stf-que-volte-a-julgar-descriminalizacao-das-drogas> Acesso em 14.01.21.

CONJUR. *Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf> Acesso em: 14.01.21.

FOLHA DE SÃO PAULO. Opinião. Luís Fernando Tófoli. *O Supremo deveria descriminalizar o porte de drogas para uso pessoal? SIM*. Publicado em 16.10.20. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/10/o-supremo-deveria-descriminalizar-o-porte-de-drogas-para-uso-pessoal-sim.shtml?origin=folha> Acesso em 15.01.21.

KASSER, Tim. *Lucy in the Mind of Lennon: An Empirical Analysis of Lucy in the Sky with Diamonds*. Behavioral Scientist. Publicado em 10.03.14. Disponível em: <https://behavioralscientist.org/lucy-in-the-mind-of-lennon-an-empirical-analysis-of-lucy-in-the-sky-with-diamonds/> Acesso em 15.01.21.

PORTAL G1. Política. *STF julga artigo da Lei de Drogas e discute se é crime posse para usuário*. Publicado em 13.08.15. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/stf-julga-artigo-da-lei-de-drogas-e-discute-se-e-crime-posse-para-usuario.html>. Acesso em: 13.01.21.



PORTAL R7. *Defensor público de SP cita Beatles em julgamento sobre descriminalização das drogas no STF*. Publicado em 19.08.15. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/defensor-publico-de-sp-cita-beatles-em-julgamento-sobre-descriminalizacao-das-drogas-no-stf-19082015> . Acesso em: 13.01.21.

SONGFACTS. *Lucy in the sky with diamonds by The Beatles*. Disponível em: <https://www.songfacts.com/facts/the-beatles/lucy-in-the-sky-with-diamonds> Acesso em 13.01.21.

STRANO, Rafael. *Crack – Política Criminal e População Vulnerável*. Rio de Janeiro: Revan, 2018, 272 p.

¹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em 15.01.21

² *Malandragem dá um tempo*. Música composta por Adelsonilton Barbosa da Silva, Moacir Bombeiro e Popular, em 1986, imortalizada na voz de Bezerra da Silva e também gravada pela banda Barrão Vermelho.

³ BRASIL. Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm Acesso em 15.01.21.

⁴ BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em 15.01.21.

⁵ De acordo com Batista: Este posicionamento, pelo instituto da despenalização, é cristalino no voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento ocorrido em 13 de fevereiro de 2007 em relação ao Recurso Extraordinário 430.105-9-RJ, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.[...] O Ministro afasta o fundamento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a Lei 11.343/2006 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção. Defende também que a conduta descrita no artigo 28 da Nova Lei de Drogas é crime punido com penas alternativas, sendo o usuário considerado um tóxico-delinquente e que houve somente a redução da carga punitiva diante das novas espécies de penas [...]. “De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade”, afirma o ministro. In BATISTA, José Claudinei. ALVÁRES, Delaine Sousa de Silva. Artigo 28 da lei nº. 11.343/2006 da posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em: <http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=1direitoconstrucao3&page=article&op=view&path%5B%5D=56&path%5B%5D=56> .Acesso em: 15.01.21.

⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. Opinião. Luís Fernando Tófoli. *O Supremo deveria descriminalizar o porte de drogas para uso pessoal? SIM*. Publicado em 16.10.20. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2020/10/o-supremo-deveria-descriminalizar-o-porte-de-drogas-para-uso-pessoal-sim.shtml?origin=folha> Acesso em 15.01.21.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635.659/SP. Pleno. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>

⁸ Idem.

⁹ Ibi idem.

¹⁰ CONECTAS-Direitos Humanos. *Entidades pedem ao STF que volte a julgar descriminalização das drogas*. Publicado em 06.06.19. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/entidades-pedem-ao-stf-que-volte-a-julgar-descriminalizacao-das-drogas> Acesso em 14.01.21.



- ¹¹ CATHARINA, Alexandre de Castro. *Movimentos sociais, sociedade civil e a democratização do processo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Revista de Estudos Brasileños, Primer Semestre 2018, Volumen 5, n^a 9. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/reb/article/download/144461/138811/287417>. Acesso em 13.01.21.
- ¹² PORTAL G1. Política. *STF julga artigo da Lei de Drogas e discute se é crime posse para usuário*. Publicado em 13.08.15. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/stf-julga-artigo-da-lei-de-drogas-e-discute-se-e-crime-posse-para-usuario.html>. Acesso em: 13.01.21.
- ¹³ STRANO, Rafael. *Crack – Política Criminal e População Vulnerável*. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 238.
- ¹⁴ KASSER, Tim. *Lucy in the Mind of Lennon: An Empirical Analysis of Lucy in the Sky with Diamonds*. Behavioral Scientist. Publicado em 10.03.14. Disponível em: <https://behavioralscientist.org/lucy-in-the-mind-of-lennon-an-empirical-analysis-of-lucy-in-the-sky-with-diamonds/> Acesso em 15.01.21.
- ¹⁵ SONGFACTS. *Lucy in the sky with diamonds by The Beatles*. Disponível em: <https://www.songfacts.com/facts/the-beatles/lucy-in-the-sky-with-diamonds> Acesso em 13.01.21.
- ¹⁶ PORTAL R7. *Defensor público de SP cita Beatles em julgamento sobre descriminalização das drogas no STF*. Publicado em 19.08.15. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/defensor-publico-de-sp-cita-beatles-em-julgamento-sobre-descriminalizacao-das-drogas-no-stf-19082015>. Acesso em: 13.01.21.
- ¹⁷ Vídeo das sustentações orais disponível no YouTube em: <https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ>. Acesso em 13.01.21.
- ¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relator vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio*. Publicado em 20.08.15. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109>. Acesso em: 13.01.21
- ¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista Ministro Edson Fachin no RE 635.659/SP*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf> Acesso em 13.01.21.
- ²⁰ CONJUR. *Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-annotacoes-ministro-barroso-voto.pdf> Acesso em: 14.01.21.
- ²¹ Idem.
- ²² Ibi Idem.
- ²³ Ibi. Idem.
- ²⁴ BRASIL. STF. *Negada suspensão nacional de processos sobre porte de droga para consumo próprio*. Publicado em 18.12.18. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398968>
- ²⁵ BURGIERMAN, Denis Russo. *O fim da guerra – A maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*. São Paulo: Leya, 2011, p. 60.
- ²⁶ STRANO. 2011, p. 247.
- ²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.339, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.12.12 e RE 1.038.925, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 19.09.17.
- ²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118.553, Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 24.04.17.
- ²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 596.603, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Dje 22.09.20.
- ³⁰ Mais uma vez parafraseando os Beatles. *The long and winding road* (Lennon/McCartney), 1970.



Os tribunais e o plantio, importação e uso medicinal de *cannabis*: a legalização silenciosa do uso medicinal da maconha

The Courts and the cannabis cultivation importation and medical use: a silent legalization of the cannabis medical use

Mario Thiago Moreira

Defensor Público da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
mmoreira@defensoria.sp.def.br

Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes

Defensor Público da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Doutor em Direito pela USP. Conselheiro do Conselho Estadual de Políticas Sobre Drogas de São Paulo (biênio 2018-2020).
rlmenezes@defensoria.sp.def.br

Resumo

Diante da crescente judicialização de casos relativos à importação e autorização de uso de *cannabis sativa* para fins medicinais em território nacional, o presente artigo expõe o atual estado da técnica quanto às decisões e posicionamentos dos Poderes da República. Nesse contexto, deve ser analisada a Lei de Drogas, que estabelece estatuto preventivo e repressivo para atuação do Estado em relação às substâncias ilícitas (drogas). Ademais, a questão é analisada a partir do direito à saúde do cidadão (artigo 6º da Constituição Federal). Dessa feita, os dados extraídos da atuação do Poder Judiciário (Tribunais Superiores e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), Poder Executivo (decreto restritivo quanto ao uso medicinal de drogas previstas no rol taxativo da ANVISA) e Poder Legislativo (projeto de lei com objetivo de legalizar o uso medicinal da *cannabis*) demonstram que, embora não haja previsão legal expressa, a interpretação sistemática das decisões judiciais permite concluir pela existência da legalização silenciosa da produção, importação e uso da *cannabis sativa* para fins medicinais.

Palavras-chave: Importação e plantio de *cannabis sativa*. Uso medicinal de *cannabis sativa*. Direito à saúde.

Abstract

Facing the rising judicialization regarding medical cannabis importation and cultivation authorization occurrences in Brazil this article aims to establish the state-of-the-art regarding the Government branches stands and decision model. In this context the Law 11.342 of 2006 which establishes a dual perspective (preventive and repressive) for State action regarding illicit substances (drugs), must be assessed. Furthermore, it presents this issue under the paradigm of citizen's right to health (Federal Constitution article 6th). Thus, data referring to Judiciary (Superior Courts of Justice and São Paulo's State Court of Justice). Executive (decree restraining medical usage of illicit drugs in ANVISA definitive list) and Legislative (medical cannabis usage legalization bill) branches performance shows that, even without stated legal provisions, the systemic interpretation of the legal order and legal decisions allows concluding for the existence of a silent legalization of cultivation, import and use of medical cannabis sativa

Key words: *Cannabis sativa* cultivation and importation, *Cannabis sativa* medical use, Right to health



1. INTRODUÇÃO

Desde o advento da Lei de Drogas, em 23 de agosto de 2006, o ordenamento jurídico reforçou a política de enfrentamento repressivo do uso, produção não autorizada e tráfico ilícito de drogas, com a continuidade da pouco criativa importação do conceito de **Guerra às Drogas**. Contudo, a própria lei ordinária, para além dos preceitos penais primários e secundários, também estabelece o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) com caráter preventivo do uso indevido, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Nesse contexto, é forçoso reconhecer, se o legislador estabelece a necessidade de prevenção do uso indevido, a *contrario sensu*, estabelece o reconhecimento do potencial **uso devido das drogas**. Isso porque juntamente aos efeitos deletérios do uso abusivo de drogas, encontram-se os efeitos positivos do uso controlado e a dispensa medicamentosa das substâncias previstas no rol de vedações da ANVISA.

O duplo tratamento dedicado às drogas pela legislação brasileira se deve justamente à possibilidade de benefícios do uso de drogas controladas e a partir de receitas e prescrição médicas para o tratamento de diversas doenças e comorbidades. Trata-se, portanto, da adequação do uso e da quantificação do uso, evitando-se os excessos e a falta. Não por outro motivo, foi atribuída ao médico e alquimista suíço Paracelso (Philippus Aureolus Theophrastus Bombastus von Hohenheim), ainda no século XVI, a célebre frase que afirma que a diferença entre o remédio e o veneno está na dosagem.

Nem o uso abusivo e cartelizado das drogas que leva à miséria humana daqueles que delas dependem, nem o completo não uso, que impede o avanço científico comprovado dos benefícios de determinadas substâncias vedadas pela ANVISA para o combate às doenças e morbidades. Faz-se imprescindível o estabelecimento da cláusula geral de descriminalização do uso medicinal de drogas.

O objeto do presente estudo é o uso medicinal (terapêutico) das substâncias derivadas da *cannabis sativa*, também conhecida como cânhamo industrial. Não se confunde, portanto, com o uso recreativo da própria substância em si (maconha), que vem sendo objeto de discussão doutrinária e judicial quanto à possível descriminalização, conforme o julgamento do STF no Recurso Extraordinário 635.659, cujo caso paradigma é da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Trata-se de situação consolidada nos Tribunais Superiores (notadamente o STJ) a partir de casos isolados, porém que formaram um entendimento coeso sobre a possibilidade de importação, cultivo e uso de drogas (notadamente a *cannabis sativa*) para o enfrentamento de doenças e sintomas de doenças.

Dessa feita, necessária a compilação das decisões disponíveis sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça para que se possa definir quais os parâmetros da legalidade do plantio, importação e uso de drogas para fins medicinais, objeto deste singelo artigo.



2. DA PREVISÃO CONVENCIONAL, LEGAL, INFRALEGAL E REGULAMENTAR

A Lei de Drogas (Lei 11.343 de 2006) prevê de maneira expressa a possibilidade de autorização pela União do plantio, cultura e colheita de vegetais e substratos que possam gerar a extração de drogas, conforme previsão do artigo 2º, parágrafo único. Nesse sentido:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo determinados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Tendo em vista a previsão expressa na Lei de Drogas, diante da interpretação literal e mesmo da interpretação sistemática do diploma legal, **o uso medicinal de drogas e substâncias genéricas é lícito no Brasil**, dependendo apenas e tão somente de regulamentação pelo Poder Executivo. Trata-se de norma legal de eficácia contida, ou seja, em que pese dependa da complementação por regulamento, garante, ao menos, a legalidade da conduta desde a promulgação da referida lei.

No âmbito convencional, a Convenção Única sobre Entorpecentes (promulgada pelo Decreto n 54.216, de 27 de agosto 1964) também prevê a possibilidade de uso medicinal de substâncias entorpecentes (nomenclatura utilizada pela Convenção). Desde a exposição de motivos, a Convenção estabelece que reconhece “(...) *que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins*”.

Destaca-se que a *cannabis* sativa fazia parte da **Lista I** da Convenção, que indicava as substâncias às quais o documento se referia (ou seja, a Convenção não tratava apenas de medicamentos extraídos do ópio). Evidentemente, foram estabelecidos alguns requisitos para o uso medicinal, como, por exemplo, a necessidade de receita médica. Nesse sentido, o artigo 30 da Convenção:

[devem as partes] exigir receita médica para fornecimento ou aviamento de entorpecentes a particulares. Esta exigência não se aplicará necessariamente aos entorpecentes que uma pessoa possa obter, usar, aviar ou ministrar legalmente, no exercício de suas funções terapêuticas devidamente autorizadas;

Inclusive, a título de informação histórica, a Convenção Única sobre Entorpecentes já previa a possibilidade de reserva dos Estados signatários para a permissão interna do *uso de cannabis, da resina da cannabis, de extratos e tinturas de cannabis, com finalidade não médicas*, conforme previsão do artigo 49 da referida Convenção. Em suma, mesmo o uso recreativo já tinha aval do sistema internacional na década de 60.



Para além, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (recepcionada pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991) estabelece importante trecho que **garante o necessário respeito aos direitos humanos fundamentais quando do estabelecimento das normas de erradicação do cultivo ilícito** de plantas das quais se extraem entorpecentes e para eliminar a demanda ilícita de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas.

ARTIGO 14 - Medidas para Erradicar o Cultivo Ilícito de Plantas das Quais se Extraem Entorpecentes e para Eliminar a Demanda Ilícita de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (...) 2 - Cada uma das Partes adotará medidas adequadas para evitar o cultivo ilícito das plantas que contenham entorpecentes ou substâncias psicotrópicas, tais como as sementes ópio; os arbustos de coca e as plantas de cannabis, assim como para erradicar aquelas que são ilicitamente cultivadas em seu território. As medidas adotadas deverão respeitar os direitos humanos fundamentais e levarão em devida consideração, não só os usos tradicionais, onde exista evidência histórica sobre o assunto, senão também a proteção do meio ambiente.

Significa dizer que a opção pela criação de dispositivos legais que visam à erradicação do cultivo de drogas gera o conflito entre dois direitos, a saber: De um lado o direito à segurança pública e o mandado de criminalização de condutas que violam os bens jurídicos mais relevantes para determinada sociedade em determinado tempo; Do outro lado, o direito à saúde, intimidade, privacidade e o direito inalienável de autodeterminação garantido a cada cidadão, bem como o direito ao desenvolvimento tecnológico, que abarca o uso potencial de toda substância em pesquisas para a criação e implementação de remédios, produtos e serviços que gerem melhor qualidade de vida ao cidadão.

Nesse sentido, a Convenção de 1988 é clara, pois estabelece que a política de erradicação e controle do uso e comercialização de drogas deve respeitar os demais direitos humanos fundamentais. Entre tais direitos fundamentais encontra-se o direito à saúde individual e coletiva. Não por outro motivo, é preciso diferenciar o uso recreativo e o uso medicinal da *cannabis*, uma vez que cada um deles corresponde a direitos humanos e fundamentais diversos (lazer e autodeterminação de um lado e saúde e bem-estar do outro).

Diante desse cenário, o uso medicinal da *cannabis* se coaduna expressamente com a exceção de preservação dos direitos humanos e fundamentais mencionada na Convenção, com alto grau de implementação, vez que se trata do direito à saúde. De outra feita, o uso recreativo da *cannabis* encontra maior resistência nos Tribunais, vez que vinculado ao direito ao lazer e à autodeterminação.

Historicamente, na seara infralegal, as autarquias federais abarcam o entendimento no sentido que as substâncias extraídas da *cannabis sativa* (como o canabidiol – CBD – e o tetra-hidrocanabidiol – THC) podem ser utilizadas para terapias de pacientes com dores crônicas e com enfermidades como câncer, epilepsia e fibromialgia. Inclusive, o Conselho Federal de Medicina aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias [1] da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais, conforme a previsão da Resolução CFM nº 2.113/2014. Nesse sentido:

Art. 1º Regular o uso compassivo do canabidiol como terapêutica médica, exclusiva para o tratamento de epilepsias na infância e adolescência



refratárias às terapias convencionais; Art. 2º Restringir a prescrição compassiva do canabidiol às especialidades de neurologia e suas áreas de atuação, neurocirurgia e psiquiatria; Parágrafo único. Os médicos prescritores do uso compassivo de canabidiol deverão ser previamente cadastrados no CRM/CFM especialmente para este fim (anexo I);

Na mesma Resolução, o Conselho Federal de Medicina veda a prescrição da *cannabis* in natura para fins medicinais (artigo 4º, caput, da Resolução CFM nº 2.113/2014) e também **veda a prescrição de outros derivados que não o canabidiol**. Importa destacar, contudo, que as decisões judiciais sobre o tema vêm alargando o rol de derivados da maconha passíveis de uso medicinal.

Importante a análise dos motivos que levaram à aprovação da Resolução pelo Conselho Federal de Medicina, contidas nos documentos anexos à resolução (*consultado na data de 12 de janeiro de 2021 no site <https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php>*). O Conselho entendeu que, apesar da incerteza científica do tema, os estudos que até então existiam seriam suficientes para garantir o uso experimental dos medicamentos. Isso porque não havia casos de efeitos colaterais graves registrados em relação aos pacientes que se voluntariavam nos estudos:

Um ensaio clínico aberto e prospectivo, do CBD em crianças e adultos jovens com crises convulsivas resistentes ao tratamento, vem sendo realizado, desde o final de 2013, no Centro Médico Langone da Universidade de Nova York e na Universidade da Califórnia em São Francisco. Foi divulgada uma análise parcial deste estudo, com 27 pacientes, que completaram pelo menos 12 semanas de tratamento. Desses pacientes, o diagnóstico mais frequente foi síndrome de Dravet (n=9). Os demais pacientes compreendem uma gama de epilepsias resistentes. Os pacientes eram predominantemente crianças com uma idade média de 10,5 anos. Todos os pacientes que participaram desse estudo foram observados por quatro semanas com a medicação que vinham fazendo uso, em média 2,7 medicações antiepiléticas (linha de base). Após esse período, passaram a receber o CBD (5 a 20 mg/kg/dia) durante pelo menos 12 semanas, em adição à medicação que recebiam na linha de base. A porcentagem de redução de crises na 12ª semana foi comparada com as quatro semanas da linha de base. A redução média da frequência de crises em relação a frequência das crises da linha de base foi de 44%. Uma redução de pelo menos 70% de crises foi obtida em 41% de sujeitos e 15% de todos os pacientes ficaram livres de crises. Para os nove pacientes com Síndrome de Dravet a redução média de crises foi de 52% (GW Pharmaceuticals, 2014). Os dados de efeitos adversos do CBD, nesse estudo aberto, foram obtidos de 62 crianças (27 com pelo menos 12 semanas de tratamento e as demais com um tempo menor do que 12 semanas). Nenhum paciente foi retirado do estudo por efeito adverso. Também, nenhum dos eventos graves pôde ser associado ao uso do CBD em análise realizada por investigadores independentes. Os efeitos adversos foram todos de intensidade leve ou moderada e os mais comuns (>10%) foram: sonolência (40%), fadiga (26%), diarreia (16%), diminuição do apetite (11%), aumento do apetite (10%) (GW Pharmaceuticals, 2014). (...) Por todo o exposto fez-se necessário à elaboração desta Resolução pelo Conselho Federal de Medicina visando normatizar o uso compassivo do CBD para casos refratários de epilepsia e esquizofrenia, justificando esta classificação pelo fato de que os poucos estudos existentes referem-se mais a estas duas doenças.

No ano de 2015, a ANVISA retirou a CBD da lista de substâncias proscritas, permitindo a prescrição da substância de maneira lícita pelos profissionais da saúde. A Resolução DC 03/2015 colocou o canabidiol na “lista C1”, aquela que trata das substâncias sujeitas a controle especial. Por meio da RDC nº 17/2015, a agência reguladora autorizou a importação de produtos



à base de canabidiol. Entretanto, não houve regulamentação da produção e de outras formas de uso da substância, o que manteve a necessidade de decisões judiciais sobre o tema em diversas situações a fim de se evitar a persecução penal futura sobre o ato supostamente lícito (D’ALESSANDRO e BARROS FILHO, 2020, p. 3).

Com a RDC nº 128/2016, novos produtos à base de canabidiol entraram na lista de importação autorizada. Estava cada vez mais claro o *status* da *cannabis* como substância permitida de uso controlado. No entanto, o controle efetivo e a atenção às necessidades de saúde tarda.

Depois, em 9 de dezembro de 2019, a ANVISA publicou a Resolução da Diretoria Colegiada nº 327. Trata-se de resolução que dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, dispensação, monitoramento e fiscalização de produtos derivados da *cannabis* para fins medicinais.

A Resolução 327 da Diretoria Colegiada da ANVISA tornou expressamente possível a fabricação e importação de produtos de *cannabis*:

Art. 4º Os produtos de Cannabis contendo como ativos exclusivamente derivados vegetais ou fitofármacos da Cannabis sativa, devem possuir predominantemente, canabidiol (CBD) e não mais que 0,2% de tetrahydrocannabinol (THC).

Parágrafo único. Os produtos de Cannabis poderão conter teor de THC acima de 0,2%, desde que sejam destinados a cuidados paliativos exclusivamente para pacientes sem outras alternativas terapêuticas e em situações clínicas irreversíveis ou terminais.

Art. 5º Os produtos de Cannabis podem ser prescritos quando estiverem esgotadas outras opções terapêuticas disponíveis no mercado brasileiro.

Art. 6º O registro de medicamentos à base de Cannabis spp. e seus derivados e fitofármacos deve seguir a legislação específica vigente.

Art. 7º A Anvisa concederá Autorização Sanitária para a fabricação e a importação de produtos de Cannabis.

No voto pela aprovação da Resolução, o diretor da Quarta Diretoria da ANVISA Fernando Mendes Garcia Neto assim fundamentou sua decisão:

“Entre esses extremos [o do senso comum e o do excesso do tecnicismo a limitar qualquer fonte empírica de conhecimento] posta-se a prática de uso dos produtos à base de cannabis com eficácia, ao menos, testemunhada. **São casos em que o uso desses produtos tem se apresentado como única opção terapêutica, normalmente ao trato de doenças graves, debilitantes ou limitantes, refratárias aos tratamentos convencionais. São circunstâncias de tormento vivencial em que a busca por solução de cura ou de mitigação de sintomas encoraja o acometido ou o seu responsável a ultrapassar – até ilicitamente – qualquer barreira que lhe impeça ou dificulte o acesso as terapias existentes, ou até mesmo aquelas apenas noticiadas.** São doentes desesperados postos espontaneamente em condições de cobaia, porque entendem não haver nada mais negativo que seu sofrimento. São situações de debilidade ou de dor que, muitas das vezes, seus acometidos deprimem-se a tal ponto de desinteressarem-se pela vida. (...) Enfim, são situações fáticas que, pelas circunstâncias de padecimento humano, seus enfermos ou responsáveis



exigem soluções terapêuticas urgentes, valendo-se normalmente de informações ainda não efetivamente pesquisadas ou clinicamente consolidadas, mas de eficácia, de alguma forma, testemunhada e, portanto, considerada suficiente para ser de imediato adotada. Não, colegas Diretores e Diretora, **o Estado gestor, regulador, acusador, ou em qualquer outra forma de apresentação, não pode exigir dessas pessoas comportamento diverso, ao contrário, deve ele agir para conformar a situação fática, amoldando suas regras para legitimar esse comportamento, facilitando sua prática, especialmente quanto aos custos e a qualidade farmacêutica da terapia a ser utilizada.** Assim, identificado a intersecção de extremos, esse deve ser nosso foco de percepção e, conseqüentemente, de atuação regulatória.” (GRIFO NOSSO, o documento outrora disponível no sítio da ANVISA agora está disponível em https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/12/F076DD8044AF7A_cannabis.pdf)

Em que pese a necessidade de autorização sanitária (com previsão do procedimento a partir do artigo 16 da Resolução 327 de 2019), a norma foi estabelecida tendo em vista notadamente a comercialização por empresas do setor farmacêutico, devendo ser mitigada tal necessidade para a **importação e produção individual**, vez que garantia do direito à saúde do cidadão de maneira particularizada e sem colocar em risco a incolumidade física e psíquica de terceiros.

Para além, a regulamentação da autarquia federal foi insuficiente, vez que **não tratou da possibilidade de cultivo** da *cannabis* sativa para fins medicinais (o que garantiria segurança jurídica às milhares de famílias que necessitam das substâncias derivadas da *cannabis* para a realização de tratamentos de saúde). Porém, a ausência de regulamentação não pode ser óbice para a efetivação do direito à saúde, como se verá adiante nas decisões dos Tribunais sobre o tema. Mesmo porque o início de regulação já é um indício da eficácia do medicamento para tratamentos de saúde, indício este já confirmado amplamente mundo afora, não havendo como se considerar uma conduta como típica em razão da inércia do ente regulador.

Diante da análise legal e infralegal, conclui-se pela licitude do uso medicinal e terapêutico de substâncias tidas como ilícitas pelo rol da ANVISA para fins medicinais. A legislação estabelece tal diferenciação que deve ser respeitada. Assim, ao prever a possibilidade do uso medicinal de drogas, a Lei de Drogas cria verdadeira excludente criminal e salvo conduto para o desenvolvimento das atividades de pesquisa e uso terapêutico de drogas. A ausência ou insuficiência da regulamentação do assunto não é suficiente para impedir a fruição do direito à saúde dos cidadãos acometidos por enfermidades que possam ser tratadas por intermédio de remédios obtidos por insumos da *cannabis* sativa.

3. A ANACRÔNICA POSIÇÃO DO PODER EXECUTIVO: O Decreto 9.761/2019

Como demonstrado, o marco legal garante o uso medicinal da *cannabis sativa*, entretanto, constata-se a inércia e omissão do Poder Executivo na regulamentação do tema. Para fins de complementação da discussão do tema, importa salientar a posição trazida pelo Poder Executivo no ano de 2019, através da promulgação do Decreto 9.761 de 2019.



De forma contraditória ao que vem sendo decidido pelos Tribunais de Justiça, pela previsão dos Projetos de Lei do Poder Legislativo e pela Lei de Drogas de 2006, o Governo Federal promulgou o Decreto 9.761 de 2019 com o objetivo de fixar a Política Nacional sobre Drogas. Inicialmente, não há qualquer menção ao uso medicinal da *cannabis sativa* (realidade prática no Brasil e no mundo), revelando o anacronismo do documento em relação ao estado da técnica e das discussões acerca do tema atualmente.

Precipitadamente, baseado em suposta “vontade popular” (populismo demagógico) e na centralização do enfrentamento da questão das drogas através da repressão penal, estabelece que o plantio, o cultivo, a importação e a exportação, não autorizados pela União, de plantas de drogas ilícitas, tais como a *cannabis*, não serão admitidos no território nacional (ponto 2.4), bem como a coibição do plantio e cultivo, não autorizado pela União, de plantas de drogas ilícitas, tais como as do gênero *cannabis* (ponto 6.2.10).

Trata-se de evidente retrocesso social, uma vez que baseada na política da abstinência, que vem se demonstrando fracassada desde os anos 70 do século XX (notadamente com o discurso de Richard Nixon em 17 de julho de 1971 convocando a população à guerra às drogas). Porém, não é novidade o tratamento dado à matéria, tendo em vista o proibicionismo vastamente utilizado como política de criminalização social de certas camadas da população brasileira. O pesquisador Jonas Araujo Lunardon retrata com precisão o início do movimento de criminalização da maconha:

A necessidade da repressão às drogas nasce com as contradições do processo de abolição da escravatura no Brasil, em 1888. Com a perda da ferramenta da escravidão há de se criar outras para que se possa controlar a cultura negra que agora luta para fazer parte do tecido social existente. Não se pode correr o risco de os negros impregnarem os brancos e seus costumes, diziam à época políticos, governantes, cidadãos. Segundo Henrique Carneiro (2002), Câmaras Municipais do Rio de Janeiro, em 1830, de Santos, em 1870, e de Campinas, em 1876, já emitiam documentos com vistas à proibição do uso recreativo de maconha. Estas, apesar de iniciarem um processo, não foram efetivadas. Nessa época, cigarros de maconha eram vendidos em lojas e tabacarias, também no centro, mas principalmente nas periferias das cidades. Seu uso crescia entre os brancos pobres, fazendo-se notar nas elites abastadas. (LUNARDON, 2015, p. 4).

A política de enfrentamento à questão das drogas continua, portanto, avançando pouco com o que é praticado desde o século XIX. Ademais, a política de abstenção e proibição do uso e plantio da maconha alijou não só o uso recreativo da substância, mas também o uso produtivo dela. Por exemplo, a maconha é grande produtora de fibras e óleos, que poderiam ser utilizados em vários segmentos da economia e, como demonstra o objeto do presente artigo, pode também ser utilizado na saúde pública como fonte de insumos para a produção de medicamentos para alívio e tratamento de diversas doenças. (LUNARCON, 2015, p. 11).

Nesse contexto, ao se analisar as potencialidades da substância, essa deixa de ser um prejuízo e potencial vetor de risco para a saúde pública e passa a ser, a partir do uso científico, medicinal, controlado e supervisionado, um verdadeiro vetor de promoção à saúde da população. O destaque negativo para o decreto assinado pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro também passa pelo abandono da política de redução de danos (prevista expressamente pela Lei de Drogas)



e pela desconsideração das decisões judiciais que vem garantindo o uso medicinal e terapêutico da *cannabis sativa*.

Inclusive, vale ressaltar a possibilidade, embora não aceita pelos Tribunais, da configuração do princípio da adequação social nos casos de plantio, importação e cultivo de *cannabis sativa* para fins medicinais. Isso porque nos casos de adequação social não há desvalor do resultado, mas mero desvalor do estado das coisas (PRADO, 2008, p. 144). Uma vez não afeto o bem jurídico, insere-se o sujeito no campo do risco permitido pela causa de justificação, qual seja, o direito à saúde e a necessidade da *cannabis* para o tratamento.

Doravante, o estabelecimento de restrições ao comportamento não lesivo ou auto-lesivo do cidadão viola diretamente o princípio da lesividade (princípio limitador que exclui a violação grosseira com os direitos humanos). A manutenção dos entraves quanto ao uso medicinal da *cannabis sativa* nada mais é do que a imposição moral do Estado frente ao particular. Nas palavras de Zaffaroni “*o estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade optar por outra coisa*” e, portanto, consagra o conceito personalista de direito, devendo aquele servir à pessoa e não outros interesses transcendentais (ZAFFARONI, 2003, p. 225).

Desse modo, é possível estabelecer que o Decreto 9.761 de 2019 ao estabelecer a Política Nacional Sobre Drogas fixa premissas anacrônicas e mantém o enfrentamento da questão das drogas no país apenas e tão somente pelo viés da repressão penal e da lógica da abstinência, desconsiderando a previsão legal de busca de redução de danos e a possibilidade do uso medicinal de substâncias tidas como ilícitas, como é o caso da *cannabis sativa*. O decreto, portanto, viola o direito à saúde do cidadão, bem como deixa de beneficiar a população com a regulamentação de um mercado de potencial bilionário. É dizer, o decreto é inconstitucional, pois inova com relação à lei que pretende regulamentar.

4. A POSIÇÃO DO PODER LEGISLATIVO: O Projeto de Lei 10.549 de 2018

De outra feita, o Projeto de Lei nº 10.549 de 2018 (autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira) disciplina e regulamenta o uso da *cannabis* e seus derivados. Nele é estabelecido que a competência para regulamentação, autorização e fiscalização da importação, exportação, plantio, cultura, colheita, produção, fabricação, trânsito, transporte, aquisição a qualquer título, armazenamento, emprego, comércio, distribuição, fornecimento, posse e uso de *cannabis* e de seus derivados seria encargo da União (art. 3º do Projeto de Lei).

Todavia, o Projeto de Lei encontra-se com a tramitação suspensa e sem qualquer prazo ou notícia de retomada da discussão, o que evidencia a inércia e omissão também do Poder Legislativo no tocante à regulamentação do plantio, cultivo e uso de drogas para fins medicinais, sobretudo a *cannabis sativa*.

Ademais, o Capítulo II do Projeto de Lei estabelece o direito de acesso e uso medicinal da *cannabis* para os pacientes portadores de condições médicas debilitantes (art. 5º do Projeto de Lei). O uso medicinal é conceituado como “*(...) a aquisição, cultivo, administração, entrega, posse, transferência, transporte ou uso de “cannabis” de efeito psicoativo para o tratamento ou*



alívio de paciente portador de condição médica debilitante ou de sintomas que lhe sejam associados”.

As condições médicas debilitantes são previstas no artigo 6º, que estabelece um rol exemplificativo de enfermidades no inciso I e uma cláusula genérica de atestado médico para uso medicinal no inciso II. Nesse sentido:

Art. 6º Para os efeitos desta Lei, considera-se condição médica debilitante: I – as seguintes enfermidades: câncer, glaucoma, estado positivo para o vírus da imunodeficiência adquirida (HIV), síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA), mal de Parkinson, hepatite C, esclerose lateral amiotrófica, doença de Cohn, agitação do mal de Alzheimer, cachexia, distrofia muscular, fibromialgia severa, aracnoidite e outras doenças e lesões da medula espinhal, cistos de Tarlov, hidromielia, siringomielia, artrite reumatóide, displasia fibrosa, traumatismo cranioencefálico e síndrome pós-concussão, esclerose múltipla, síndrome de Arnold-Chiari, ataxia espinocerebelar, síndrome de Tourette, mioclonia, distonia, distrofia simpático-reflexa, síndrome dolorosa complexa regional, neurofibromatose, polineuropatia desmielinizante inflamatória crônica, síndrome de Sjogren, lupus, cistite intersticial, miastenia grave, hidrocefalia, síndrome da unha patela, dor límbica residual, convulsões (incluindo as características da epilepsia), ou os sintomas associados a essas enfermidades e seu tratamento; ou II - qualquer outra enfermidade assim atestada por médico devidamente habilitado.

Parágrafo único. Qualquer pessoa poderá solicitar à ANVISA a inclusão de enfermidade em resolução que contemple as condições médicas debilitantes assim consideradas nos termos do inciso II; a solicitação poderá ser objeto de audiência pública e deverá ser respondida no prazo de 6 (seis) meses contados da data de sua apresentação.

Em tais casos, os médicos que prescreverem o uso medicinal de *cannabis* deverão diagnosticar o quadro clínico do paciente e identificar qual a condição médica debilitante, bem como deverão explicar os riscos potenciais e benefícios do uso medicinal da *cannabis* (para fins de consentimento informado do paciente), sendo possível o uso, inclusive, para menores de 18 (dezoito) anos, desde que informados os responsáveis legais, conforme preconiza o artigo 7º do Projeto de Lei.

Destaca-se também que o Projeto de Lei 10.549 de 2018 prevê a possibilidade de plantio, cultura, colheita, industrialização e comercialização da *cannabis* sem efeito psicoativo (cânhamo), de especial destaque para o uso medicinal da substância. Nesse sentido, o artigo 10 do referido Projeto de Lei:

Art. 10. Fica autorizado o plantio, a cultura, a colheita, a industrialização e a comercialização de “cannabis” de efeito não psicoativo (cânhamo). § 1º O plantio e a cultura deverão ser autorizados previamente pelo Ministério da Agricultura e ficarão sob seu controle, fiscalização e regulamentação. § 2º As sementes de variedades de “cannabis” de efeito não psicoativo (cânhamo) a serem empregadas na cultura deverão ter até 1% (um por cento) de tetrahydrocannabinol (THC).

A produção e fornecimento da *cannabis* para fins medicinais está prevista a partir do artigo 11 do referido Projeto de Lei. A produção dependerá de autorização da ANVISA (art. 11, caput) para o produtor, que deverá ter constituído sociedade específica para tal propósito (art. 11, parágrafo único), empregando apenas maiores de 18 anos (art. 12) e em áreas cercadas e equipadas



com dispositivos de segurança que impeçam a entrada de terceiros não relacionados com as atividades da empresa (art. 13).

O fornecimento será realizado por fornecedor autorizado pela ANVISA (art. 14), seja associação criada para tais fins ou farmacêutico regularmente inscrito no Conselho de Farmácia (art. 14, §§1º e 2º). Doravante, o fornecimento dependerá de apresentação de receita especial (art. 15), se ocorrer in natura será limitada a 40 gramas mensais (art. 15, §2º) e demandará a entrega das informações sobre as características do produto fornecido (art. 15, §3º).

Por fim, dentro dos motivos e justificativa do projeto de lei, o Deputado Federal Paulo Teixeira afirma que o projeto de lei busca proteger os pacientes com condições médicas debilitantes, a partir da leitura da questão sob a ótica da saúde e da segurança pública. Dessa forma, preserva-se o direito individual de escolha do paciente quanto ao uso ou não da substância, uma vez que a decisão quanto ao tratamento para enfermidades ou alívio nos sintomas deve ser individual, pessoal e sustentada pelo consentimento informado (TEIXEIRA, 2018, p. 13).

Portanto, através da análise do Projeto de Lei 10.549 de 2018, é possível concluir que o Poder Legislativo apresenta saída juridicamente possível e que garante a segurança jurídica para os casos de plantio, importação e uso de cannabis sativa para fins medicinais. O projeto de lei se coaduna com a política de redução de danos e a distinção entre o uso recreativo da substância cannabis (que deve ser objeto de regulamentação específica) e o uso para fins terapêuticos e medicinais da substância (garantindo o direito à saúde dos pacientes que possam se beneficiar com o tratamento baseado em canabinóides).

5. AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SOBRE O USO MEDICINAL DE DROGAS

No atual estágio jurisprudencial acerca da importação, plantio e uso de maconha medicinal, é possível estabelecer que o país passa por um processo de **legalização silenciosa** da substância nesses casos. Realmente, o direito à saúde está consagrado na Constituição Federal (art. 6º), tratando-se de dar uma verdadeira interpretação conforme a Lei Maior à Lei de Drogas e às normas regulamentares.

Como forma de constatação da já mencionada legalização silenciosa que vem ocorrendo no ordenamento jurídico brasileiro, cabe a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em relação ao tema. Para tanto foi proposto o seguinte corte metodológico: Como fonte das decisões judiciais foram utilizados os buscadores de jurisprudência disponibilizados nos sites oficiais de ambos os Tribunais.

5.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A pesquisa de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo obedeceu ao seguinte critério: Foi utilizada a ferramenta de consulta de jurisprudência disponível no site do TJSP [<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>], o conjunto de palavras chaves foi “plantio maconha uso medicinal”, com limitação temporal (entre o dia 01 de janeiro de 2020 e dia 31 de dezembro de 2020). Como resultado, foram obtidos 16 (dezesesseis) julgados. O Processo nº 1001110-88.2019.8.26.0248 (Relator Renato Genzani Filho, Câmara Especial) não teve



pertinência com o objeto da pesquisa, uma vez que trata de embargos declaratórios e vício formal da decisão de segundo grau.

No Processo nº 0032297-12.2020.8.26.0050 (Relator Osni Pereira, 16ª Câmara de Direito Criminal) foi mantido o salvo conduto para o cultivo de cannabis sativa para fins estritamente medicinais que havia sido conferido em primeira instância. No caso, o paciente é acometido de autismo severo e teve autorização para com fixação da quantidade máxima de plantas a serem cultivadas [22 (vinte e duas) no estágio florativo e 22 (vinte e duas) no estado vegetativo]. Foi destacado que o uso do óleo extraído da cannabis sativa gerou melhora significativa da ansiedade, agressividade e comportamento da criança. Para além, foi destacado que o produto tem autorização para importação pela ANVISA. Foi necessária a apresentação de laudo médico indicando a necessidade do uso da substância.

No Processo nº 2225590-63.2020.8.26.0000 (Relator Ely Amioka, 8ª Câmara de Direito Criminal) foi mantido salvo conduto para paciente portador de 'doença de Crohn' e 'fibromialgia', apresentando intenso sofrimento físico e psicológico em virtude de seu quadro de saúde. Nesse caso, houve garantia para plantio artesanal para fins medicinais. O Tribunal salientou que havia *“necessidade comprovada, por indicação médica, para uso de medicamentos/óleos à base de Cannabis Sativa. Paciente que possui autorização de importação do produto pela ANVISA”*.

No Processo nº 1016472-58.2020.8.26.0196 (Relator Ricardo Sale Júnior, 15ª Câmara de Direito Criminal) foi mantido salvo conduto para possibilitar que os recorrentes possam cultivar cannabis sativa, em sua residência, com o objetivo de obter o óleo terapêutico utilizado para o tratamento da sua filha, tratamento este indicado por médico devidamente registrado no CRM. Os argumentos utilizados foram a inexigibilidade de conduta diversa, o direito à saúde, a falta de regulamentação do art. 2º da Lei de Drogas, proteção do interesse de incapaz, comprovação de melhora do quadro clínico. Dessa forma, o recurso foi provido *“a fim de conceder salvo-conduto aos recorrentes, para que possam cultivar, em seu domicílio, a planta cannabis sativa, com finalidade única e exclusiva de produzir o óleo terapêutico utilizado para o tratamento da sua filha, nos termos de sua prescrição médica, mediante o cumprimento das condições especificadas nesta instância”*.

No Processo nº 1001274-19.2020.8.26.0248 (Relator Renato Genzani Filho, Câmara Especial) foi mantida decisão de primeiro grau que obrigou o Estado a fornecer medicamento à base de canabidiol. Trata-se de adolescente com Transtorno de Espectro Autista de Nível 3, com comprometimento intelectual e da linguagem (CID10 F84.0) que necessita do uso dos medicamentos melatonina 5mg/ml e Charlotte's Web Óleo CDB 5000 Everyday Advance 100ml (Canabidiol). Foi considerado que, embora não haja dispensa pelo SUS e regulamentação expressa da ANVISA sobre o medicamento, o mero fato da autorização da ANVISA para importação equivale à autorização para fins de obrigatoriedade de fornecimento pelo Estado. Nesse sentido:

(...) Medicamentos não incorporados nos atos normativos do SUS – Aplicação de tese vinculante firmada pelo C. STJ quando do julgamento dos recursos especiais repetitivos nº 1.657.156/RJ e nº 1.102.457/RJ (Tema 106) – Requisitos cumpridos – Imprescindibilidade dos medicamentos pleiteados, bem como a insuficiência do tratamento disponível na rede pública de saúde, reveladas através de relatórios médicos circunstanciados – Incapacidade de



arcar com os custos dos medicamentos evidenciada – Melatonina registrada na ANVISA – Autorização de importação do medicamento Canabidiol que se equipara ao registro para efeito de responsabilização do Estado ao seu fornecimento – Precedentes – Obrigação de fornecimento pelos entes públicos – Intervenção jurisdicional necessária para assegurar o direito fundamental da autora à saúde – Garantia de direito fundamental – Inexistência de ofensa ao princípio da separação de poderes – Súmula 65 deste Tribunal – Inoponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial

No Processo nº 2143800-57.2020.8.26.0000 (Relator Renato Genzani Filho, Câmara Especial) foi mantida decisão interlocutória em primeira instância que garantiu o fornecimento estatal de medicamento não incorporado nos protocolos clínicos do SUS (ECS Care 6000mg CBD Canabidiol 100ml). Isso porque havia imprescindibilidade do medicamento pleiteado comprovada, incapacidade financeira da família do infante de arcar com o custo do medicamento evidenciada e **autorização de importação do medicamento expedida pela ANVISA que supre o requisito de registro no citado órgão.**

No Processo nº 3002497-38.2020.8.26.0000 (Relator Renato Genzani Filho, Câmara Especial) foi mantida decisão interlocutória em primeira instância que garantiu o fornecimento estatal de medicamento não incorporado nos protocolos clínicos do SUS (Charlotte's Web Original Formula, óleo rico em canabidiol, 100ml). Isso porque havia imprescindibilidade do medicamento pleiteado comprovada, incapacidade financeira da família do infante de arcar com o custo do medicamento evidenciada e **autorização de importação do medicamento expedida pela ANVISA que supre o requisito de registro no citado órgão.**

No Processo nº 1006287-46.2019.8.26.0664 (Relator Renato Genzani Filho, Câmara Especial) foi reformada parcialmente decisão de primeiro grau para o fim de reconhecer que não havia necessidade de inclusão da União no polo passivo de demanda de fornecimento de medicamento feito a partir da cannabis sativa, antes do julgamento do RE 855.178 do STF. No julgado, entendeu-se que havia imprescindibilidade do medicamento pleiteado comprovada, incapacidade financeira da família do infante de arcar com o alto custo do medicamento evidenciada, autorização de importação do medicamento pela ANVISA, o que se equipara ao registro para efeito de responsabilização do Estado ao seu fornecimento. A intervenção judicial se fez necessária para a garantia de direito fundamental da infante. Para tanto, é necessária a apresentação de prescrição médica atualizada e de autorização individual de importação no local da retirada do medicamento.

No Processo nº 1500705-08.2019.8.26.0567 (Relator(a) Ely Amioka, 8ª Câmara de Direito Criminal) foi indeferido o pedido de reforma de decisão condenatória em primeira instância sob a acusação de tráfico de drogas. A tese defensiva era no sentido do uso de maconha para fins medicinais – para tratamento de ansiedade e gastrite – (havia construído a estufa em casa para não precisar comprar de maneira ilícita), mas que não havia pedido o salvo conduto ainda. Contudo, diante da quantidade de drogas apreendidas (203,97 gramas de maconha desidratada, 83,09 gramas de maconha in natura e sementes de maconha), o juízo entendeu que estavam presentes elementos que indicavam a traficância.

No Processo nº 1001274-19.2020.8.26.0248 (Relator Renato Genzani Filho, Câmara Especial) foi mantida decisão de primeiro grau que obrigou o Estado a fornecer medicamento à base de canabidiol. Trata-se de criança portadora de Transtorno Misto do Desenvolvimento (CID



10 F83) que necessita do medicamento Hemp Oil RSHO-X Gold 5000mg CBD, à base de canabidiol. Foi considerado que, embora não haja dispensa pelo SUS e regulamentação expressa da ANVISA sobre o medicamento, o mero fato da autorização da ANVISA para importação equivale à autorização para fins de obrigatoriedade de fornecimento pelo Estado.

No Processo nº 1000732-94.2018.8.26.0563 (Relator Luiz Fernando Vaggione, 2ª Câmara de Direito Criminal) foi mantido o salvo conduto para o cultivo de cannabis sativa para fins estritamente medicinais que havia sido conferido em primeira instância. No caso, o paciente é acometido da síndrome de fibromialgia e teve autorização para plantio, pois aduziu que só consegue o pleno controle das dores quando utiliza o Delta 9 Tetrahidrocanabinol (THC), extraído da Cannabis sativa, na forma de cigarros (vaporização in natura), de modo que o cultivo artesanal é a sua única opção. Para além, foi destacado que o produto tem autorização para importação pela ANVISA. Foi necessária a apresentação de laudo médico indicando a necessidade do uso da substância.

No Processo nº 2053254-53.2020.8.26.0000 (Relator Laerte Marrone, 14ª Câmara de Direito Criminal) foi mantido salvo conduto para permissão de cultivo domiciliar de cannabis sativa para tratamento medicinal. No caso, os filhos do paciente são portadores de Transtorno do Espectro Autista e necessitam, para o tratamento, de óleo de canabidiol. Houve juntada de laudo médico e demonstração dos resultados promissores do tratamento. Para além, as *“circunstâncias concretas do caso que indicam que o comportamento não configura ilícito penal, por falta de culpabilidade”*.

No Processo nº 3001168-88.2020.8.26.0000 (Relator Renato Genzani Filho, Câmara Especial) foi reformada parcialmente decisão de primeiro grau para o fim de reconhecer que não havia necessidade de inclusão da União no polo passivo de demanda de fornecimento de medicamento feito a partir da cannabis sativa, **antes do julgamento do RE 855.178 do STF (Tema 793)**. No julgado, entendeu-se que havia imprescindibilidade do medicamento pleiteado comprovada (*fórmula melatonina 5mg/ml, no montante de 1 frasco por mês e Charlotte's Web Óleo Rico em CDB 5000 Everyday Advance 100ml, de forma ininterrupta, no montante de 33 frascos ao ano*), incapacidade financeira da família do infante de arcar com o alto custo do medicamento evidenciada, autorização de importação do medicamento pela ANVISA, o que se equipara ao registro para efeito de responsabilização do Estado ao seu fornecimento. A intervenção judicial se fez necessária para a garantia de direito fundamental da infante. Para tanto, é necessária a apresentação de prescrição médica atualizada e de autorização individual de importação no local da retirada do medicamento.

No Processo nº 2057354-51.2020.8.26.0000 (Relator(a) Tristão Ribeiro, 5ª Câmara de Direito Criminal) foi ventilada a hipótese do acusado ser usuário e realizar o plantio de maconha para fins medicinais, porém não foram trazidos outros elementos comprobatórios da alegação. Desta feita, foi afastada a alegação do acusado e mantida a prisão preventiva.

No Processo nº 1011813-53.2019.8.26.0224 (Relator Renato Genzani Filho, Câmara Especial) foi mantida decisão de primeiro grau que obrigou o Estado a fornecer medicamento à base de canabidiol (CANABIDIOL HEMP OIL RSHO-BLEU- 17%). Foi considerado que, embora não haja dispensa pelo SUS e regulamentação expressa da ANVISA sobre o



medicamento, o mero fato da autorização da ANVISA para importação equivale à autorização para fins de obrigatoriedade de fornecimento pelo Estado.

No Processo nº 1000493-43.2019.8.26.0050 (Relator Osni Pereira, 16ª Câmara de Direito Criminal) foi mantido o salvo conduto para o cultivo de cannabis sativa para fins estritamente medicinais que havia sido conferido em primeira instância. No caso, o paciente é acometido de autismo severo e teve autorização para com fixação da quantidade máxima de plantas a serem cultivadas [22 (vinte e duas) no estágio florativo e 22 (vinte e duas) no estado vegetativo]. Foi destacado que o uso do óleo extraído da cannabis sativa gerou melhora significativa da ansiedade, agressividade e comportamento da criança. Para além, foi destacado que o produto tem autorização para importação pela ANVISA. Foi necessária a apresentação de laudo médico indicando a necessidade do uso da substância.

Nesse contexto, pode-se concluir a partir das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que: (i) é lícito o plantio e cultivo da cannabis sativa, notadamente para o uso medicinal do óleo extraído de sua semente; (ii) que há obrigação do Estado em fornecer medicamentos com base em canabidiol, uma vez que reconhecidos indiretamente pela ANVISA (autorização de importação do medicamento supre a necessidade de registro no órgão); (iii) que, diante da inexistência de salvo conduto e a apreensão de quantidade significativa de maconha em várias formas, o caso apresentará elementos para tipificação do tráfico de drogas; (iv) não há culpabilidade na conduta de plantio, cultura e colheita de vegetais dos quais possam ser produzidas drogas, desde que para fins medicinais ou científicos; (v) a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 855.178, o STF firmou a tese vinculante (Tema 793) no sentido de que a responsabilidade dos entes federativos pelos cuidados de saúde é solidária, mas que incumbe ao juiz direcionar a obrigação de determinada prestação (fornecimento de medicamentos, materiais, produtos ou tratamentos) ao ente federativo que, segundo critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, detém a atribuição para referida prestação e seria da União a responsabilidade de fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA; (vi) a mera alegação de plantio para uso medicinal não tem o condão de afastar a ilicitude do fato, mantendo-se a persecução penal na ausência de elementos concretos que demonstrem a situação de saúde do acusado.

5.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pesquisa de julgados do Superior Tribunal de Justiça obedeceu ao seguinte critério: Foi utilizada a ferramenta de consulta de jurisprudência disponível no site do Superior Tribunal de Justiça [<https://scon.stj.jus.br/SCON/>], o conjunto de palavras chaves foi “plantio maconha uso medicinal”, sem limitação temporal. Como resultado, foram obtidos 5 (cinco) julgados (4 decisões monocráticas e 1 acórdão). Importa salientar que o HC 560246 apareceu duas vezes no resultado da pesquisa.

O HC 629018/BA (Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 26/11/2020) trata de reforma de decisão do TRF da 1ª Região sob a alegação de que a paciente sofria de Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade e almejava importar anualmente cerca de 70



sementes de cannabis e produzir óleo caseiro. O Ministro Relator indeferiu a liminar para o salvo conduto. Contudo, afirmo que “(...) em relação à possibilidade de importação das sementes, a matéria encontra suficientemente desenvolvida em termos jurisprudenciais para que se conclua pela atipicidade da conduta, desde que limitada a pequena quantidade e com finalidade do uso particular”.

Inclusive, o precedente expõe a quantidade necessária de sementes para o cultivo suficiente para a produção do óleo para fins medicinais. Nesse sentido:

Porém, para que inicie o cultivo, o primeiro estágio é a germinação da semente, onde a Polícia federal do Rio Grande do Sul realizou em 2014/2015 um estudo, cultivando 73 sementes, porém dessas 73 sementes, apenas 40 germinaram, e dessas 40 sementes germinadas, o que corresponde a cerca de 54%, 19 pés de maconha permaneceram vivas por 4,5 semanas, 16 ficaram seis semanas e apenas 5 plantas completaram todo o período do cultivo, **portanto apenas 6,8% das sementes plantadas chegaram no final do ciclo**. Para a paciente garantir que não falte remédio, ela precisa ter no mínimo cerca de 6 a 12 plantas florindo por mês, levando em consideração esse estudo feito pela polícia federal a paciente Sra Luiza precisa de no mínimo cerca de 100 a 200 sementes para garantir o seu tratamento sem possíveis interrupção, considerando que apenas cerca de 6,8% das sementes germinadas chegam ao estágio final de floração que é o local onde encontramos os canabinoides que são resultados do metabolismo secundário da cânabis que acontece nos tricomas os quais encontramos em maior concentração apenas nas inflorescências das plantas femininas, sendo que plantas macho devem ser descartadas, assim como caule, raiz, galhos e folhas maiores. (grifo nosso).

O indeferimento do salvo conduto decorreu da **inexistência de autorização do Poder Público para o plantio da substância para fins medicinais**, conforme previsão expressa da Lei de Drogas. Assim, não seria possível suprimir tal autorização pela via eleita do Habeas Corpus.

O HC 560246 (Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Publicação 23/10/2020) trata de pedido de reforma de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob a alegação de que o paciente fazia uso terapêutico de maconha e, por isso, realizava pequeno plantio da substância. No caso, o paciente “*salienta que, do material apreendido, apenas um pequeno percentual pode ser utilizado para consumo humano, (...) Esclarece, assim, que a quantidade de entorpecente apurada, 440 ml de óleo medicinal, é incompatível com a traficância*”. Entretanto, não houve julgamento pelo Ministro Relator, tendo em vista o entendimento do Habeas Corpus não ser a via correta para o questionamento do acórdão de segunda instância.

O HC 493499 (Ministro NEFI CORDEIRO, Publicação 23/04/2019) trata de pedido de reforma de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob a alegação de que o paciente realiza o plantio de cannabis sativa para fins medicinais. Entretanto, o Ministro Relator não reconheceu a licitude do ato, tendo em vista a ausência de autorização do Poder Público para o plantio para fins medicinais (como prevê a Lei de Drogas).

No caso concreto, vale destaque para o depoimento da testemunha Keller Oliveira Lima do Couto Rosa, médico que testemunhou sobre o uso medicinal da cannabis sativa. Nesse sentido:

A testemunha de defesa KELLER OLIVEIRA LIMA DO COUTO ROSA, médico e amigo do réu, disse frequentou a casa do réu, mas nunca viu nenhuma plantação de maconha. Disse que o réu estava engajado em um projeto para



tratamento de pessoas, com a *cannabis*, mas fora do Brasil. Afirmou que o réu queria fundar uma ONG ou Instituto em que ele pudesse levar as pessoas para uso terapêutico da maconha. Disse que o réu perguntou a ele sobre os fins terapêuticos da maconha, bem como se as pessoas poderiam ser escolhidas no Brasil, mas para serem tratadas fora do país. Disse que, como médico, tem conhecimento, sobretudo na área pediátrica, dos avanços dos canabidióides para tratamento de algumas síndromes. Afirmou que o réu tinha interesse em montar um Instituto, esteve em palestras e cursos, inclusive no Hospital do Câncer de São Paulo. Disse que o réu só acredita em medicina natural. Disse que o projeto do réu era para tratamento dos pacientes nos EUA, em razão do alto custo e burocracia no tratamento no Brasil. Afirmou que já há medicamentos como o Marinol e Marilone, não autorizados pela ANVISA, que são utilizados para tratamento das náuseas causadas pelo câncer, no exterior. Disse que esses medicamentos utilizam o THC da *cannabis* para o tratamento das náuseas e anorexia causadas pelo câncer e aids.

O acórdão do CC 171206/SP (Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Terceira Seção, Julgamento 10/06/2020) trata de conflito de competência suscitado para definir qual a Justiça competente para o julgamento de salvo conduto para o cultivo de *cannabis* sativa para fins medicinais. Em suma, a decisão estabelece que, se não houver pedido de importação expresso, a competência será da Justiça Estadual. Assim, não se pode presumir que será necessária a importação, uma vez que a semente da *cannabis* pode ser obtida no país, desde que derivada de plantio autorizado pelo poder Público.

Dessa forma, pode-se concluir que o STJ vem entendendo o seguinte sobre a possibilidade de importação ou plantio de maconha para fins medicinais: (i) é necessária autorização do Poder Público ou supressão através de decisão judicial para que a conduta seja lícita; (ii) a competência para concessão do salvo conduto é da Justiça Estadual, salvo casos de pedido expresso de importação.

5.3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A pesquisa de julgados do Supremo Tribunal Federal obedeceu ao seguinte critério: Foi utilizada a ferramenta de consulta de jurisprudência disponível no site do Supremo Tribunal Federal [<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>], o conjunto de palavras chaves foi “maconha medicinal”, sem limitação temporal. Como resultado, foram obtidos 18 (dezoito) julgados (sendo todas decisões monocráticas) sendo que houve 1 (uma) menção em Informativos do STF.

O HC 161450/SP (Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 25/09/2018, Publicação: 28/09/2018) trata de pedido de liberdade provisória sob a alegação de que a paciente era usuária da maconha para finalidade medicinal e, por isso, teria 5 mudas da planta em sua residência. Houve juntada de diagnóstico terapêutico. Contudo, não reconheceu o uso medicinal da erva, visto que foram encontradas também 160 gramas de maconha (que não seria quantidade idônea para uso pessoal), petrechos que levavam à presunção de traficância (balanças de precisão) e a paciente era reincidente.

O ARE 1236357 (Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 27/09/2019, Publicação: 08/10/2019) trata de reforma de decisão condenatória de segundo grau sob a alegação de que o paciente era usuário de maconha para fins medicinais e, por isso, teria 174 pés de



maconha em sua residência. O Egrégio não examinou o mérito do caso, uma vez que reconheceu a inexistência dos requisitos de admissibilidade para o recurso, por ser caso de violação reflexa da Constituição (já que o que se discutia, *in casu*, era a inadmissibilidade do Recurso Especial interposto).

O HC 173725/SP (Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 22/08/2019, Publicação: 29/08/2019) trata de reforma de decisão do STJ sob a alegação de que o paciente era usuário de maconha para fins medicinais. O Ministro Relator indeferiu o pedido, tendo em vista que a análise do reconhecimento da condição de usuário demandaria reexame do conjunto probatório.

O RE 1176701/AC (Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 19/08/2019, Publicação: 22/08/2019) trata de reforma de decisão de segundo grau sob a alegação de que o paciente era usuário de maconha para fins medicinais (derivado das tradições de sua tribo indígena). O Ministro Relator indeferiu o pedido, tendo em vista que a análise do reconhecimento da condição de usuário demandaria reexame do conjunto probatório.

O HC 153715/PR (Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 23/03/2018, Publicação: 27/03/2018) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de tráfico de drogas (200 quilos de maconha) e de adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

O HC 175573 (Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 13/09/2019, Publicação: 20/09/2019) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

O HC 149199 (Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 18/09/2018, Publicação: 24/09/2018) trata de reforma de decisão do STJ sob a alegação de que o paciente era usuário de maconha para fins medicinais (e, por isso, havia importado 37 sementes de maconha). O Ministro Relator concedeu a ordem do HC, tendo em vista a atipicidade material da conduta. Isso porque a mera importação de semente de maconha não equivale à importação de drogas, posto ausente a possibilidade de dependência e a lesão ao bem jurídico saúde pública. Nesse sentido:

Como é cediço, as sementes de Cannabis Sativa Linneu não podem ser consideradas como droga. Isso porque, o elemento utilizado no preparo da droga, tetrahidrocanabidiol (THC), só existe em potencial, tendo em vista que apenas após o florescimento da Cannabis sativa Linneu é que será possível preparar a droga. Portanto, diante da ausência do THC, a semente de maconha não é capaz de gerar qualquer dependência, seja ela física ou química. Nessa perspectiva, a importação ou guarda da semente de maconha equivale a ato meramente preparatório, não sendo punível pelo Direito Penal.

O Ministro Relator salienta que há **orientação jurisprudencial da Segunda Turma do STF** no sentido da rejeição da denúncia ou trancamento da ação penal por ausência de justa causa, nos casos de importação de pequena quantidade de sementes de *cannabis sativa* (HC 144.161/SP e HC 142.987/SP). Não é caso de substância que cause dependência, nem de insumo para a criação



de tal substância. Nesse sentido, o Ministro Lewandowski destacou a necessidade de respeitar o justo processo em tais casos. *In verbis*:

E eu, eminentes Pares, estou neste momento, do ponto de vista acadêmico, dedicando-me, de forma um pouco mais verticalizada, ao estudo do justo processo, especialmente no plano penal ou criminal. Penso que, cada vez mais, temos que caminhar para além do devido processo legal, meramente formal e até meramente substantivo, para chegarmos ao justo processo. E o justo processo é aquele, a meu ver, mais adequado ao Estado democrático de Direito em que vivemos, em que existem pelo menos dois parâmetros de caráter absolutamente obrigatório para todos os atores que se envolvem no processo penal, que é o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Neste caso, não tem nenhum cabimento que cidadãos portadores de algumas sementes desta planta sejam enquadrados num crime cujas penas são tão drásticas.

Entendem-se bem jurídicos como os interesses e valores indispensáveis à coexistência humana, na ótica nacional e internacional. Nesse contexto, importante destacar a corrente reducionista (Escola de Frankfurt) do bem jurídico, que estabelece resistência à expansão do Direito Penal na sociedade de risco, limitando sua atuação frente aos bens pessoais e patrimoniais do cidadão. (VALENTE, 2018, p. 175/178) No caso concreto, não houve violação a qualquer valor indispensável à coexistência humana.

O HC 111097/MS (Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 04/04/2013, Publicação: 08/04/2013) trata de reforma de decisão do STJ sob a alegação de que o paciente acusado de tráfico de drogas, após a apreensão de 478 gramas de maconha. Houve menção apenas à função medicinal da substância para fins de demonstração da ausência de lesividade da conduta, porém não houve alegação de uso ou plantio para fins medicinais.

A Rcl 42973 (Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Julgamento: 03/09/2020, Publicação: 08/09/2020) trata de assunto diverso ao tema analisado. Versa sobre Reclamação por censura prévia de canal de publicação de conteúdo pela Google Brasil LTDA que estaria violando o direito de liberdade de expressão, decidido pelo STF no caso da “marcha da maconha”.

O HC 150678 (Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 22/10/2018, Publicação: 25/10/2018) trata de reforma de decisão do STJ sob a alegação de que o paciente era usuário de maconha para fins medicinais (e, por isso, havia importado 26 sementes de maconha). O Ministro Relator concedeu a ordem do HC, tendo em vista a atipicidade material da conduta. Isso porque a mera importação de semente de maconha não equivale à importação de drogas, posto ausente a possibilidade de dependência e a lesão ao bem jurídico saúde pública. Ademais, as sementes importadas não possuem o princípio ativo THC que as qualificariam como droga.

O HC 175918 (Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 21/09/2019, Publicação: 25/09/2019) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de tráfico de drogas (20 micropontos de LSD, 48 comprimidos de Ecstasy, 14 gramas de maconha, 14,8 gramas de haxixe e anabolizantes) e de adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.



O HC 153038 (Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 09/04/2018, Publicação: 12/04/2018) trata de reforma de decisão do Superior Tribunal Militar sob a alegação de que o paciente era usuário de maconha para fins medicinais (foram apreendidas 0,68 gramas de maconha). Entretanto, o Ministro Relator não concedeu a ordem, uma vez que “*a alegação de utilização de substância entorpecente para fins medicinais, além de não comprovada nos autos, é matéria controversa que carece de regulamentação pela ANVISA, não sendo possível considerar o erro escusável*”.

O HC 189163 (Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 05/08/2020, Publicação: 08/09/2020) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de tráfico de drogas, sem qualquer alegação do uso medicinal de maconha.

O HC 161934/ES (Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 11/09/2018, Publicação 13/09/2018) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de tráfico de drogas e de adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

O HC 168769/SP (Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 21/03/2019, Publicação 25/03/2019) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

O HC 106544/MG (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 16/12/2010, Publicação 03/02/2011) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de tráfico de drogas (700 gramas de maconha), sem menção a uso medicinal.

O HC 103459/MG (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 05/03/2013, Publicação 05/04/2013) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de tráfico de drogas (22,6 gramas de maconha e 1,8 gramas de crack), sem menção a uso medicinal.

O RHC 111308/DF (Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 07/11/2013, Publicação 12/11/2003) trata de assunto diverso do tema analisado. Versa sobre caso de reforma de decisão do STJ que manteve condenação do paciente por suposta conduta de tráfico de drogas, sem menção a uso medicinal.

Em que pese não tenham aparecido na pesquisa inicial, é importante colacionar os julgados paradigmas para a orientação de atipicidade na importação de sementes de *cannabis sativa*. Trata-se do HC 144161/SP (Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 11/09/2018, Publicação: 14/12/2018, Órgão julgador: Segunda Turma) e do HC 142987/SP (Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 11/09/2018, Publicação: 30/11/2018, Órgão julgador: Segunda Turma). Consta na ementa do julgado (os remédios constitucionais foram julgados em conjunto):



Habeas corpus. 2. Importação de sementes de maconha. 3. Sementes não possuem a substância psicoativa (THC). 4. 26 (vinte e seis) sementes: reduzida quantidade de substâncias apreendidas. 5. Ausência de justa causa para autorizar a persecução penal. 6. Denúncia rejeitada. 7. Ordem concedida para determinar a manutenção da decisão do Juízo de primeiro grau.

A partir da análise dos julgados do STF é possível inferir que: (i) há orientação jurisprudencial (sobretudo na Segunda Turma do STF) quanto à atipicidade material da importação de semente de *cannabis sativa*; (ii) não há acolhimento da tese de uso pessoal para fins medicinais nos casos em que o agente seja reincidente ou haja apreensão de maior quantidade de substância, plantas ou apetrechos que façam presumir o tráfico de drogas.

6. DA CONCLUSÃO

Diante das informações colacionadas e dos dados levantados pela pesquisa realizada, é possível chegar às seguintes conclusões:

(a) A Lei de Drogas promulgada em 2006 estabelece um duplo tratamento quanto à regulamentação da produção, do uso, posse, porte e distribuição de substâncias ilícitas previstas no rol da ANVISA, qual seja, (i) atuação preventiva e focada na saúde pública e (ii) atuação repressiva e focada na criminalização de condutas relacionadas.

(b) Diante da análise legal e infralegal, conclui-se pela licitude do uso medicinal e terapêutico de substâncias tidas como ilícitas pelo rol da ANVISA. A legislação estabelece tal diferenciação que deve ser respeitada. Assim, decorre do direito à saúde um excludente criminal e salvo conduto para o desenvolvimento das atividades de pesquisa e uso terapêutico de drogas. A ausência ou insuficiência da regulamentação do assunto não é suficiente para impedir a fruição deste direito por cidadãos acometidos por enfermidades que possam ser tratadas por intermédio de remédios obtidos por insumos da *cannabis sativa*, não podendo a conduta ser alcançada pelo poder punitivo por ausência de tipicidade.

(c) É possível estabelecer que o Decreto 9.761 de 2019 ao estabelecer a Política Nacional Sobre Drogas fixa premissas anacrônicas e mantém o enfrentamento da questão das drogas no país apenas e tão somente pelo viés da repressão penal e da lógica da abstinência, desconsiderando a previsão legal de busca de redução de danos e a possibilidade do uso medicinal de substâncias tidas como ilícitas, como é o caso da *cannabis sativa*. O decreto, portanto, viola o direito à saúde do cidadão, bem como deixa de beneficiar a população com a regulamentação de um mercado de potencial bilionário. É dizer, o decreto é inconstitucional, pois inova com relação à lei que pretende regulamentar.

(d) Através da análise do Projeto de Lei 10.549 de 2018, é possível concluir que o Poder Legislativo pode apresentar saída juridicamente possível e que garante a segurança jurídica para os casos de plantio, importação e uso de *cannabis sativa* para fins medicinais. O projeto de lei se coaduna com a política de redução de danos e a distinção entre o uso recreativo da substância *cannabis* (que deve ser objeto de regulamentação específica) e o uso para fins terapêuticos e medicinais da substância (garantindo o direito à saúde dos pacientes que possam se beneficiar com o tratamento baseado em canabinóides).



(e) A partir das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é possível destacar que: (i) é lícito o plantio e cultivo da *cannabis sativa* para o uso medicinal do óleo extraído de sua semente; (ii) que há obrigação do Estado em fornecer medicamentos com base em canabidiol, uma vez que reconhecidos indiretamente pela ANVISA (autorização de importação do medicamento supre a necessidade de registro no órgão); (iii) que, diante da inexistência de salvo conduto e a apreensão de quantidade significativa de maconha em várias formas, o caso apresentará elementos para tipificação do tráfico de drogas; (iv) não há culpabilidade na conduta de plantio, cultura e colheita de vegetais dos quais possam ser produzidas drogas, desde que para fins medicinais ou científicos; (v) a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 855.178, o STF firmou a tese vinculante (Tema 793) no sentido de que a responsabilidade dos entes federativos pelos cuidados de saúde é solidária, mas que incumbe ao juiz direcionar a obrigação de determinada prestação (fornecimento de medicamentos, materiais, produtos ou tratamentos) ao ente federativo que, segundo critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, detém a atribuição para referida prestação e seria da União a responsabilidade de fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA; (vi) a mera alegação de plantio para uso medicinal não tem o condão de afastar a ilicitude do fato, mantendo-se a persecução penal na ausência de elementos concretos que demonstrem a situação de saúde do acusado.

(f) Em relação ao STJ, podem ser extraídas as seguintes premissas de seus julgados sobre a possibilidade de importação ou plantio de maconha para fins medicinais: (i) é necessária autorização do Poder Público ou supressão através de decisão judicial para que a conduta seja lícita; (ii) a competência para concessão do salvo conduto é da Justiça Estadual, salvo casos de pedido expresso de importação.

(g) A partir da análise dos julgados do STF é possível inferir que: (i) há orientação jurisprudencial (sobretudo na Segunda Turma do STF) quanto à atipicidade material da importação de semente de *cannabis sativa*; (ii) não há acolhimento da tese de uso pessoal para fins medicinais nos casos em que o agente seja reincidente ou haja apreensão de maior quantidade de substância, plantas ou apetrechos que façam presumir o tráfico de drogas.

Portanto, conclui-se que tem havido realmente uma legalização silenciosa da *cannabis sativa* por meio da atuação do Poder Judiciário, ante a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo. Isto gera a possibilidade de decisões contraditórias e falta de uniformidade nos parâmetros de controle, prejudicando o avanço de uma regulação consistente da matéria. Há ainda um problema típico da efetivação judiciária do direito à saúde: a exclusão por falta de acesso à Justiça. Consideramos, assim, ser urgente que as balizas já estabelecidas pelo Poder Judiciário sejam discutidas e aperfeiçoadas para permitir uma regulamentação geral e abstrata que beneficie as pesquisas, a produção e o uso da *cannabis sativa* com fins medicinais e terapêuticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANVISA, RDC 3, de 26.01.2015, publicada no Diário Oficial da União no dia 28/01/2015.

ANVISA, RDC 17 de 06 de maio de 2015, publicada no Diário Oficial da União no dia 8/5/2015.



ANVISA, RDC 66, de 18.03.2016, publicada no Diário Oficial da União no dia 21/03/2016.

ANVISA, RDC 327, de 09.12.2019, publicada no Diário Oficial da União no dia 11/12/2019.

BRASIL. Projeto de Lei 10.549/2018. *Disciplina o controle, a fiscalização e a regulamentação do uso da "cannabis" e de seus derivados e dá outras providências*. Propositura na Câmara dos Deputados. Autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira. In: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1678322. Último acesso em 12 de janeiro de 2021.

D'ALESSANDRO, Eduardo G.; BARROS FILHO, Mario. *Regulamentação da Cannabis e a prática médica*. Artigo de Opinião. Publicação do Portal Migalhas. Publicação original em 18 de março de 2020. In: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321981/regulamentacao-da-cannabis-e-a-pratica-medica>. Último acesso em 12 de janeiro de 2021.

FERREIRA, Isabela Amorim Diniz. *Judiciário assume papel 'regulamentador' para o plantio de cannabis no país*. Artigo de Opinião. Publicação no Portal Jota. Publicação original em 16 de março de 2020. In: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judiciario-assume-papel-regulamentador-para-o-plantio-de-cannabis-no-pais-16032020. Último acesso em 12 de janeiro de 2021.

LUNARCON, Jonas Araujo. *Maconha, capoeira e samba: a construção do proibicionismo como uma política de criminalização social*. In: *Anais do 1º Seminário Internacional de Ciência Política da UFRGS – Estado e Democracia em mudança no século XXI*. Disponível no endereço eletrônico <https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/LUNARDON-J.-Maconha-Capoeira-e-Samba-a-constru%C3%A7%C3%A3o-do-proibicionismo-como-uma-pol%C3%ADtica-de-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-social.pdf>. Último acesso em 12 de janeiro de 2021. Rio Grande do Sul, 2015.

MACHADO, Leandro; SOUZA, Felipe. *A 'legalização silenciosa' da maconha medicinal no Brasil*. Reportagem Investigativa. Publicação da BBC News Brasil em São Paulo. Publicação original no dia 03 de agosto de 2020. In: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53589585>. Último acesso em 07 de janeiro de 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Direito Penal: fundamentos preliminares e parte geral*. Bahia, Editora Juspodivm, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume - teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2003.



Uma análise acerca da conduta de tráfico de drogas e consequências jurídicas a partir do julgamento do *habeas corpus* nº 596.603/SP pelo Superior Tribunal de Justiça

An analysis of drug dealing and legal consequences based on the judgment of habeas corpus nº 596.603 / SP by the Superior Court of Justice

Douglas Schauerhuber Nunes

Defensor Público do Estado de São Paulo, membro do Núcleo Especializado de Situação Carcerária, impetrante do *habeas corpus* nº 596.603/SP
dsnunes@defensoria.sp.def.br

Leonardo Biagioni de Lima

Defensor Público do Estado de São Paulo, coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária, membro da Comissão de Execução penal do CONDEGE
lblima@defensoria.sp.def.br

Resumo

Apesar da previsão do tráfico privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06), que foi incorporada visando o desencarceramento de pessoas que mantinham relação superficial com a estrutura do comércio de drogas no Brasil, o judiciário paulista mantém-se arraigado a uma cultura, como regra, de aplicação de regime inicial fechado a essas pessoas, fundamentando principalmente na gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas, distorcendo-se, com isso, os fundamentos do dispositivo, fazendo com que invariavelmente essas situações sejam levadas aos tribunais superiores para correção da ilegalidade. Nesse viés, após atuação da Defensoria Pública do estado de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *habeas corpus* 596.603/SP, definiu parâmetros de fixação do regime inicial aberto e proibição de aplicação do regime inicial fechado quando houver o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado na espécie, estendendo os efeitos da decisão para todas as situações análogas, bem como definindo-se a aplicação também para o futuro, além de outros desdobramentos que podem ser inferidos do julgado.

Palavras-chave: Tráfico privilegiado. Habeas corpus. Regime inicial aberto.

Abstract

Despite the legal prediction of privileged drug dealing in the Brazilian Law (article 33, paragraph 4, of Law n. 11.343 / 06), which includes the release of people who had a superficial or weak attachment to the structure of the drug trade in Brazil, the Justice of the Federal State of São Paulo maintains entrenched in a culture, as a rule, of applying an initial closed detention sentence serving regime to these people, fundamentally based on the abstract gravity of the crime of drug trafficking, thereby distorting the fundamentals of legal predictions, invariably causing these cases to be taken to higher courts to correct illegality. In this bias, after a lawsuit by the Public Defender of the State of São Paulo, the Superior Court of Justice, in the judgment of Habeas Corpus 596.603 / SP, defined parameters for adjusting the initial open sentence serving regime and prohibiting the application of the initial closed regime when there is recognition of the privileged trafficking, extending the effects of the decision to all analogous hypotheses, as well as defining the application also for the future, in addition to other developments that can be inferred from the judgment.

Keywords: Privileged traffic; Habeas corpus; Open initial regime.



1.A conduta equiparada ao tráfico de drogas no sistema penal brasileiro e a figura do tráfico privilegiado

Sem a pretensão de esgotar todos os contornos histórico-políticos que levaram à criminalização das drogas não só no Brasil, mas em toda a América Latina e ocidente, é importante traçar alguns panoramas sobre a introdução da ilicitude da conduta em nosso sistema penal, a fim de se poder navegar sobre alguns conceitos e aplicações práticas que foram reproduzidos ao longo dos anos.

Assim, a universalização da repressão às drogas, na segunda metade do século XX, é posta num projeto de transnacionalização do controle social (Carvalho, 2014, p. 65). Segundo Olmo:

O problema da droga se apresentava como ‘uma luta entre o bem e o mal’, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de ‘demônio’; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos ‘vampiros’ que estavam atacando tantos ‘filhos de boa família. (Olmo, 1990, p. 34).

Dessa forma, a droga se insere na cultura maniqueísta social de modo a trazê-la como uma tentação trazida por “demônios” para corromper pessoas (ricas), que podem ceder às tentações.

Nas décadas de 60 e 70, então, o Brasil vai aperfeiçoando seu arcabouço normativo, a fim de se adequar às imposições internacionais no enfrentamento às drogas, remando, cada vez mais, para o caráter punitivista e repressor da conduta, construindo-se guerras internas.

Esse aspecto centrado na repressão, que foi se delineando discriminatório, devido aos tratamentos diferenciados que eram dados quando a conduta do uso estava associada à pessoa marginalizada (agressivos) e aos meninos de bem (apáticos), também trouxe outras nuances nos próprios campos distintivos.

Isso é, equivaliam-se práticas de usuários, “pequenos comerciantes” e mesmo organizações mais complexas para venda de substâncias entorpecentes.

A prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas, sobretudo porque a população-alvo da incidência das agências de controle penal acaba sendo, invariavelmente, a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo. (Carvalho, 2014, p. 81)

Com o advento da Lei nº 11.343/06, há uma construção retórica sobre a prevenção de danos em relação ao consumo de entorpecentes, que, no entanto, em certo prisma, continua sendo criminalizado e, também, mantém-se a ênfase repressiva em relação à conduta do comerciante de drogas, aumentando-se o rigor da punição.

Dessa forma, não trazendo contornos tão bem definidos na separação das duas categorias, a distinção se dá pelo próprio dolo da conduta (consumo próprio ou consumo de terceiro).

Outra “novidade” foi a introdução da figura do tráfico privilegiado, parametrizando a figura do pequeno comerciante como aquela pessoa primária, que não tem comprovada prática de atividades criminosas ou componha organização criminosa, além de possuir bons antecedentes, a quem teria uma pena minorada, por tais razões:



Art. 33 (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Nas palavras de Marcelo Semer,

O redutor do art. 33, parágrafo 4º, é ao mesmo tempo o diferencial e o calcanhar de aquiles da nova lei (...). O dispositivo veio para distinguir situações tipicamente similares, mas com graus de reprovabilidade bem distintas; a lei combinou um acréscimo de pena em relação à anterior (Lei 6.368/76, que fixava a pena de 3 a 15 anos de reclusão) e ao mesmo tempo a válvula de escape do privilégio para situações que, efetivamente, eram as que entupiam o sistema prisional. (SEMER, 2019, p. 252).

Neste contexto dogmático, surgem algumas reflexões, inicialmente sobre a postura adotada pelo Poder Judiciário nesses quase 15 anos da alteração legislativa na política de drogas, o encarceramento em massa, sobretudo em delitos relacionados às drogas e, então, quais reflexos a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do habeas corpus nº 596.603/SP pode ter no Sistema Penal atual.

2.O tráfico de drogas e o sistema prisional

Na produção de um sistema de “guerra às drogas”, que melhor pode-se traduzir numa operação de “escolha de inimigos internos” pelo aparato repressivo do estado, estimulado pelo populismo penal, as consequências dessa guerra interna passaram a ser observadas no sistema prisional.

Informações do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN - de 2017 indicavam que a população carcerária brasileira era de 726.712 presos, sendo que, à época, a população prisional paulista alcançava 240.061 presos, 1/3 da população prisional nacional.

Importante notar que, em 11 anos, de 2006 (ano de promulgação da nova lei de drogas) a 2017, a população carcerária cresceu mais de 32 mil pessoas por ano, saindo de 401.200 e chegando no patamar de 726.712 pessoas presas.

Em relação ao perfil, a maior parte da população carcerária brasileira é jovem (55%), ou seja, possuem entre 18 e 29 anos. Há uma sobrerrepresentação da população negra, uma vez que forma 64% da população prisional nacional, enquanto, na população brasileira em geral a proporção é de 53%. No que tange à natureza do delito, pouco mais de ¼ dos homens estão presos por condutas relacionadas ao tráfico de drogas, enquanto 2 de cada 3 mulheres estão presas por tal motivo.

Neste contexto, conforme dados apresentados pela Secretaria da Administração Penitenciária do estado de São Paulo, no início de 2020, das 227.608 pessoas presas, 89.377 estavam presas por tráfico de drogas, denotando-se que 40% da população prisional, portanto, encontra-se presa pela prática de tal delito.

Inicialmente, então, chama a atenção o fato de que quase metade das ações da política de segurança pública do estado é voltada contra um crime que não possui vítima, bem como não é praticado com grave ameaça ou violência.



Contudo, ingressando nesses números nota-se a presença de outro componente, que não as forças repressoras do estado, mas a atuação do poder judiciário.

Isso porque, no estudo realizado por Marcelo Semer, analisando 285 sentenças do estado de São Paulo, entre as 800 sentenças pesquisadas em todo seu trabalho, verificou-se que em apenas 47% foi aplicado a causa de redução (tráfico privilegiado) e, em apenas 25% no grau máximo (fração de $\frac{2}{3}$).

Verificou-se tal dado, apesar de o índice de reincidência verificado ter sido abaixo de 20%, ou seja, pelo menos 30% do restante das sentenças que negou a aplicação do redutor, o negou por outro motivo que não a reincidência.

Assim, verifica-se como o poder judiciário paulista segue resistente na aplicação da figura do tráfico privilegiado previsto na lei de drogas, amparando-se ainda na gravidade em abstrato do delito, bem como em outras circunstâncias não previstas em lei, como a quantidade de drogas, a variedade de drogas e deduções que não constaram no processo para inferir que a pessoa condenada participava de organização criminosa ou até mesmo dedicava-se a atividades criminosas, sem haver relatos nos autos da vida pretérita da pessoa condenada, ou, ainda, situações em que não há fundamentação, como se fosse mera discricionariedade a aplicação.

Essa circunstância já havia sido levantada por Thiago Bottino do Amaral em estudo sobre os Habeas Corpus nos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, continua Marcelo Semer:

O que se vê em uma parte considerável das decisões são formas oblíquas de não aplicar o redutor ou de fazê-lo de forma que a pena seja reduzida em proporções menores, inviabilizando sua substituição por sanções restritivas, cujo limite máximo é de 4 anos (SEMER, 2019, p. 253).

Assim, verifica-se que, apesar da previsão legal, que objetivou dar tratamento diferenciado à pessoa que estivesse realizando a venda de drogas de forma esporádica, sem vínculo fixo com qualquer organização, a fim de impedir que essa pessoa fosse para o sistema prisional e acabasse retroalimentando todo o comércio de drogas, continua-se, na prática, como antes da alteração advinda em 2006.

Não bastasse toda a dificuldade, então, na aplicação do redutor, a situação torna-se mais dramática quando se verifica que ainda se encontram pessoas presas em estabelecimentos prisionais apesar de terem sido condenadas por tráfico privilegiado.

Note-se, nesse sentido, que, no início de 2020, conforme dados da SAP, havia 4.998 pessoas presas, cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, apesar de ter sido aplicado o privilégio previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, compondo, então, um total de 7,25% das pessoas condenadas por tráfico de drogas no estado de São Paulo.

Dessa forma, percebe-se não só a resistência na aplicação do redutor de pena, mas também a resistência na imposição de regime inicial aberto ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mesmo quando se reconhece o tráfico privilegiado.



Importa notar que, desse montante, 4.029 pessoas tiveram a pena fixada em patamar igual ou inferior a 4 anos, requisito precípua para aplicação de regime inicial aberto na legislação em vigor, já que presentes os requisitos dispostos no artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal.

Por fim, outras 1.438 estavam presas, cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, em que pese o redutor tenha sido aplicado no máximo e a pena restado no mínimo legal, ou seja, 1 ano e 8 meses de reclusão, denotando-se uma completa ilegalidade no regime inicial imposto.

Com esses dados, o Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do estado de São Paulo, então, iniciou mutirão carcerária para tentar a readequação à condição de legalidade dessas pessoas, iniciando pelas pessoas presas que foram condenadas à pena de 1 ano e 8 meses e, apesar disso, estavam em regime fechado e semiaberto, conforme explicar-se-á a metodologia e os resultados produzidos abaixo.

3. Mutirão realizado pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária

Após a escolha do universo de 1.438 pessoas que, à época das informações prestadas pela Secretaria da Administração Penitenciária, estavam presas cumprindo pena em regime fechado ou semiaberto, apesar da pena no patamar mínimo de 1 ano e 8 meses de reclusão, passou-se a analisar quais dessas pessoas ainda se encontravam na situação da ilegalidade de regime inicial de cumprimento de pena imposto, ou seja, excluindo-se aquelas que já haviam atingido o direito à progressão ao regime aberto ou livramento condicional, haviam sido soltas em face de reforma de decisão ou atingiram termo de cumprimento de pena, foram presas por outro fato etc.

Após esse filtro realizado, restaram 169 pessoas na situação de ilegalidade demonstrada. Esse número proporcionalmente muito abaixo daquele que se tinha inicialmente se deve principalmente ao tempo de pena de 1 ano e 8 meses, que traduz-se em um lapso para progressão de cerca de 3 meses ($\frac{1}{6}$, crime comum), denotando-se já por esse motivo o quão desproporcional é a aplicação de uma pena em regime inicial fechado e semiaberto nessas situações, além de verificar a ausência de aplicação da detração nas sentenças, uma vez que a imensa maioria resta presa preventivamente por tempo superior ao lapso para progressão e é negado o direito de recurso em liberdade.

Para essas 169 pessoas, então, passou-se à realização de medidas judiciais para aplicação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

O resultado da atuação foi se mostrando expressivo desde o início, sobretudo nos Tribunais Superiores. Com isso, o Núcleo Especializado de Situação Carcerária passou a coordenar a atuação nos Tribunais Superiores juntamente com o Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores com a finalidade de tentar uma resposta objetiva e parametrizada dos ministros, tendo em vista a repetição dos argumentos que eram utilizados para negar o direito de forma manifestamente ilegal.

Assim, passou-se a requerer nos habeas corpus impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça a extensão de efeitos para as situações análogas.



Para tanto, levou-se ao conhecimento dos ministros os resultados que estavam sendo obtidos a partir da atuação da Defensoria Pública do estado de São Paulo.

Naquele momento, verificava-se cerca de 70% de êxito - isto é, aplicação do regime inicial aberto e/ou substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Então, verificando-se o reiterado descumprimento da legislação federal, bem como súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, a 6ª Turma do STJ, no julgamento do habeas corpus nº 596.603/SP, deferiu o pleito de extensão de efeitos, parametrizando situações impeditivas de aplicação do regime inicial fechado às pessoas condenadas pela conduta de tráfico, quando aplicado o redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

4.O habeas corpus nº 596.603/SP

O habeas corpus 596.603/SP refere-se, em sua impetração originária, à situação corriqueira no dia-a-dia da atuação da Defensoria Pública, seja pela matéria veiculada, seja pelas características pessoais do paciente da impetração individual, pois trata-se de processo que envolveu pessoa que cumpria pena de 1 ano e 8 meses em regime inicial fechado pelo crime de tráfico de drogas. A quantidade de droga apreendida foi pequena, 2,9 gramas de crack, divididas em 23 pedras, e 2,7 gramas de cocaína, divididas em 4 saquinhos. O paciente é negro.

As características do crime e da pessoa que cumpria a pena, como se nota, portanto, correspondem às características que são predominantes na população prisional brasileira e, por isso, na atuação da Defensoria Pública.

Todavia, como se nota no bojo do voto do relator, o que chamou a atenção e demandou a concessão da ordem de maneira coletiva, após pedido de extensão feito pela Defensoria Pública do estado de São Paulo, a todos as outras pessoas presas em estabelecimentos prisionais espalhadas por todo o estado na mesma situação foi o fato de que essa ilegalidade atingia, ao menos, outras 1.018 pessoas presas cumprindo pena em regime fechado em situação jurídica idêntica, qual seja, inobstante fossem primárias, tivessem bons antecedentes, envolvimento ocasional com o crime e inexistência de vínculo com organizações criminosas, ao arrepio do entendimento consolidado em súmulas de ambas as cortes superiores, o regime inicial fora fixado em desacordo com a legislação aplicável.

O voto condutor proferido pelo Ministro Rogério Schietti argumenta que há uma política estatal desumana, desigual, seletiva e preconceituosa quanto ao crime de tráfico de drogas.

Essa política partiria da premissa equivocada de que não há outra solução para o autor do crime de tráfico que não o encarceramento.

Esclarece que, referida postura está em franco descompasso com o entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal sobre o crime de tráfico de drogas, destacando-se a menção ao HC 97.256, que declarou inconstitucional a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas e o HC 118.533, que afastou a equiparação a crime hediondo do crime de tráfico privilegiado e, ainda, em desacordo com o que preveem as Súmulas 718 e 719 do STF e a Súmula 440 do STJ.



Acrescenta, também, que, mais de metade dos habeas corpus que foram impetrados em 2019 no STJ, foram oriundos do Estado de São Paulo, sendo que, em grande parte, veiculam questionamentos a decisões que são contrárias ao entendimento sumulado e à jurisprudência das Cortes Superiores, redundando em desnecessário desgaste, lesão ao erário, insegurança jurídica e ausência de isonomia na aplicação da lei aos jurisdicionados.

Nesse ponto, note-se que, no estado de São Paulo, aplica-se o regime inicial fechado em 89,66% das sentenças condenatórias de tráfico de drogas (SEMER, Marcelo, 2019, 260).

A decisão emanada do HC 596.603/SP, ainda, é paradigmática, dentre outros motivos, porque estabelece as premissas para o uso do habeas corpus coletivo ou a coletivização do instrumento no bojo do julgamento, como ocorreu na hipótese, reconhecendo a importância deste instrumento para a salvaguarda da liberdade e de outros direitos fundamentais que são violados cotidianamente dado o atual estado do encarceramento em massa porque passa a sociedade brasileira.

Ademais, representa mais um passo no sentido de se dar uma resposta mais racional ao crime de tráfico de drogas, sobretudo na modalidade privilegiada, definição esta que, após um longo hiato na legislação brasileira, como destacamos inicialmente, vem sendo construída passo a passo pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e encontra sua última expressão neste habeas corpus.

5.A decisão proferida no HC 596.603/SP e a Tutela coletiva no direito penal

Iniciando-se os apontamentos sobre a decisão histórica proferida pelo Superior tribunal de Justiça, é importante reconhecer num primeiro momento a relevância do acolhimento do pedido de extensão realizado pela Defensoria Pública, tornando o julgamento, por isso, coletivo.

A possibilidade de utilização do habeas corpus como instrumento de tutela da liberdade frente a possíveis coações ilegais é um direito fundamental da maior relevância, conforme positivado no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal. A complexificação e a massificação das relações sociais têm representado um grande desafio à concretude de tal dispositivo caso fique restrito à tutela individual. A situação das pessoas presas é uma clara ilustração disso, com a explosão das estatísticas de encarceramento nos últimos anos que deu origem ao fenômeno comumente conhecido como encarceramento em massa.

É extremamente difícil a tutela individualizada de violações que acontecem de maneira massificada e com vítimas que se encontram dificultadas de vocalizar suas demandas por conta da situação de aprisionamento.

Ademais, como descrevemos, a similitude fática e jurídica impõe a necessidade de correção das ilegalidades perpetradas a partir de um instrumento coletivo, a fim de trazer efetividade, segurança jurídica e celeridade.

Sendo assim, urge a necessidade de abertura do Poder Judiciário para a admissão da tutela coletiva em sede de um instrumento tão essencial à proteção da liberdade, direito fundamental da máxima importância previsto de maneira ampla no caput do artigo 5º do texto constitucional e presente em formas mais concretas em diversos outros pontos da Lei Maior. Caso contrário,



faríamos da Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVIII, uma letra morta, impedindo a viabilização de instrumentos que permitissem sua realização frente aos desafios de nosso tempo.

Este tem sido o entendimento deste Supremo Tribunal Federal em demandas da mais elevada importância nos últimos anos. Cabe destacar a decisão paradigmática proferida em sede do HC 143.641/SP, cujas pacientes circunscreveram-se a “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”. Cumpre citar o importante trecho abaixo:

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados. Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (...), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los. (STF. HC 143.641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 24/10/2018)

Na mesma esteira, ao julgar o HC 118.536/SP, o Ministro DIAS TOFFOLI decidiu com base nos seguintes fundamentos a admissão da impetração, determinando a análise da questão de fundo carreada em habeas corpus coletivo manejado perante o Superior Tribunal de Justiça:

Recorde-se que no julgamento do HC nº 143.641/SP, a Segunda Turma, em 20/2/18, admitiu, historicamente, o primeiro habeas corpus coletivo para determinar a conversão da prisão preventiva em domiciliar de mulheres presas preventivamente, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Naquela assentada, tive a oportunidade de consignar que o habeas corpus, que tutela direito fundamental tão caro para sociedade brasileira - a liberdade -, necessita ser repensado, justamente porque nossa Constituição prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, inciso XXXV), sobretudo dos mais vulneráveis, cujo tratamento coletivo desempenhará a relevantíssima função de promoção efetiva de acesso à justiça. A meu ver, o cabimento do habeas corpus coletivo para se discutir direitos individuais homogêneos inquestionavelmente desborda em tratamento mais isonômico na entrega da prestação jurisdicional. Admissível, portanto, o cabimento desse remédio constitucional na sua forma coletiva, para se discutir direitos individuais homogêneos, sobretudo por se tratar de grupo de pessoas determinadas ou determináveis, o que viabilizará a apreciação do constrangimento ilegal. (STF. HC 118.536/SP. Min. Rel. Dias Toffoli. Julgado em 15/06/2018).

Ademais, é importante mencionar que a coletivização do habeas corpus tem fundamento legal expresso, seja com a possibilidade de juízes e tribunais concederem ordem de habeas corpus de ofício (artigo 654, §2º, CPP), seja pela garantia extensão de efeitos do writ para demais pacientes na mesma situação (artigo 580, CPP). Tanto é assim que a decisão proferida no já citado habeas corpus n. 143.641/SP não foi a primeira do Brasil a reconhecer esse tipo de coletivização, como demonstra, por exemplo, o julgamento do HC 142.513/ES pelo Superior Tribunal de Justiça.



Nestes termos, as premissas utilizadas para a tutela coletiva em habeas corpus no HC 596.603/SP foram extraídas exatamente do julgamento do HC 143.641/SP mencionado, além do HC 207.270/SP (Portaria do Juiz da Infância que restringia a movimentação dos jovens à noite na cidade de Cajuru/SP), julgado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, amparando-se, também no HC 142.513/ES (julgamento da situação irregular das pessoas que estavam presas em contêineres) e, mais recentemente, no HC 575.495/MG (cabimento de prisão domiciliar para presos do regime aberto ou semiaberto que tiveram suspenso o trabalho externo) julgado também pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Destacaram-se, no caso, algumas premissas para a aplicabilidade do habeas coletivo: a. recorrente caráter coletivo da ofensa aos direitos nos dias atuais; b. viabilidade da solução com o fim de garantir acesso dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico; c. ampla utilização da ADPF e do mandado de injunção coletivo pelo STF, antes mesmo de expressa previsão legal; d. o fortalecimento da abordagem coletiva, em atendimento a maior isonomia às partes em litígio e em prestígio à celeridade processual, mitigando as dificuldades estruturais do acesso das coletividades mais vulneráveis ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, também, entendendo haver pessoas que, a despeito de terem sido condenadas por tráfico privilegiado, cumprem pena inferior a 4 anos de reclusão no regime fechado, com respaldo na fundamentação de que se trataria de crime assemelhado a hediondo, identificou a situação destas pessoas com aquelas que foram beneficiadas com o HC 143.641/SP.

Assim, fica claro que o HC 596.603/SP é mais um importante precedente no sentido do reconhecimento da tutela coletiva também no âmbito penal por meio da utilização do habeas corpus.

Inobstante o habeas corpus seja, em sua origem, um instrumento de proteção da liberdade individual, a existência de violação massiva de direitos que, em muitos casos, como no do HC 596.603, são individuais homogêneos, exige o reconhecimento do habeas corpus coletivo como instrumento válido a sanar essas ilegalidades.

Dessa maneira, os julgados mencionados, somado ao HC 568.693/MG (concessão de liberdade aos presos que estavam com a liberdade condicionada ao pagamento da fiança) demonstram uma guinada na jurisprudência dos tribunais, consolidando-se cada vez mais a possibilidade de utilização do habeas coletivo.

Assim sendo, na senda da jurisprudência que vem se formando no que se relaciona ao habeas coletivo, bem como nas normativas mencionadas, aguarda-se que o óbice formal ao conhecimento da via coletiva do writ seja superado, não restando mais dúvidas sobre as suas possibilidades.

No mesmo sentido defende Toron:

A discussão sobre o cabimento do habeas corpus coletivo lembra a velha e superada polêmica sobre a possibilidade da concessão de medida liminar no writ. Os opositores, sem razão, argumentavam com a falta de previsão legal. A jurisprudência superou o óbice e tem, com parcimônia, concedido liminares. A mesma solução deve encontrar o habeas coletivo. (Toron, 2020, p. 338)



Abrir a via da coletivização do writ é fundamental para a ampliação do acesso à justiça dos mais necessitados, pessoas que, sem uma ordem coletiva, como a do HC 596.603/SP, ficam presas injustamente, por não terem acesso adequado à justiça.

Entendimento neste sentido está de acordo com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que reduz as desigualdades sociais e promova o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º da CF/88).

A atuação por meio do habeas coletivo, de outro turno, permite que a Defensoria Pública cumpra, de maneira eficiente, com economia de recursos, a sua função constitucional de promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados (art. 134 da CF/88). Ademais, entender de maneira diversa é acentuar ainda mais as deficiências na estruturação das Defensorias Públicas. Dadas as características do público que é selecionado pelo sistema prisional, destaca-se que maior parte deles são usuários potenciais da Defensoria Pública, com raras exceções.

Ademais, a forma e os requisitos do habeas devem ser interpretados em favor do cidadão, não se podendo utilizar o formalismo como mecanismo de se impedir a plena garantia do writ à liberdade dos cidadãos:

Nunca é demais sublinhar que o processo penal e o habeas corpus em especial são instrumentos a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo submetido ao poder estatal. A forma aqui é garantia, mas garantia do indivíduo. Daí por que é censurável o formalismo às avessas apregoado por muitos juízes e tribunais para cercear o alcance do habeas corpus, quando deveria ser todo o oposto. (Lopes Júnior, 2020, p. 1195)

Não há mais como se negar que o sistema penal tem provocado lesões massivas de direitos humanos, motivo pelo qual é preciso se superar a doutrina formalista do habeas corpus para se admitir a sua utilização coletiva. Havendo violações massivas de direitos, é necessária a existência de um mecanismo adequado para enfrentar o problema. A solução em uma única ação de cariz coletivo também resguarda o princípio da isonomia, evitando-se o tratamento diferenciado dos cidadãos pelo grau de acesso à justiça que cada um teve. Segundo Eduardo Souza Dantas, tratam-se de demandas estruturais na seara penal que merecem uma solução conjunta.

Ademais, a inadmissão da ação coletiva poderá gerar uma multiplicidade de processos individuais, com o indevido congestionamento do Poder Judiciário e a conseqüente demora na resolução da questão que, reiterar-se, será tratada sob a perspectiva meramente individual, e não sob o ângulo de um problema ou uma demanda coletiva e estrutural. (Pedrina et al, 2019, p. 91)

O desafio é o cumprimento de ordens coletivas, como a emanada no bojo deste *habeas corpus* dada a precariedade do banco de dados do sistema penitenciário, a resistência de sua aplicação imediata pelos juízes e outros entraves que precisam ser enfrentados e superados com o aprimoramento dos mecanismos de cumprimento destes tipos de decisão. Neste sentido, dissertando sobre o HC concluíram Helena Campos Refosco e Tani Maria Wurster:

A despeito da concessão coletiva da ordem, constataram-se obstáculos no caminho e sua efetivação. Foram destacados, como tais, a falta de transparência dos dados relativos ao encarceramento e ao sistema prisional, a burocratização dos procedimentos, a ausência de regras claras e uniformes tanto com relação ao conceito de prisão domiciliar, que leve em conta os múltiplos deveres destas mães que são, também chefes de família, quanto com relação à designação de



juízes responsáveis pelas audiências de custódia, que representam a porta de entrada do sistema prisional. (Pedrina et al, 2019, p. 371)

Dessa forma, a coletivização do HC 596.603/SP, por si só, representou uma conquista ao direito à liberdade, segurança jurídica, isonomia, efetividade e celeridade, sobretudo às camadas mais pobres da população, superando-se o entrave formal, antes visto nos tribunais brasileiros.

6. Tráfico de drogas, encarceramento em massa e o papel do julgador

Passando-se para uma análise de mérito do referido julgado, o voto destaca, de início, o aumento exponencial do encarceramento pelo crime de tráfico de entorpecentes e a sua seletividade, dado que atinge majoritariamente o mesmo público: pessoas pobres, com baixa escolaridade, periféricas e negras, como trouxemos e expõe o aumento substancial do número de presos por tráfico de drogas no estado de São Paulo (salto de 508%).

Obtempera que a exposição de usuários e pequenos traficantes ao sistema prisional é fator de fortalecimento do crime organizado, o que seria irracional e, para além disto, ineficaz, dada a facilidade de se substituir a figura do “pequeno traficante”. Perpassa pelos danos causados pelo encarceramento a estas pessoas e à necessidade de se repensar a política de drogas que, claramente, não teve resultados positivos.

Quanto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com base em pesquisa feita pela Conectas, conclui que interpretações pessoais sobre a gravidade abstrata do delito têm sido a fundamentação utilizada para a fixação de regime fechado mesmo para penas brandas, de modo que a decisão seria necessária também para superar uma desigualdade no acesso à justiça, uma vez que as pessoas que conseguem acessar os Tribunais Superiores conseguem, em maior grau, a liberdade.

Destaca a importância do sistema de precedentes que é solenemente negado no âmbito de um setor da justiça brasileira, o que gera insegurança jurídica ao jurisdicionado e, mais do que isso, mantém encarcerado quem não devia ficar um dia sequer preso, dadas as garantias legais que possui por serem pessoas primárias e condenadas pelo crime de tráfico privilegiado.

Traz, ainda, que os postulados legais são desfeitos judicialmente em casos de tráfico privilegiado, julgados por setores da jurisdição criminal paulista. Trata-se o pequeno traficante com o mesmo rigor punitivo daquele integrante de organização criminosa, que comercializa grande quantidade de drogas ao arripio da Lei.

O voto, assim, esclarece que não é papel do julgador assumir o papel de combate à criminalidade, que não lhe compete.

Não bastasse, define, inclusive, limites entre a função do legislador e do julgador. Se a lei é benevolente no entendimento do julgador, precisa ser alterada pelo Congresso Nacional, não cabendo ao julgador o uso da retórica e de argumentos metajurídicos de matiz ideológico ou moral em suas decisões para contornar o que limita a lei penal e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Dessa forma, a decisão traz racionalidade, contrapondo os postulados normativos existentes e aos quais estão obrigados o poder judiciário a respeitar com as decisões proferidas pelo poder judiciário paulista, nas quais tem prevalecido a ausência de técnica na análise



legislativa e, então, aplicação da lei, por dar azo a um suposto papel de segurança pública aos magistrados, rompendo-se, com isso, o próprio papel do julgador.

7. Parâmetros definidos na decisão para aplicação de regime inicial aberto nas situações de tráfico privilegiado e outros desdobramentos

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, de início, renovou um impeditivo há muito tempo consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores, o de que a gravidade abstrata do crime de tráfico não pode resultar em regime mais gravoso.

No entanto, foi além e definiu um marco na definição do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, ao estabelecer o regime inicial aberto para todas as pessoas condenadas à pena de 1 ano e 8 meses além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como ocorrera no writ paradigma, em que o paciente era primário e tinha todas as circunstâncias judiciais favoráveis, proibindo-se expressamente a aplicação de regime inicial fechado nessas situações.

Quanto a condenados a pena igual ou inferior a 4 anos de reclusão pelo tráfico privilegiado, estatui que o regime deve ser o aberto e, excepcionalmente, o semiaberto, desde que haja motivação idônea, que não derive da natureza do crime ou da opinião pessoal do julgador.

Também, espanca qualquer dúvida sobre o direito de a pessoa condenada por tráfico privilegiado fazer jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Outro ponto relevante da decisão é que, conforme prevaleceu, ela terá consequências não só para processos em andamento e já julgados, mas também efeitos pro futuro, estabelecendo-se que não se deve fixar regime fechado para condenados pelo crime de tráfico privilegiado. Os parâmetros estabelecidos no voto também impactam na própria decisão que analisa a prisão em flagrante pelo crime de tráfico. De fato, constatando-se a possibilidade de reconhecimento, de antemão, do tráfico privilegiado, é incabível a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, dada a evidente violação ao princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, o voto está em conformidade com entendimento que já é sedimentado no seio do Supremo Tribunal Federal (como exemplo, vide HC 132.250/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, j. 13.09.2016). Veja-se:

Especialmente no tocante à ausência de proporcionalidade da prisão preventiva, como dito alhures, há de se levar em consideração que a primariedade do agente encontrado com pequena quantidade de droga, afasta a possibilidade de qualquer presunção que integre organização criminosa. Portanto, se primário e de bons antecedentes, muito provavelmente fará jus à causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nesta hipótese, como não é provável a futura condenação em pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado, é desnecessária e desproporcional a decretação da prisão preventiva (Pedrina et al, 2019, p. 235)

Ademais, o tráfico privilegiado permite o acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal), direito subjetivo do cidadão quando presentes seus requisitos. O cabimento do acordo de não persecução penal também é fundamento legal para impedir a prisão preventiva em caso de tráfico privilegiado eis que, seria desarrazoado prender uma pessoa que o Estado permite que sequer seja processada.



Ainda no que se relaciona ao tema da prisão, a decisão prevê não ser cabível a manutenção da prisão preventiva após a sentença condenatória que reconhecer o tráfico privilegiado porque é: a) incabível prisão preventiva por crime punido com pena igual ou inferior a 4 anos (art. 313, I do CPP); b) com a detração, caso fixado o regime semiaberto e a depender do tempo de custódia provisória, será cabível desde logo a liberdade.

Ponto relevante do voto foi a determinação de sua aplicação também pelos juízes de execução penal, determinando-se a localização dos presos nesta situação e a imediata alteração para o regime aberto.

Questão interessante diz respeito à aplicabilidade do habeas corpus para aquelas pessoas que cumpriam penas privativas de liberdade pelo crime de tráfico privilegiado e que, *prima facie*, seriam abrangidas pela ordem concedida, mas que, durante a execução da pena, cometeram falta disciplinar.

Neste ponto, tendo em vista que o habeas corpus 596.603/SP não constituiu uma nova situação jurídica às pessoas por ele beneficiadas, mas, ao revés, apenas declarou que a situação jurídica de todos aqueles presos é ilegal, defendemos que deve haver a imediata aplicação da ordem em favor destas pessoas. É que, a rigor, elas sequer deveriam ter sido encarceradas e, portanto, sequer teriam como cometer falta grave.

Outrossim, o reconhecimento do tráfico privilegiado como crime comum foi outra grande evolução recente no tratamento dos crimes relacionados às drogas. Porém, é preciso avançar muito mais na temática e, por exemplo, reconhecer que o tráfico privilegiado admite a aplicabilidade do próprio princípio da insignificância.

Nesse sentido, importante decisão obtida em Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, mostrou que essa tese é absolutamente viável e proporcional. Trata-se do HC 127.573/SP, Segunda Turma, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/11/2019. A decisão não foi unânime.

O voto condutor entendeu que a condenação por quantidade ínfima de drogas violava o princípio da proporcionalidade, motivo pelo qual seria aplicável o princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas. Veja-se:

A solução aqui proposta, para tais casos de flagrante desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e a reprimenda estatal oferecida, é a adoção do princípio da insignificância no âmbito dos crimes de tráfico de drogas. Fato é que a jurisprudência deve avançar no sentido de criar critérios dogmáticos objetivos para separar o traficante de grande porte do traficante de pequenas quantidades, que vende drogas apenas para retroalimentar o seu vício. Nos parece que a adoção do princípio da insignificância nos crimes de tráfico de drogas se revela um passo importante nessa direção.

Vai além:

O princípio da insignificância (das Geringfügigkeitsprinzip), ora em debate, nada mais é do que um critério dogmático a ser empregado no âmbito de análise da tipicidade material (ROXIN, Claus. AT, I, Rn. 38,40, 2006) Em uma leitura conjunta do princípio da ofensividade com o princípio da insignificância, estaremos diante de uma conduta atípica quando a conduta não representar, pela irrisória ofensa ao bem jurídico tutelado, um dano (nos crimes de dano), uma certeza de risco de dano (nos crimes de perigo concreto) ou, ao



menos, uma possibilidade de risco de dano (nos crimes de perigo abstrato), conquanto haja, de fato, uma subsunção formal do comportamento ao tipo penal. Em verdade, não haverá crime quando o comportamento não for suficiente para causar um dano, ou um perigo efetivo de dano, ao bem jurídico – quando um dano, ou um risco de dano, ao bem jurídico não for possível diante da mínima ofensividade da conduta. No caso em comento, não existem óbices para que se aplique o princípio da insignificância, já que a ofensividade da conduta da paciente é tão irrisória, que fica descartada a possibilidade de um risco de dano ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O comportamento da paciente não é capaz de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. A quantidade de 1 grama de maconha é tão pequena, que a sua comercialização não é capaz de lesionar, ou colocar em perigo, a paz social, a segurança ou a saúde pública, sendo afastada a tipicidade material do tipo penal de tráfico de entorpecentes. Trata-se de um caso exemplar em que não há qualquer demonstração da lesividade material da conduta, apesar da subsunção desta ao tipo formal.

Dessa forma, verifica-se que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do habeas corpus nº 596.603/SP trouxe um avanço civilizatório na política de drogas, no entanto, há outros desdobramentos que precisamos avançar, mesmo que não ocorra a própria descriminalização do uso e comércio de drogas.

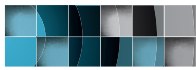
8. Conclusões

Como se nota, o HC 596.603/SP é mais um importante marco jurisprudencial no sentido de uma nova lógica do tratamento do crime de tráfico de drogas. É um importante passo no sentido de um tratamento mais racional, pelo sistema de justiça, no que se relaciona ao crime de tráfico, consolidando-se a própria teleologia da inovação legislativa do tráfico privilegiado à época, pois inserido no ordenamento jurídico brasileiro exatamente para evitar-se o encarceramento de pessoas condenadas por tráfico de drogas, embora fizessem parte da base da pirâmide do comércio de substâncias ilícitas.

Pensa-se que, com esse julgamento, evitar-se-á a aplicação desarrazoada e ilegal de tribunais por todo o país no que concerne à figura do tráfico privilegiado, deixando-se de encarcerar pessoas que tenham uma relação transitória e de baixa complexidade na cadeia de comercialização de drogas.

Entretanto, é importante salientar que ainda há muito a se conquistar neste sentido. Enquanto a discussão não avança para a própria descriminalização das drogas, não só o uso, mas a comercialização das substâncias, hoje consideradas ilícitas, é necessário trazer mais garantias para a relação subjetiva do sistema processual penal, de modo a impedir as atrocidades que são perpetradas pelo Estado em relação à população mais pobre.

A inexistência de parâmetros objetivos para a distinção entre o usuário e o traficante tem contribuído para o encarceramento em massa de jovens periféricos e negros. Há a necessidade de se estabelecer quantidades de drogas que diferenciam o usuário do traficante, evitando-se que essa seleção seja feita pelas forças policiais e, posteriormente, chancelada pelo judiciário. O expressivo aumento da prisão de pessoas com base na Lei de Drogas é consequência desta imensa abertura legislativa e fluidez da norma.



O baixo standard probatório exigido para as condenações pelo crime de tráfico também contribui para esse superencarceramento. De fato, basta a palavra de agentes públicos para a condenação pela Lei de Drogas. Palavra esta que tem fé pública.

Assim, acredita-se que o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça é mais um degrau construído para uma política de drogas mais racional, diminuindo a força da engrenagem do encarceramento em massa presente em nosso país.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Thiago Botino do. *Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e propostas de reflexão*. Rio de Janeiro, FGV, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen. Brasília, 2017. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf> acessado em 30/09/2020.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/06*. 7 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro, Revan, 1990.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda [et. al.] (org). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.



A incidência da sistemática da Lei de Organizações Criminosas na colaboração premiada da Lei de Drogas

The incidence of the Criminal Organizations Law systematic on the cooperation reward of the Drug Law

Daniel Mobley Grillo

Defensor Público

dmgrillo@defensoria.sp.def.br

Olívia Haddad Levy

Estagiária de Direito

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

olivia.levy@usp.br

Resumo

O art. 41 da Lei de Drogas dispõe que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. Há quem considere tais requisitos cumulativos e há quem os considere alternativos. Contudo, para a primeira corrente, seria impossível aplicar o art. 41 da referida lei se o crime não fosse praticado em coautoria, pois não haveria ninguém a ser delatado. Sendo geral e posterior, a Lei de Organizações Criminosas poderia influir nas demais leis que versam sobre o tema, mesmo que mais específicas, nas quais se incluem a Lei de Drogas. Essa consideração privilegia a teoria do diálogo de fontes sobre os métodos clássicos de resolução de antinomias. Como a alternatividade de requisitos é trazida pela Lei de Organizações Criminosas, este artigo propõe sua incidência na Lei de Drogas a fim de viabilizar a aplicação do instituto de colaboração premiada previsto nessa lei, que de outro modo não passaria de letra morta no caso de crimes praticados por uma única pessoa.

Palavras-chave: Lei de drogas. Lei de Organizações Criminosas. Colaboração premiada.

Abstract

The article 41 of the Drug Law provides that the defendant who voluntarily collaborates with the police and the criminal process identifying other participants in the crime and in the total or partial recovery of the proceeds of the crime, in case of conviction, will have sentence reduction. Some consider these requirements cumulative and others consider them alternative. For the first stream, it would be impossible to apply article 41 if the crime was not committed in co-authorship, as there would be no one to be reported. Being general and ulterior, the Criminal Organizations Law could influence the Drug Law. This consideration privileges the theory of the dialogue of sources over the classic methods of solving antinomies. Since the alternativity of requirements is brought by the Criminal Organizations Law, this article proposes its incidence in the Drug Law in order to enable the application of the cooperation reward foreseen in that law, which would otherwise be a dead letter when crimes are committed by a single person.

Keywords: *Brazilian Drug Law. Brazilian Criminal Organizations Law. Cooperation rewards.*



Introdução

O art. 41 da Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas, estabelece que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Tais requisitos podem ser interpretados como cumulativos ou, por outro lado, como alternativos, já que caso assim não fossem, seria necessária a ocorrência do concurso de agentes para a aplicação do dispositivo. Se o réu agisse sozinho, por decorrência lógica não teria a quem delatar.

Posteriormente, surge a Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013, chamada de Lei de Organizações Criminosas. Tal lei regula extensivamente o instituto da colaboração premiada, visando otimizá-lo. De tal modo, a presente pesquisa pretende robustecer o diálogo entre a Lei de Drogas e a Lei de Organizações Criminosas no que diz respeito à *colaboração premiada*, isto é, a delação de participantes ou recuperação do produto do crime.

Para tanto, o artigo se divide em quatro seções. Na primeira, consideramos, a partir de revisão da literatura sobre o tema, que na sistemática da Lei de Drogas, o produto do delito constitui o próprio entorpecente. Na segunda, abordamos a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei 11.343/2006 de maneira proporcional à extensão e qualidade da colaboração, ensejando benefícios concretos na dosimetria da pena. Na terceira, argumentamos em prol da alternatividade dos requisitos da colaboração premiada da Lei de Drogas. Na quarta, discutimos o diálogo de fontes entre as legislações estudadas, ventilando a interpretação à luz dessa lei ulterior.

Nesse sentido, sugerimos a possibilidade de serem atingidos objetivos que igualmente beneficiam o acusado e os interesses da persecução penal. Já adiantamos que esta tese é proposta sem prejuízo da possibilidade do reconhecimento e da aplicação do perdão judicial no bojo de uma colaboração premiada envolvendo tráfico de drogas (o que será rapidamente mencionado ao longo do texto apenas como reforço ao diálogo de fontes normativas diversas que versem sobre o tema).

A exposição também não obstará, em alguns casos, que a alegação de invasão de domicílio por agentes de segurança pública seja invocada como uma questão prévia à incidência da minorante, uma vez que o princípio da eventualidade determina que sejam esgotados todos os argumentos possíveis para o exercício da ampla defesa, escalonados em relação de subsidiariedade.

A estratégia metodológica principal utilizada na construção do estudo foi a pesquisa bibliográfica, além do exame complementar de certas decisões judiciais. Salientamos que a pesquisa jurisprudencial não foi exaustiva, não pretendendo, assim, representar o entendimento majoritário dos tribunais. Sua finalidade é exemplificativa; embora a tendência



ainda pareça ser no sentido do indeferimento, encontramos alguns julgados favoráveis à concessão do benefício da colaboração premiada prevista na Lei de Drogas nos termos sugeridos neste artigo.

Cabe ressaltar, também, que o surgimento do tema desta pesquisa está fortemente entrelaçado a nossa atuação prática no cotidiano das Varas Criminais, mediante a qual temos notado que o confronto dos juízes com a tese da impossibilidade de acolhida da inviolabilidade do domicílio vem trazendo resultados particulares cujo sentido este estudo intenta aprofundar, na medida em que julgadores são levados a reconhecer a causa de diminuição do art. 41 da Lei de Drogas.

Em vista disso, podemos iniciar a exposição buscando compreender o conceito de produto do crime na seara dos crimes ligados à Lei 11.343/2006.

A droga enquanto produto do crime

Primeiramente, vale destacar que o objetivo da norma contida no art. 41 da Lei de Drogas é facilitar a atividade investigativa, promovendo o desvendamento de crimes, e, para tanto, trazer benefícios a quem colabora. Assim, deve-se interpretar favoravelmente ao colaborador, igualmente indo ao encontro de normas de interesse público voltadas ao interesse da investigação penal.

O legislador da Lei 11.343/2006 não define produto do crime. Porém, o diferencia de *proveito* no art. 60 desse diploma normativo. Gustavo Badaró distingue esses conceitos jurídico-positivos, pontuando que o produto direto, ou simplesmente, produto da infração, corresponderia ao resultado útil imediato da operação delinquencial, tal como o veículo furtado ou um dinheiro roubado, e, acrescentamos, a droga traficada. O produto indireto, por outro lado, também denominado provento da infração ou proveito do crime, seria o resultado útil mediato da operação delinquencial, ou seja, o benefício obtido pelo agente, proveniente da utilização ou transformação econômica do produto direto do crime. Seria, por exemplo, o imóvel comprado com o dinheiro roubado (BADARÓ, 2016).

Roberto Lyra complementa que produtos do crime (*producta sceleris*) seriam as coisas adquiridas diretamente com o crime (coisa roubada), ou por meio de sucessiva particularização (joia feita com o ouro roubado), ou obtidas mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado) ou criadas com o delito (moeda falsa). (LYRA, 1942, p. 462-463).

Em seu turno, Guilherme de Souza Nucci estabelece, especificamente no contexto do art. 41 da Lei de Drogas, que recuperação total ou parcial do produto do crime é a droga e não o lucro ou vantagem que a sua inserção no mercado acarretaria: "Menciona a norma do art. 41 o produto do delito e não o proveito. Logo, é a substância entorpecente, que necessita ser recuperada, total ou parcialmente [...]" (NUCCI, 2017, p. 979).

No mesmo sentido, Heráclito Antônio Mossin e Júlio César Mossin salientam que para melhor efeito de ordem analítica, a lei aqui examinada cravou, no conteúdo da norma



incriminadora do art. 33, o termo "droga" a título de elemento normativo do tipo. Concluem, tendo isso em mente: "A 'droga' é exatamente o que o legislador quer dizer como sendo 'produto do crime'; ou seja, a substância entorpecente que é vendida pelo traficante." (MOSSIN, H.; MOSSIN, J., 2018, p. 77).

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho apresentam entendimento sutilmente distinto, considerando que a droga não seria o produto de todos os delitos previstos na Lei de Drogas, mas sim daquelas condutas que envolvem prepará-la, produzi-la e fabricá-la. No caso do tráfico, o entorpecente seria objeto material do crime (coisa sobre a qual incide a conduta delitativa) e o dinheiro recebido em contraprestação, seu produto (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 190-191).

Contudo, mesmo sob este olhar, tais autores sustentam que a interpretação deve ser ampliativa no sentido de abarcar também as substâncias qualificadas como ilícitas: "[...] deve-se ampliar a expressão utilizada pela nova Lei para abarcar não apenas o "produto" do crime, mas também a droga." Enxergam, inclusive, como mais adequada a redação do art. 32, § 2º, da revogada Lei 10.409/2002, que utilizava a expressão "localização do produto, substância ou droga ilícita". Assim, apesar do termo empregado pelo legislador, deve-se entender que é aplicável a causa de redução de pena tanto quando o agente auxilia na localização da droga quanto quando entrega dinheiro oriundo da venda de drogas (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 191).

Devidamente conceituado o produto do delito para fins do art. 41 da Lei 11.343/2006, podemos investigar o modo de aplicação da causa de diminuição de pena inscrita nesse dispositivo.

Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei de Drogas à luz da proporcionalidade

Quanto à forma de aplicar a redução, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi consideram que, desde que presentes as circunstâncias legais, esta é direito do réu, tendo em vista a forma impositiva da redação no excerto "terá a pena reduzida". Tais autores ainda ressaltam que "A redução de um a dois terços será dosada segundo o grau de colaboração e a amplitude de sua efetividade" (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p. 131).

Entendemos que o *grau de colaboração* diz respeito a quantos requisitos foram supridos: recuperação do produto do crime ou delação de coautores. Já a *amplitude de sua efetividade* refere-se aos ganhos efetivos à persecução penal. Havendo recuperação do produto do crime (a droga), tais ganhos são autoevidentes, constituindo prova da ilicitude. Frisamos que em qualquer uma dessas hipóteses, a aplicação do art. 41 da Lei 11.343/2006 é devida; o que pode oscilar é o grau da diminuição de pena, maior ou menor a depender das variáveis descritas acima.

Adicionamos, ainda, um terceiro elemento que pode fazer variar a fração de diminuição da pena, qual seja, a *qualidade* da colaboração. É possível permitir uma redução



impactante quando a pessoa acusada ou investigada colabora (sem delação) para a apreensão de uma diversidade e/ou quantidade relevante de entorpecentes, ou com um número maior ou menor de delações. Com isso, supera-se a utilização de um critério meramente aritmético (mais requisitos = maior redução), aliando-o às peculiaridades da colaboração na situação concreta.

Nucci ilustra uma possível visão proporcional ao tratar da recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas no âmbito da Lei de Organizações Criminosas. Já que basta um dos requisitos para valer o prêmio ao colaborador, seria imprescindível valorar, de modo preciso, a cooperação dada. Isto é, se esta permite a recuperação total do produto ou proveito do crime – o que acaba por auxiliar, também, na localização de partícipes e autores –, poder-se-ia até aplicar o perdão; porém, sendo a recuperação parcial e de baixo valor, haveria redução mínima de pena (NUCCI, 2014, 566-567).

Na mesma linha caminha Samuel Arruda, ao dispor que o grau de redução da pena dependerá da importância da colaboração para a obtenção do resultado. Observa, somado a isso, que o colaborador pode fazer jus a duas causas de redução distintas: esta que aqui se discute, contida no art. 41 da Lei 11.343/2006, e aquela do art. 33, § 4º da mesma lei (ARRUDA, 2007, p. 99).

Nesse contexto, temos que o modo de preenchimento dos requisitos do artigo 41 da Lei de Drogas, incidentes na terceira fase da dosimetria da pena, impõe que nas situações de não incorrência em todos os dispositivos da colaboração, o acusado tenha direito a um benefício menor, em observância à proporcionalidade. Conseqüentemente, caso haja a realização de um maior número de elementos colaborativos, possibilita-se a redução máxima da pena.

Isso deve ser levado em conta considerando que a colaboração do réu ao apontar entorpecentes ao agente de segurança pública responsável por sua prisão fere, inclusive, um sentimento humano de tentar escapar ao cárcere, sendo frequente que a situação ocorra a despeito (i) da não localização de objetos ilícitos em seu poder ou (ii) da inicial apreensão de pouquíssima quantidade de entorpecentes (compatível com o porte de entorpecentes para o consumo pessoal), seguida de uma apreensão posterior de maior quantidade de drogas, caracterizadora de tráfico, e graças ao “auxílio do acusado”¹.

E o que dizer, então, da situação que muito acontece no cotidiano das varas criminais, em que o indivíduo, contrariando um sentimento de autopreservação, a despeito da inexistência de qualquer mandado de busca e apreensão a embasar o ingresso de agente de segurança pública em sua residência, opta por “franquear o seu ingresso” em sua residência, entregando-lhe grande quantidade de entorpecentes em local oculto que jamais seria encontrado de outro modo e assim se autoincriminando? Essa pessoa não gozará de qualquer benesse, tendo contribuído enormemente para a investigação? Ao contrário: deverá, nesses casos, incidir o art. 41 da Lei de Drogas, em vista da “voluntariedade” e



isenção da conduta da pessoa investigada, por vezes explicitada pelo depoimento dos próprios policiais.

Particularmente, temos visualizado um incremento no sucesso da tese quando a questão é colocada dessa forma, a exemplo dos julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça citados no próximo tópico (BRASIL, 2020a; BRASIL, 2020b), que constituíram situações contendo exatamente esse enfrentamento com a cogitação da violação de domicílio. Tal estratégia se coloca, por evidente, sem prejuízo do fato de que a apreensão de drogas em domicílio não é a única hipótese de colaboração premiada, e de que existem inúmeras outras teses defensivas que podem vir a ser aventadas neste campo.

Nesse prisma de ideias, a única leitura razoável a respeito da incidência do artigo 41 da Lei de Drogas é a que reduz na fração de $\frac{1}{3}$ a pena daqueles acusados que surpreendentemente se autoincriminam, ao passo que a redução na fração de $\frac{2}{3}$ ficaria reservada aos réus que viessem a preencher todos os requisitos possivelmente vislumbrados pelo Ministério Público para a incidência da referida causa de diminuição de pena.

Essa interpretação encontra respaldo no princípio da proporcionalidade, na medida que consegue dosar excessos muito elevados no ato de dosimetria da pena. De fato, em interpretação sistemática, haveria incongruência manifesta em afastar-se o reconhecimento da violação ao domicílio no caso concreto e não ser reconhecida, por outro lado, a causa de diminuição de pena decorrente da colaboração premiada da Lei de Drogas.

A seguir, adentramos os pormenores da alternatividade dos requisitos da colaboração premiada em delitos ligados a substâncias ilícitas, enfrentando a controvérsia sobre possível cumulatividade.

Alternatividade dos requisitos do artigo 41 da lei de drogas

Não desconhecemos que alguns autores sugerem que os requisitos para a redução da pena, previstos pelo artigo 41 da Lei de Drogas, seriam cumulativos. No entanto, cumpre destacar que, mesmo para os doutrinadores que efetivamente sustentam a cumulatividade dos requisitos, a própria situação fática deve efetivamente descrever uma possibilidade de incidência simultânea dos requisitos cumulativos. Explica-se.

Nos casos de prática de crime de tráfico tão somente por um indivíduo, não havendo qualquer menção a um eventual concurso de pessoas ou a pessoas não localizadas que teriam praticado o crime juntamente com o primeiro, por impossibilidade lógica, afasta-se o requisito consistente na delação de outros traficantes, sem prejuízo da validade do voluntário e efetivo auxílio dado pelo acusado para que a autoridade policial possa localizar e apreender entorpecentes, caracterizados como sendo produto do crime, como já exposto no primeiro tópico.

Dito de outro modo: o indivíduo que pratica o tráfico sozinho não possui qualquer pessoa para delatar, não podendo, evidentemente, contribuir com a delação de potenciais



corrêus. Contudo, a voluntariedade de sua cooperação – que não precisa ser espontânea² – ao indicar o local do armazenamento das drogas certamente terá enorme utilidade para o desfecho do processo, sendo, assim como a delação, forma de colaboração premiada.

Tendo sido demonstrado o efetivo auxílio para a recuperação do produto do crime, a tese que sustenta a cumulatividade dos requisitos do artigo 41 da Lei de Drogas esbarra em situação impraticável, tanto do ponto de vista fático quanto jurídico, diante do tráfico individualmente praticado. Portanto, o entendimento em questão significaria fazer letra morta do comando previsto no artigo 41 da Lei de Drogas, o que não seria o objetivo da Lei ao prever este importante instrumento para a recuperação de produtos de crimes, cuja natureza jurídica é de meio de obtenção de prova.

Logo, a interpretação feita a fim de propor a cumulatividade a respeito dos requisitos do artigo 41 da Lei de Drogas entra em rota de colisão com os objetivos do legislador, que certamente não pretendeu, ao elaborar a redação do aludido dispositivo, engessar essa importante técnica para se obter provas e assim privilegiar o andamento das investigações.

Em termos diretos, a cumulatividade dos requisitos a um só tempo (i) feriria o princípio da proporcionalidade ao não valorar o antinatural auxílio prestado pelo recorrido à autoridade policial; (ii) esbarraria numa impossibilidade fática quando o tráfico não fosse praticado em concurso de pessoas; (iii) colidiria com os objetivos do legislador ao estipular este meio de produção de provas e (iv) representaria indevida confusão entre os institutos da delação premiada e da colaboração premiada, na medida em que aquele é espécie deste último, que tem incidência mesmo que não se delate qualquer comparsa.

Não seria, assim, proporcional e razoável desprezar o auxílio daquele que, movido por arrependimento ou por outro motivo, aponta o local exato de armazenamento dos entorpecentes, o que permitiria sua autoincriminação ou, eventualmente, o deslocamento típico de sua conduta do crime de porte de entorpecentes para consumo pessoal (quando abordado inicialmente com pequena quantidade de entorpecentes e opta por “voluntariamente” mostrar o restante das drogas ao agente de segurança pública) para o delito de tráfico de drogas.

Além disso, cabe observar que mesmo entre autores que defendem que os requisitos em exame seriam cumulativos, há quem admita o afastamento dessa característica no caso concreto. Cleber Masson e Vinícius Marçal ponderam, nesta linha, que apesar de ser obrigação do colaborador dizer a verdade, por vezes será impossível que indique todos os coautores e partícipes do tráfico, dado o alto número de membros que uma facção de amplo alcance poderia ter. Afirma, também, ser comum que dentro de uma estrutura criminosa de poder existam níveis diversos de conhecimento e atuação compartimentada por parte dos seus membros, o que poderia inviabilizar uma colaboração completa sobre toda a atuação da organização, acerca da localização dos estoques de entorpecentes, laboratórios, dinheiro, bens obtidos com a atividade e assim por diante. Por consequência, bastaria a exigência de que o colaborador não fizesse reservas mentais e revelasse o que sabe, de modo a permitir o alcance possível dos resultados pretendidos pelo legislador. O autor finaliza, assim,



argumentando que a cumulatividade pode, no caso concreto, ser afastada em benefício do colaborador (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 160).

Dando concretude à tese proposta e demonstrando sua viabilidade prática, um dos autores deste artigo vem obtendo resultados favoráveis perante o Tribunal de Justiça de São Paulo e perante o Superior Tribunal de Justiça:

Na terceira fase, assiste razão ao órgão ministerial para que seja afastado o redutor do tráfico privilegiado, porque a despeito da primariedade e ausência de antecedentes criminais do acusado, a quantidade (mais de cinco quilos de droga) e a diversidade dos entorpecentes demonstram que o agente se dedicava a atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício (HC 370.160/RS, 5ª Turma, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 04.10.2016, DJe. 11.10.2016). **Todavia, ainda nesta fase, mantém-se a redução de 1/3 da pena tal como determinado na r. sentença com fundamento no art. 41 da Lei de Drogas, já que consoante as narrativas dos policiais condutores do flagrante em Juízo, o sentenciado realmente colaborou voluntariamente com a investigação policial e indicou espontaneamente o local onde estavam os demais entorpecentes que acabaram apreendidos.** (BRASIL, 2020a, p. 270).

Vê-se, pois, que a benesse foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) a despeito de não terem sido preenchidos ambos os requisitos (identificação de coautores e recuperação dos entorpecentes), em prestígio ao auxílio que a indicação do local das drogas prestou à investigação criminal.

Destacamos que, no referido precedente, após o TJ-SP ter formado o entendimento pela incidência do artigo 41 da Lei de Drogas em situação fática em que o réu não delatou qualquer comparsa (sinalizando a acolhida da tese da alternatividade dos requisitos), mas apenas facilitou a recuperação de entorpecentes (produto do crime), o Superior Tribunal de Justiça acolheu o pedido formulado em Habeas Corpus impetrado pela defesa e reconheceu a aplicação do privilégio previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, demonstrando a possibilidade de incidência simultânea das referidas minorantes. Confira-se:

[...] Todavia, verifico que o mesmo fundamento – quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (e-STJ, fls. 152 e 161) – foi utilizado para afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em evidente *bis in idem*, de modo que constato o patente constrangimento ilegal apontado pela impetrante. Desse modo, à míngua de outros argumentos que façam presumir ser o paciente dedicado a atividades criminosas ou integrante de organização criminosa, é de rigor o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a aplicação da referida causa de diminuição, na fração máxima legal de 2/3.

[...]

Desse modo, passo ao novo cálculo da dosimetria das penas do paciente. Na primeira fase, mantenho a exasperação em 1/3, ficando as sanções estabelecidas em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 666 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, as penas permanecem inalteradas. **Na terceira fase, reconhecida a incidência da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduzo as sanções em 2/3, fixando-as em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além de 222 dias-multa e, incidente também, a redutora prevista no art. 41, da LAD, mantenho a fração**



de redução de 1/3, ficando as reprimendas definitivamente estabilizadas em 1 ano, 5 meses e 23 dias de reclusão, e 148 dias-multa. (BRASIL, 2020b, grifo nosso).

No que diz respeito à consideração do benefício da colaboração premiada de modo proporcional, sem que este seja negado diante de cooperação menos efetiva, há um marco jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal digno de ser mencionado:

se houver colaboração efetiva, caracteriza-se direito subjetivo do réu ao benefício. Conforme firmado pelo STF em decisão paradigmática (HC 127.483), caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial (STF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015) Nesse sentido, é emblemática a posição firmada pelo STF no HC 99.736: (...) a partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o réu delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou auto-acobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. **Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade** (STF, HC 99.736/DF, 1ª Turma, rel. Min. Ayres Britto, j. 27.04.2010) Ante o exposto, com base no art. 192 do RISTF, concedo parcialmente a ordem para determinar que o colegiado competente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região analise motivadamente o pedido de redução da pena em razão da delação premiada noticiada nos autos, em conformidade com a legislação vigente e com a jurisprudência deste STF. [...] (BRASIL, 2019b).

Além desses, é interessante citar alguns exemplos diversos de decisões de Tribunais de Justiça em que foi aplicada a colaboração premiada do art. 41 da Lei de Drogas em moldes semelhantes aos aqui propostos. Em decisão do TJ-DF, foi considerada a colaboração premiada conforme o art. 41 da Lei de Drogas e o art. 14 da Lei 9.807/99, diminuindo a pena em 1/3. Isso se deu em razão da pessoa acusada ter colaborado no momento do cumprimento do mandado de busca e apreensão, dizendo que guardava drogas há alguns meses e que elas estavam em cima de um armário (BRASIL, 2017, p. 156-162). Em apelação criminal julgada pelo TJ-SC, o réu voluntariamente indicou aos policiais a localização do entorpecente, enterrado em uma trilha próximo à praia, e foi beneficiado com a causa de diminuição de pena mediante a aplicação da fração mínima de 1/3 (esse julgado também reconheceu a figura do tráfico privilegiado prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apesar de acabar optando por uma só diminuição). (BRASIL, 2020c). Já em decisão do TJ-MS, a colaboração consistiu somente em delação do corréu. Como esta permitiu o oferecimento da denúncia, por um lado, mas por outro ele não foi encontrado, o Tribunal reduziu a pena na fração média de 2/5 (BRASIL, 2018). O TRF-3, em seu turno, aplicou a diminuição do referido art. 41 em fração máxima, em função da delação de dois potenciais corréus que acarretou o oferecimento da denúncia (BRASIL, 2019a). O mesmo órgão também fez incidir,



concomitantemente, a redução do art. 41 e a do art. 33, § 4º, ambas da Lei de Drogas (BRASIL, 2016).

Deixando clara a alternatividade dos requisitos inseridos no artigo 41 da Lei de Drogas, Greco Filho aduz de forma explícita que a partícula ‘e’ contida no dispositivo ("identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime"; BRASIL, 2006) deve ser entendida de modo alternativo (GRECO FILHO; RASSI, 2009, p. 131). Esse entendimento foi expressamente acolhido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região em julgamento de apelação criminal:

TRF 1. Apelação Criminal. [...] Vicente Greco filho, discorrendo sobre a necessidade ou não de cumulação dos requisitos para a delação premiada, prevista no artigo 41 da Lei 11.343, assinala que o "e" contido no dispositivo legal em análise, deve também ser entendido como "ou", porquanto pode não haver produto do crime a recuperar ou a recuperação já ser relevante em si mesma. (BRASIL, 2012, p. 285)

Expandindo a incidência dessa visão, Renato Lima considera que, inobstante a existência da conjunção ‘e’ no art. 41 da Lei nº 11.343/06, tem preponderado o entendimento de que não é indispensável a identificação dos demais concorrentes e também a recuperação total ou parcial do produto do crime, bastando que resulte um dos dois resultados. Evidentemente, se o colaborador tiver conhecimento de ambas as circunstâncias e apontar somente uma, não poderia ser beneficiado pelo prêmio legal constante do comando normativo em debate. Entretanto, se este conhecer apenas a localização do produto do crime, não sendo capaz de identificar os demais integrantes da organização criminosa – cabendo lembrar que uma característica das organizações criminosas é a divisão hierárquica, de maneira que um agente costuma conhecer somente as pessoas que atuam no mesmo ramo de atribuições –, não há razão para negar a concessão do prêmio, cujo *quantum* de redução de pena será sopesado conforme o grau de sua colaboração. (LIMA, 2016, p. 526).

Samuel Arruda, por sua vez, aponta que como o legislador não explicitou a quais crimes se refere o art. 41, este é aplicável a todos os tipos penais constantes da Lei 11.343/2006. Ressalta, também, que a colaboração não pode derivar de coação ou ameaça, embora seja possível que os agentes do sistema de justiça lhe expliquem os eventuais benefícios da cooperação. Pontua, assim, que a colaboração deve gerar "um de dois resultados": a identificação dos demais partícipes ou coautores do crime ou a recuperação total ou parcial de seu produto (ARRUDA, 2007). Nos termos do autor em análise:

Não é imprescindível, portanto, que o agente delate eventuais comparsas. Basta que dê informações úteis à recuperação do produto do crime. Assim, o agente que sem dizer quem lhe vendeu a substância entorpecente diz aonde o produto se acha armazenado, possibilitando a apreensão de grande quantidade de droga, faz inequivocamente jus à aplicação de benefício. Da leitura do dispositivo vê-se que a colaboração pode se dar no curso do processo ou ainda no inquérito. (ARRUDA, 2007, p. 99).

Já Mendonça e Carvalho alertam que mesmo que, à primeira vista, em razão da conjunção aditiva, pareça que apenas se aplicaria a causa de redução de pena se o delator identificasse os partícipes e, ao mesmo tempo, ajudasse na recuperação do produto do crime,



nada obsta que o magistrado aplique a causa de redução se o agente somente tiver delatado quem são os outros partícipes ou apenas onde se encontra o entorpecente, dentro de suas possibilidades. Isto porque, em certas hipóteses, o acusado/investigado não terá como saber onde está produto do crime ou, ainda, porque ele já foi recuperado ou, contrariamente, saberá onde se encontra o produto do crime, mas não conseguirá identificar demais autores e partícipes (MENDONÇA; CARVALHO, p. 191), visto que estes podem inexistir.

Enfim, abordando especificamente os incisos do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas, Eduardo Araujo da Silva opina que os resultados "não devem ser considerados cumulativamente, bastando a ocorrência de um deles para a validade da colaboração, até porque é possível que do crime visado ou praticado pela organização não haja vítima a ser localizada ou mesmo produto ou proveito a ser recuperado." (SILVA, E., 2015, p. 59). Pelas mesmas razões, compreendemos que igual lógica deve ser utilizada na exegese do art. 41 da Lei de Drogas, pois a concessão da benesse não poderia depender de caso fortuito, isto é, de mera coincidência da ocorrência de mais de um requisito.

Feitas essas considerações, a próxima seção relaciona a alternatividade dos requisitos do art. 41 da Lei 11.343/2006 com a superveniência da Lei 12.850/2013.

Lei de Drogas, Lei de Organizações criminosas e diálogo de fontes

A Lei de Drogas, de 2006, foi uma das primeiras legislações a instituir o benefício da colaboração premiada, ainda de maneira embrionária. Outros diplomas legais já consagravam benefícios semelhantes. Elencados por Gabriel Andrade de Santana, alguns deles são a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº 9.080/1995, a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) e a Lei nº 9.807/1999, chamada de Lei de Proteção à Vítima e Testemunhas (SANTANA, 2019, p. 94).

No ano de 2013, a Lei 12.850 regulamentou de forma mais abrangente o instituto, trazendo a alternatividade dos requisitos legais para a sua aplicação, em claro objetivo de ampliação de suas hipóteses de incidência, atendendo aos objetivos de facilitação desse meio de obtenção provas.

Em face disso, essa modalidade de justiça premial vem sendo empregada na "resolução" dos processos criminais com maior frequência. Essencialmente, sob a ótica da acusação, diz-se que o interesse crescente se encontraria na efetividade à persecução criminal e aplicação da pena. Já para a defesa, consistiria em instrumento hábil a garantir a liberdade e mitigar (ou mesmo afastar) as consequências de uma decisão penal condenatória (SANTANA, 2019, p. 93).

Com o advento de tal lei, ficou pacificado que a delação premiada é apenas uma das espécies do gênero colaboração premiada. Mediante a primeira, a pessoa acusada/investigada colabora com os agentes "delatando" os coautores, ou seja, indicando as outras pessoas que também praticaram as infrações penais. Todavia, a colaboração premiada também poderá ser atingida sem delação, como na situação em que o agente



confessa a prática do crime e não delata nenhum coautor, mas fornece, por exemplo, todas as informações necessárias para que as autoridades recuperem o dinheiro desviado com o esquema criminoso.

Melhor explicando essa relação de gênero e de espécie, a Lei 12.850/2013 prevê, em seu art. 4º, cinco formas – alternativas, segundo o *caput* do artigo – por meio das quais o investigado/réu poderá colaborar com a investigação e com o processo: (i) identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas; (ii) revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) prevenir as infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (iv) recuperar total ou parcialmente o produto ou o proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e (v) localizar o paradeiro de eventual vítima com sua integridade física preservada (BRASIL, 2013).

No regime jurídico dessa lei, é suficiente, portanto, que apenas uma dessas situações esteja preenchida para que o acusado/ investigado faça jus ao benefício, sendo evidente que aquele que colaborar em maior medida será beneficiado com maiores benefícios.

Everton Luiz Zanella chama atenção para o fato de que além da Lei de Drogas, diversas leis anteriores à Lei 12.850/13 (Lei de proteção a vítimas, testemunhas e réu colaborador, Lei de lavagem de dinheiro, Lei dos crimes hediondos, entre outras), trazem como recompensa ao agente colaborador a possibilidade de diminuir a reprimenda na fração de $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$. Porém, a Lei 12.850/2013 (referente ao crime organizado) apregoa benefícios ainda maiores (ZANELLA, 2016, *online*). De fato, esta permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou até a concessão de perdão judicial (BRASIL, 2013, art. 4º, *caput*). Tendo essa questão em conta, Zanella tece comentários pertinentes à análise do complexo cenário das leis que versam sobre colaboração premiada, dentre as quais a Lei de Drogas e a de Organização Criminosa:

O quadro destacado pode ensejar um conflito aparente de normas no tocante aos requisitos a se exigir, e, doutro lado, quais benefícios deverão ser aplicados. Daí decorrem três possíveis entendimentos:

I) Prevalece, sempre, a lei posterior (critério da cronologia de leis que tratam do mesmo assunto). Adotada tal solução, a Lei 12.850/2013, mais recente, teria revogado as normas anteriores, sendo aplicável para todos os casos de colaboração premiada.

II) Prevalece, sempre, a lei especial. Assim, ao autor de crime de tráfico de drogas, por exemplo, seria aplicada a colaboração premiada da Lei 11.343/2006, com seus requisitos, consequências e prêmios próprios. [...]

III) **Prevalece a lei especial, podendo, contudo, ser aplicada a Lei 9.807/1999 se o réu colaborador preencher os requisitos do seu artigo 13, parágrafo único. Exemplo: agente colaborador que praticou tráfico de drogas, mas é primário e preenche os requisitos do dispositivo legal, poderia receber o perdão judicial, desde que atenda também aos requisitos específicos exigidos pela Lei de Drogas**, isto é, ajude a identificar os demais coautores e partícipes e a recuperar, total ou parcialmente, o produto do crime. Por outro lado, se o crime praticado for do art. 2º da Lei 12.850/2013 ou do art. 1º da Lei 9.613/1998, aplica-se diretamente o instituto de colaboração premiada previsto nestas Leis, que trazem uma solução ainda mais favorável ao investigado ou acusado (possibilidade de perdão judicial ainda que não seja primário, além das



benesses relativas ao regime e substituição da pena). (ZANELLA, 2016, *online*, grifo nosso)

O autor enuncia que prefere o terceiro critério, com o qual também concordamos. Em primeiro lugar, por privilegiar a lei especial referente ao crime praticado, a qual estabelece exigências peculiares para a investigação e a repressão do fato (exemplo: colaboração num crime do art. 33 da Lei 11.343 de 2006 deve ter como propósito a apreensão da droga). Segundo, porque a concessão de benefícios maiores alia-se a essa especialidade (por exemplo, o perdão judicial), que, de um lado, favorece o colaborador e, de outro, fornece mais instrumentos às autoridades, possibilitadas a oferecer contraprestações maiores ao colaborador em troca de informações mais relevantes (ZANELLA, 2016, *online*).

Por sua vez, Paulo Queiroz e Marcus Mota Moreira Lopes arguem que o perdão judicial para crimes da Lei de Drogas é perfeitamente possível, por uma interpretação sistemática com a Lei 12.850/13 e Lei 9.807/99, que atuam como complemento à Lei 11.343/06. E não poderia ser de outro modo, por não fazer sentido que seja possível decretar, até mesmo de ofício, a extinção da punibilidade em condutas praticadas em contexto gravíssimo como de participação ou liderança de grandes organizações criminosas e, ao mesmo tempo, impedir a chance de se deferir a benesse em simples tráfico de entorpecentes, praticado por uma ou algumas poucas pessoas, sem permanência e estabilidade entre elas, por exemplo (QUEIROZ; LOPES, 2018, p. 144).

Também não seria razoável sustentar a inviabilidade do perdão a partir da gravidade em abstrato dos delitos da Lei de Drogas, a uma porque a colaboração premiada vem se mostrando um importante meio de obtenção de provas que independe da natureza do crime. A duas porque mesmo que a gravidade do crime seja relevante, as leis supracitadas permitem que o julgador defira ou indefira o benefício conforme a personalidade do agente e a gravidade *em concreto* dos fatos praticados, de modo devidamente fundamentado (QUEIROZ; LOPES, 2018, p. 144-145).

Relativamente ao exame do art. 41 da Lei 11.343/06, Mossin e Mossin suscitam a Lei nº 9.804/99, pela qual para conceder-se o *favor rei* não há necessidade da concorrência de todos os requisitos legais. Por uma questão de equidade e simetria, deveria ser mantido o mesmo posicionamento quanto ao dispositivo inspecionado (MOSSIN, H.; MOSSIN, J., 2018, p. 79).

O possível conflito aparente de normas instaurado no caso concreto, em função do emaranhado de leis que disciplina a concessão dos benefícios de cooperação por meio do cumprimento de certos requisitos, é apreciado por Masson e Marçal. Assim, suscitando o princípio da especialidade, os autores salientam que a Lei do Crime Organizado, mais recente que a Lei de Drogas, convive com as demais leis que tratam da colaboração premiada. De tal modo, entendem que não poderia preponderar o critério cronológico – lei posterior revoga anterior –, o qual, além de desconsiderar a especialidade, resultaria na aplicação exclusiva dos prêmios e requisitos previstos na Lei do Crime Organizado, de 2013.



Logo, haveria de prevalecer a lei específica em análise conglobada com a Lei 9.807/1999, que funciona como norma geral sobre a matéria (MASSON; MARÇAL, p. 164).

Considerando, assim, a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, os autores mencionados cogitam a aplicação do perdão judicial – previsto no art. 13 da Lei 9.807/1999, mas ausente no art. 41 da Lei 11.343/2006 – ao traficante que, sendo primário (requisito imposto pelo art. 13 da Lei 9.807/1999, mas não pelo art. 41 da Lei 11.343/2006), colaborasse em caráter voluntário com a persecução penal de forma a permitir a identificação dos outros coautores ou partícipes do crime e/ou a recuperação total ou parcial de seu produto (MASSON; MARÇAL, p. 164).

Com isso, a incidência do perdão judicial no âmbito da Lei 11.343/2006 haveria de se dar também em virtude da isonomia, uma vez que, ao se negar a possibilidade de aplicação do perdão na Lei de Drogas, os acusados por esta lei estariam sendo tratados de maneira mais severa que acusados por outros crimes graves (também hediondos ou equiparados), como homicídio e estupro, sem qualquer razão de discrimen. Se para estes é possível o perdão ao réu colaborador, em situações excepcionais, também deve se admitir para o tráfico.” (MASSON; MARÇAL, p. 165).

Em tal lógica, Masson e Marçal argumentam ser conveniente, em qualquer caso, a aplicação da sistemática de diálogo das fontes inaugurada pela Lei 12.850/2013, nos seus arts. 4º a 7º, já que este seria o único diploma normativo a ter definido um procedimento para corporificar o acordo de colaboração premiada, constituindo, segundo eles, uma espécie de lei geral procedimental (MASSON; MARÇAL, p. 165).

Seriam, pois, "perfeitamente aplicáveis" na esfera da Lei de Drogas diversos regramentos da Lei 12.850/2013, nos termos de Masson e Marçal, dentre os quais os direitos do colaborador dispostos no art. 5º da Lei 12.850/2013. Estes visam, para além de proteger a intimidade e até a incolumidade física do delator, assegurar a plena eficácia da colaboração premiada como meio especial de obtenção da prova. Incidiria, também, o direito de usufruir das medidas de proteção previstas na Lei 9.807/1999. (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 165)³

A abordagem da teoria do diálogo de fontes é, de fato, significativa para o exame da controvérsia. Esta foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques. A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem, supostamente por pertencerem a ramos jurídicos distintos, mas sim se complementam. Haveria, nesse marco teórico, a premissa de uma visão unitária do sistema normativo, assim como a função de substituir e superar os critérios clássicos de resolução de antinomias (TARTUCE, 2017, p. 60-61; p. 64).

Tal tese teria surgido para dar soluções mais justas, protegendo a pessoa vulnerável e privilegiando a aplicação imediata de direitos fundamentais (OLIVEIRA, V., 2016, p. 1). De acordo com Cláudia Lima Marques, haveria mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação por vezes seriam convergentes e, em geral, distintos, mas estas conviveriam e coexistiriam em um mesmo



ordenamento jurídico a ser ressystematizado. O desafio seria, justamente, aplicar as fontes em diálogo de forma justa (MARQUES, 2004, p. 15-54).

Entre a Lei de Drogas e a Lei de Organizações Criminosas, provavelmente haveria um *diálogo de influências recíprocas sistemáticas*, na linguagem de Marques, existente quando os conceitos estruturais de uma lei são influenciados por outra. “É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *doublé sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)” (MARQUES, 2007, p. 91).

No entanto, mesmo Norberto Bobbio, ao expor os metacritérios clássicos de resolução de conflitos entre os critérios voltados a solucionar antinomias, adverte que é importante olhar para o caso concreto quando o conflito é caracterizado por lei geral superveniente (*lex posterior generalis*) e lei especial antecedente (*lex priori specialis*), precisamente a situação da Lei de Organizações Criminosas e Lei de Drogas, respectivamente. O autor aduz:

Essa regra [lei posterior geral não revoga anterior especial], por outro lado, deve ser tomada com uma certa cautela, e tem um valor menos decisivo que o da regra anterior [critério hierárquico sobre o cronológico]. Dir-se-ia que a *lex specialis* é menos forte que a *lex superior*, e que, portanto, a sua vitória sobre a *lex posterior* é mais contrastada. Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística (BOBBIO, 2014, p. 107).

Bruno Boaventura, examinando os critérios difundidos pelo autor italiano, igualmente previne que há, nesta hipótese, uma ressalva entre os doutrinadores. A norma anterior-especial prevaleceria sobre a posterior-geral ao ser utilizado o critério da especialidade; caso fosse privilegiado o uso do critério cronológico, a norma posterior-geral seria a escolhida. A ressalva pondera, assim, que a asserção *lex posterior generalis non derogat priori specialis* não é absoluta para solucionar esse conflito: “Em determinados casos a regra estabelecida poderá ser usada de maneira inversa.” (BOAVENTURA, 2005, *online*).

Em direção próxima a Zanella, Masson e Marçal, Nefi Cordeiro observa que a Lei de Drogas foi o último marco normativo da evolução legal até a vinda da atual e ampla Lei de Criminalidade Organizada (Lei nº 12.850/2013). A evolução das leis teria indicado titubeio na ampliação ou restrição dos favores, na exigência menor ou maior de resultados úteis e na participação normalmente pequena do agente acusador como representante estatal na negociação, mas, de modo uniforme, teria estabelecido critérios estáveis na caracterização da colaboração premiada: proporção de favores pelo interesse estatal, favor judicial e de resultado, utilidade e voluntariedade. (CORDEIRO, 2020, p. 11).

Dessa evolução legislativa, poder-se-ia perceber a vigência simultânea de várias disciplinas normativas. A escolha da norma mais favorável dentre aquelas incidentes necessitará, para Cordeiro, de enfrentamento casuístico, a fim de constatar quais leis tiveram preenchidos seus requisitos legais e de eficácia pelo colaborador, para apenas então analisar o favor cabível mais benéfico e definir a *lex mellius* (CORDEIRO, 2020, p. 11).



O critério *in melius*, por meio do qual procedem-se interpretações voltadas a viabilizar o maior benefício – tanto para o colaborador quanto para as investigações, destaca-se –, é forma bastante interessante a solucionar o aparente conflito entre os regramentos existentes no que tange ao instituto da colaboração premiada.

Marcelo Batlouni Mendroni, no que lhe diz respeito, evoca a perspectiva de que a prática de tráfico de entorpecentes normalmente envolveria alguma organização criminosa, podendo por tal razão ser aplicada a colaboração premiada na forma da Lei nº 12.850/13. Diante das formas hierárquico-piramidais assumidas pelo tráfico de drogas e crimes correlatos, restaria verificar quanto saberá o suspeito para que a sua colaboração seja efetiva (MENDRONI, 2016, p. 209).

Nesse ponto, revela-se acertada a conclusão alcançada por tal autor, pela aplicabilidade à Lei de Drogas da colaboração premiada disciplinada pela Lei 12.850/13. Porém, ressaltamos a discordância no que tange aos argumentos por ele lançados, não sendo cabível presumir qualquer envolvimento em organização criminosa tão somente em razão da prática do crime de tráfico de drogas, sob pena de indevida responsabilidade penal objetiva.

Tendo em vista os diversos elementos apresentados ao longo do texto, ao mesmo tempo pretendendo uma compreensão aprofundada da aplicação do art. 41 da Lei 11.343/2006 e sugerindo uma interpretação que reputamos consoante com a teleologia do sistema jurídico-penal, elaboramos algumas considerações finais.

Conclusão

A sistemática da alternatividade de requisitos dos objetivos da colaboração premiada foi instituída expressamente pela Lei das Organizações Criminosas, que conferiu forma e uniformidade ao instituto como um todo. Esta deve servir como parâmetro interpretativo a iluminar a concessão dos benefícios no tocante aos crimes relativos a substâncias oficialmente definidas como ilícitas.

Para além disso, mostramos como mesmo antes do advento dessa lei, já havia autores e mesmo alguns julgadores que compreendiam a partícula "e" do art. 41 da Lei de Drogas com reservas, enxergando a possibilidade de sua relativização de modo a cumprir a finalidade do dispositivo, qual seja, a persecução penal a partir da cooperação do réu, que obviamente deve ser recompensado por isso. Entendimento diverso corre o risco – juntamente com todos os motivos já referidos, como o desrespeito à proporcionalidade –, de violar, inclusive, a paridade de armas, ou seja, a igualdade de oportunidades que deve ser assegurada às partes no processo penal.

Evidenciamos, também, que o produto do crime é visto como a droga para parcela da literatura, o que se relaciona, em alguma medida, com as situações corriqueiras na prática forense em que se alega invasão de domicílio. Tal relação se materializa em opostos



complementares excludentes, isto é, "das duas, uma": em determinada situação concreta, ou admite-se que houve invasão ao asilo inviolável do indivíduo (BRASIL, 1988, art. 5º, XI) por parte dos agentes de segurança pública com o propósito de encontrar drogas, ou deve-se, necessariamente, reconhecer que o suspeito agiu como colaborador, ao franquear a entrada dos agentes por vontade própria e assim conduzi-los ao local das substâncias. Não há terceira hipótese cogitável.

É importante notar, entretanto, que a tese aqui ventilada vai além disso: há toda uma área de aplicação do art. 41 da Lei 11.343/2006 que não se liga à violação domicílio, vez que as drogas podem estar ocultas na via pública, em cima de telhado de uma edificação qualquer, em um terreno baldio, em mato, dentro de bueiro, etc. Aqui, não é possível trazer o óbice anterior da violação ao domicílio pelo agente de segurança pública. Pode ficar caracterizado, em contrapartida, que o acusado optou por indicar onde estaria a droga, devendo ter um benefício decorrente dessa cooperação voluntária.

De uma forma ou de outra, o campo de diálogo de fontes normativas referente ao instituto da colaboração premiada é bastante fértil, devendo levar à obtenção de benefícios no que tange aos delitos da Lei de Drogas, a serem pautados proporcionalmente conforme o grau, amplitude e qualidade da colaboração. Tais benefícios podem incluir desde uma redução mínima da pena até o perdão judicial; a questão é que, havendo qualquer forma de cooperação (como a indicação do local das drogas), a benesse deve ser concedida, ainda que de modo reduzido. Frente a isso, privilegiam-se os interesses não antagônicos, mas complementares, da persecução penal e dos direitos da pessoa acusada.

Referências bibliográficas

ARRUDA, Samuel Miranda. **DROGAS**: aspectos penais e processuais penais. Lei 11.343/2006. São Paulo: Editora Método, 2007.

BADARÓ, Gustavo. Produto indireto de infração antecedente pode ser objeto do crime de lavagem. 16 jul. 2016, 7h53. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-16/gustavo-badaro-proveito-infracao-objeto-lavagem#:~:text=N%C3%A3o%20se%20pode%20confundir%2C%20de,que%20%C3%A9%20morta%20ou%20ferida> Acesso em 21 out. 2020.

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. O fenômeno da antinomia jurídica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 678, 14 mai. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6707>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. – 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 4 nov. 2020.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, mar. 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.613%2C%20DE%203%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias Acesso em 27 out. 2020.

_____. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, DF: Presidência da República, jul. 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm#:~:text=Estabelece%20normas%20para%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o,voluntariamente%20prestado%20efetiva%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0 Acesso em 25 out. 2020.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, ago. 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm Acesso em 23 out. 2020.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, ago. 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm Acesso em 23 out. 2020.

_____. **Apelação Criminal nº: 2954-37.2008.4.01.3601.** TRF da 1ª Região, 3ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal Assusete Magalhães, DJF1, 20 abr. 2012.

_____. **Apelação Criminal: ACR 0007768-06.2015.4.03.6119 SP.** TRF da 3ª Região, 5ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Fontes. Data de Julgamento: 5 dez. 2016. Data de Publicação: e-DJF3, 15 dez. 2016.



_____. **Apelação 20160110300800 DF 0007412-54.2016.8.07.0000**, TJ-DF. Relator: Carlos Pires Soares Neto, Data de Julgamento: 19 out. 2017, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação no DJe: 13 nov. 2017.

_____. **Processo APR 0000738-20.2016.8.12.0033**. TJ-MS. Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal. Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago. Data de Julgamento: 13 mar. 2018. Data de Publicação: 16 mar. 2018.

_____. **Ap: 00016111220184036119 SP**, TRF da 3ª Região, 5ª Turma. Relator: Desembargador Federal Mauricio Kato. Data de Julgamento: 08 abr. 2019. Data de publicação: e-DJF3 Judicial 1, 15 abr. 2019a.

_____. **Habeas Corpus: 172622 SP**. STF. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 14 ago. 2019b, Data de Publicação: DJe-180, 19 ago. 2019b.

_____. **Apelação Criminal nº: 1502993-73.2019.8.26.0228**. 11ª Câmara de Direito Criminal do TJ-SP. Relator: Desembargador Paiva Coutinho. Julgado em 6 mai. 2020a.

_____. **Habeas Corpus nº: 596.930**. STJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 7 jul. 2020b.

_____. **APR: 00059051020198240023 Capital 0005905-10.2019.8.24.0023**, TJ-SC. Relator: Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 03 set. 2020c.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles** / Nefi Cordeiro. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada** – volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal** – v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: RT, 2007.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. 2. Reimp. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.



MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas:** Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo. – 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado:** aspectos gerais e mecanismos legais – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada:** aspectos jurídicos. 3ª ed. Leme, JH Mizuno, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 10ª ed (Apple Books). Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas. Vol. 2.** – 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Daniel Felipe Mendonça Felix de. Delação Premiada: Uma análise legislativa. **UFPE.** 26 Fev 2017. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24054/1/MONOGRAFIA%20-%20DANIEL%20OLIVEIRA.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2020. <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/24054>

OLIVEIRA, Verônica Barcelos. Superação do clássico método de resolução de conflitos (antinomias): aplicação da teoria do diálogo das fontes. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4715, 29 mai. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48357>. Acesso em: 8 nov. 2020.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas.** 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2018.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de drogas:** comentários penais e processuais. – 3. ed. rev., ampl. e atual. até maio de 2015 – São Paulo: Atlas, 2015.

SANTANA, Gabriel Andrade de. Os limites negociáveis da cláusula rescisória na delação premiada: os excessos do Ministério Público e a (im)possibilidade de relativização do *pacta sunt servanda*. In: CALLEGARI, André Luís; PORTELA, Claudio Cesar et al. **Colaboração premiada:** aspectos teóricos e práticos / coordenação de André Luís Callegari. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada.** 2. ed. – São Paulo: APMP Associação Paulista do Ministério Público, 2016. Disponível em [Lei de Drogas comentada - MPSP](#). Acesso em 29 de agosto de 2020.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas:** aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.



TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado**: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016.

¹Pretende-se, em um estudo futuro, abordar a questão atinente aos limites para a válida consideração da credibilidade das palavras dos agentes de segurança pública responsáveis por prisões em flagrante, em especial as situações em que a presunção de veracidade deverá ser infirmada pelo julgador, mas, para a finalidade específica do presente artigo, considerando o que de ordinário acontece no cotidiano das Varas Criminais do Estado de São Paulo, a “voluntariedade do auxílio” do réu na localização de entorpecentes é apenas destacada por aspas.

²Guilherme Nucci explica que deve haver “prestação de colaboração voluntária (livre de qualquer coação física ou moral), mas sem necessidade de se buscar espontaneidade (arrepentimento sincero ou desejo íntimo de contribuir com a Justiça). Em outras palavras, a delação pode ter por fundamento, exclusivamente, o intuito de obter o benefício previsto neste artigo, ainda que o agente não esteja arrependido do que fez, valendo, inclusive, quando houver o aconselhamento do defensor para que assim aja” (NUCCI, 2017, p. 979).

³Masson e Marçal notam que em virtude da *lei geral procedimental*, seria possível que a colaboração premiada na Lei de Drogas não se restringisse às etapas inquisitorial e judicial, podendo também atingir a fase da execução penal. Tal observação é feita a partir da noção de que a Lei do Crime Organizado prevê, em seu art. 4º, § 5º, a possibilidade da cooperação em momento posterior à sentença e que, ainda mais explicitamente, a Lei de Lavagem de Capitais (art. 1º, § 5º) comanda que a medida poderia ser operada a qualquer tempo (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 168).



Disputas discursivas na fixação do regime inicial do tráfico privilegiado e o HC nº 596.603/SP

Discourse disputes over penalty conditions for minor drug trafficking sentences and the HC nº 596.603/SP

Rodrigo Augusto T. M. Leal da Silva

Defensor Público do Estado de São Paulo. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Especialista em Serviço Social pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Mestre em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

ratsilva@defensoria.sp.def.br

Resumo

Neste artigo se pretende desenvolver uma análise a partir da Criminologia Crítica acerca do significado jurídico e sócio-histórico da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 596.603/SP que, ao mesmo tempo em que observa os enormes avanços trazidos com o julgado, também reconhece os desafios à sua concretização no contexto maior da Política de Drogas brasileira.

Palavras-chave: Direito Penal. Criminologia. Política de drogas.

Abstract

The objective pursued in this paper is to analyze the legal, social and historical implications of the Brazilian Superior Tribunal de Justiça decision on the HC nº 596.603 from the perspective of Critical Criminology. Thus, it is intended to simultaneously examine this Court decision as it implies both progress and challenges regarding fundamental rights and the Brazilian Drug policy.

Keywords: Criminal Law. Criminology. Drug policy.



1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar criticamente o processo sócio-histórico que culminou no Acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do HC nº 596.603 (BRASIL, 2020), no qual se reconhece não apenas a insistência de alguns órgãos julgadores de instâncias inferiores em observar precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores, principalmente do Supremo Tribunal Federal, como também articula a compreensão jurídica daquela Corte com dados estatísticos e diagnósticos criminológicos críticos ao processo de encarceramento racista em massa por meio da política de drogas insculpida na Lei 11.343/06 e sua interpretação jurisprudencial.

A partir de uma perspectiva crítica do Direito como produto e aparência das relações sociais na sociedade (PACHUKANIS, 2017), pretende-se discutir os impactos do referido julgado na luta por afirmação e garantia de direitos fundamentais em resistência à expansão anticonstitucional do Estado penal, delimitando a dimensão e a profundidade desses impactos em termos de inovação do discurso construído nos espaços de disputa judicial e jurídica.

Para tanto, o presente artigo está dividido em X partes. Na primeira parte, retomase a percepção das funções manifesta e latente do Direito Penal a partir da teoria agnóstica da pena (ZAFFARONI *et al.*, 2011) no contexto da chamada “Guerra às Drogas” e suas implicações no contexto do neoliberalismo mundial (WACQUANT, 2003; 2008) e do racismo estrutural no Brasil (ALMEIDA, 2019; BORGES, 2019).

Na segunda parte, busca-se reconstruir o histórico de embates jurídicos pelo respeito aos princípios constitucionais de individualização da pena e da proporcionalidade em torno da fixação de regime inicial nos crimes do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, a partir dos referenciais críticos trazidos por Zaffaroni *et al.* (2011) e Pachukanis (2017).

Na terceira parte, analisa-se em que medida o Acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 596.603 traz inovações à construção de um discurso jurídico alinhado aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, bem como os possíveis impactos decorrentes de referidas inovações, notadamente no que diz respeito à reafirmação do Estado de Direito.

Na quarta e última parte são apresentadas as conclusões.

2 AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL E A “GUERRA ÀS DROGAS”

Zaffaroni *et al.* (2011), em sua elaboração da chamada *teoria agnóstica da pena*, denunciam a duplicidade de funções do sistema penal, apontando para a necessidade de análise para além dos discursos oficiais, relacionados ao que chamam de função *manifesta* da pena – como, por exemplo, a recuperação e ressocialização do delinquente e a socioeducação do adolescente – de maneira a se desvelar o que denominam de função *latente*, identificável pela análise crítica e no sentido da totalidade. Assim, descortinam-se expressões de um projeto societário burguês consistentes na docilização do preso



adulto e do adolescente para ser proletário, expurgo social dos desviantes, segregação intramuros e neutralização.

Essa perspectiva se coaduna, em termos sociojurídicos, com as análises sociológicas e criminológicas de dismantling das políticas de assistência social próprias de Estados de Bem Estar Social (estejam estas efetiva ou parcialmente consolidadas) em simétrico paralelo ao recrudescimento penal, em especial no que diz respeito aos crimes relativos ao tráfico de drogas.

Nesse sentido, verifica-se a consolidação de uma política de “Guerra às Drogas”, não apenas no campo policial como também em termos de normas jurídicas penais e processuais penais, possibilitando a explosão do encarceramento da população negra, pobre e periférica (WACQUANT, 2003).

Mais ainda, as políticas sociais, com caráter notório de regulação da pobreza e dos pobres, são substituídas por políticas de encarceramento, em uma “cadeia institucional que liga entre eles os sectores assistencial e penitenciário do Estado” (WACQUANT, 2008, p. 468-469), temperado por um forte viés de segregação racial e inserido dentro de um projeto político claro e definido em curso, mais complexo do que a simples ideia da acumulação capitalista, articulando “desregulação econômica, restrição das ajudas sociais e expansão do sector penal” (WACQUANT, 2008, p.486).

Referido processo, a propósito, não se limita aos Estados Unidos, objeto de análise de Wacquant (2003), ocorrendo também no Brasil, onde igualmente se observa a marginalização das classes ditas “perigosas” e da “guetificação” da população pobre. Mais ainda, é imprescindível se proceder ao devido racial nesses processos sócio-históricos (BRISOLA, 2012), identificando os pontos de tangência e contato entre o sistema penal e o racismo estrutural no Brasil, onde aquele se presta a “garantir a manutenção do racismo e, portanto, das desigualdades baseadas na hierarquização racial” (2019, p. 22).

A propósito, uma peculiaridade da “Guerra às Drogas” brasileira é a contemporaneidade da Lei 11.343/06 com o estabelecimento pelo Estado de diversas políticas públicas de ampliação do acesso à educação e de transferência de renda – evidenciando, portanto, que mesmo avanços na implementação de um *Welfare State* brasileiro não necessariamente obliteram estruturas de desigualdade racial e de utilização da política criminal como forma de manifestação dessas mesmas estruturas (BORGES, 2019).

A racialização da análise, inclusive, leva-nos ao aperfeiçoamento da categoria foucaultiana do biopoder por Mbembe pela categoria da necropolítica ou necropoder (2018) – a compreensão sociológica da racionalidade do Estado na definição de pessoas cuja existência, reduzida à mera existência biológica, pode ser aniquilada, qual seja, os projetos estatais de definição de quem vive e de quem morre, de quais corpos despertam interesse da classe dominante de docilização e controle e de quais são desinteressantes e podem simplesmente deixar de existir.

Na interpretação de Almeida (2019), trata-se da implementação da mentalidade colonialista pelo Estado, justificando-se eticamente a morte em defesa da economia e da



realidade – o que se verifica nos Estados contemporâneos, em especial aqueles que carregam trajetórias colonialistas do capitalismo periférico, como o Brasil.

A necropolítica se manifesta no Brasil claramente em operações policiais promovidas nos espaços periféricos e favelas (ALMEIDA, 2019) e, principalmente, nos famigerados autos de resistência seguida de morte (LIMA; LIMA, 2016) – estes últimos, justificativas discursivas jurídicas para o seu procedimento de extermínio, legitimando as superfícies de aparência do que Zaffaroni *et al.* (2011) denominam Direito Penal subterrâneo.

Mais ainda, ela extrapola a própria função latente da pena apontada pela teoria agnóstica, uma vez que opera não só na perspectiva do encarceramento e da docilização, como também se constrói e se consolida a partir do racismo brasileiro, dos processos históricos decorrentes da escravização negra africana e dos discursos sociais e pseudocientíficos de inferioridade e de animalização da população africana, inclusive pela elaboração do conceito evidentemente não-biológico de raças e de hierarquia entre estas (BORGES, 2019; FLAUZINA, 2006).

O projeto societário de genocídio da juventude negra, portanto, é amalgamado a partir dessas perspectivas de docilização e de inferioridade racial (FLAUZINA, 2006), mas também em articulação ao projeto anterior de embranquecimento da população, comprovado historicamente pelo tratamento eminentemente diferenciado conferido aos imigrantes europeus (sobretudo italianos) vindos para o trabalho braçal com o café em relação à vasta população negra africana liberta (BORGES, 2019).

Considerando os estreitos limites deste artigo, não há espaço aqui para se aprofundar a respeito das inúmeras relações entre a necropolítica, o racismo estrutural e o Direito Penal subterrâneo na política brasileira de “Guerra às Drogas”, até mesmo porque a faceta mais declaradamente genocida dessa política não é objeto do Acórdão proferido no bojo do HC nº 596.603 (BRASIL, 2020), eis que inserido ainda no asséptico meio jurídico formal.

Entretanto, entende-se que a janela de oportunidade aberta pela luta articulada e pela litigância estratégica em torno da mencionada ação constitucional ilumina direções possíveis de aprofundamento destas no sentido do combate ao genocídio da juventude negra em curso, notadamente para um explícito reconhecimento autocrítico pelo Poder Judiciário, com consequentes desdobramentos de dissolução das falácias formalistas jurídicas e de enfrentamento da realidade subterrânea das agências penais.

Isso porque, como será demonstrado mais adiante, referido julgamento oportunizou uma substancial inovação discursiva que, apesar de aquém do mais avançado estado da arte do pensamento sociojurídico brasileiro crítico e carente de maior aprofundamento acerca do racismo estrutural, certamente avança em relação a paradigmas positivistas jurídicos e, sobretudo, em relação aos discursos do conservadorismo penal amplificados pela guinada à direita da política nacional.

Por conseguinte, as lacunas em termos de um letramento racial e do nefasto genocídio em curso são, também, janelas abertas para que a litigância estratégica e a práxis, e, sobretudo, para se enxergar as possibilidades de um novo projeto societário e de relações sociais mais justas – à semelhança do que afirmou Cornell (2008) a respeito das



lutas contra o apartheid sul-africano, a partir das categorias benjaminianas da imagem dialética e do *Erfahrung*.

3 DISPUTAS DISCURSIVAS E A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL PARA O CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO

Pachukanis (2017, p. 272), ao desenvolver uma teoria marxista do Direito, constatou que “a forma jurídica em sua versão mais desenvolvida corresponde às relações sociais burguesas capitalistas”, reconhecendo o Estado jurídico como

uma miragem, mas uma miragem totalmente conveniente para a burguesia, pois substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde das massas o domínio da burguesia (2017, p. 346).

Nesse sentido, sua compreensão crítica sobre o Direito traz grande substrato à compreensão cética que Zaffaroni *et al.* (2011) tem a respeito do garantismo penal (e da própria legitimidade do Direito Penal, aliás) em relação a um projeto societário de reconhecimento e efetivação de direitos humanos, situando aquele na esfera das estratégias úteis de concretização destes no momento presente, sem se descuidar de perspectivas no sentido de uma maior transformação societária que compreenda até mesmo o abolicionismo penal (ZAFFARONI, 2014).

Trata-se, portanto, de se evitar a ilusão com o garantismo penal enquanto projeto político, adotando-o, todavia, como discurso útil dentro do espaço de disputa que se trava no Poder Judiciário sob o dever (nem sempre observado) de respeito à Constituição Federal, em especial aos direitos fundamentais.

O garantismo penal, portanto, não é oposição ao conservadorismo penal no plano das verdadeiras relações sociais aparentes como relações jurídicas na sociedade burguesa (PACHUKANIS, 2017), mas é discurso inscrito na superficialidade dessas mesmas relações jurídicas e, portanto, tem o potencial de elevar ao extremo as contradições do direito burguês na sociedade capitalista – como já pudemos demonstrar, em outra oportunidade, a respeito do exame criminológico na execução penal (SILVA, 2018).

A respeito do conservadorismo penal, é importante lembrar que este nada mais é do que a faceta pertinente ao sistema penal do próprio conservadorismo, ou seja, é ontologicamente ligado aos valores de acumulação capitalista e, mais ainda, às expressões autoritárias e de manutenção das assimetrias de classe decorrentes do conflito entre o capital e o trabalho ínsitas a esses mesmos valores no modo capitalista de produção (BARROCO, 2011). Como já afirmamos em outra ocasião (SILVA, 2018, p. 11):

pode-se compreender o conservadorismo penal como uma expressão desses ideais burgueses manifestada, sobretudo, em projetos de recrudescimento do sistema penal, com exacerbado controle social e fortalecimento irrestrito das agências penais, garantindo a manutenção das condições de segurança necessárias não à vida em sociedade per se, mas à vida e ao poder das classes dominantes em uma sociedade capitalista orientada para a acumulação.

A disputa que se coloca no âmbito jurídico-processual, portanto, não é uma disputa de projetos societários, como se imaginaria no falso antagonismo entre



conservadorismo penal e garantismo penal, já que esse mesmo antagonismo está adstrito ao plano dos discursos jurídicos. Ou seja, a disputa no âmbito jurídico-processual é uma disputa discursiva a partir da interpretação do texto constitucional e legal, demonstrando a inconsistência e a incoerência presente nas diversas violações às disposições legais e constitucionais consideradas aceitáveis à luz da função latente da pena e do projeto societário em que esta se insere.

A disputa discursiva entre garantismo e conservadorismo pode ser claramente percebida, *inter alia*, na eleição do regime inicial de cumprimento de pena aplicada pela prática do crime do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Uma simples e positivista leitura do art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal leva-nos à conclusão de que a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena imposta na condenação deve levar em consideração tanto a quantidade de reprimenda como também as circunstâncias judiciais verificadas no caso concreto – as mesmas já valoradas pelo órgão julgador em etapa anterior, quando da fixação da pena-base a partir dos critérios do art. 59 do Código Penal.

Não é sequer necessária uma leitura sistêmico-constitucional mais sofisticada para se concluir, portanto, que seria absolutamente incoerente a fixação de regime inicial semiaberto ou fechado na hipótese de condenação a pena mínima cominada na figura em questão (um ano e oito meses), na qual a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal por não se ter considerada como desabonadora nenhuma das circunstâncias previstas como critérios no já mencionado art. 59 do Código Penal.

Entretanto, não é o que se verifica sempre na realidade. Partindo do pressuposto lógico inafastável de que a existência de entendimentos sumulados por Tribunais Superiores significa que houve – e em certa medida ainda há – divergência sobre determinado tema, é forçoso reconhecer que a interpretação dos arts. 33 e 59 do Código Penal, ainda que de forma rasa e à revelia de princípios constitucionais aplicáveis como o da proporcionalidade, tem sido com substancial frequência absolutamente incoerente e desconectada das disposições explícitas do próprio enunciado normativo.

Isso se comprova, de imediato, pela própria existência da Súmula nº 440 do Superior Tribunal de Justiça, a qual veda a justificativa de eleição de regime mais gravoso na hipótese de a pena-base, à luz do art. 59 do Código Penal, ter sido fixada no mínimo patamar legal. E se comprova, ainda, em posicionamentos doutrinários que descolam a valoração das circunstâncias judiciais da pena-base da sua valoração na fixação do regime inicial, como se coubesse ao órgão julgador uma dupla e independente análise do art. 59 do Código Penal sem qualquer compromisso com a coerência interpretativa – o que se verifica, por exemplo, em Nucci (2014).

O garantismo penal, dessa forma, possibilita o apontamento da incongruência lógico-interpretativa das normas jurídicas por meio de esforços contrários ao próprio texto legal, levando-nos a concluir que, neste caso, haveria fixação de regime contrária ao Direito. Porém, a análise criminológica crítica permite compreender que, havendo uma função latente da pena, o descumprimento das normas jurídicas na aplicação concreta da pena não viola o Direito como superfície das relações sociais à medida em que confirma



a lógica capitalista destas e reexibe, mais uma vez, as nuances de um projeto societário de encarceramento em massa a partir de critérios de classe e raça.

A necessidade estratégica, todavia, repousa na possibilidade de denúncia dessa contradição a partir do discurso jurídico dentro do processo penal, contradição essa que acaba por ser sanada, ainda que abstratamente por meio de súmula, nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário – sob pena de se confirmar, em última instância, a observação de Pachukanis (2017, p. 334) no sentido de que “a dominação de classe não se apresenta como é, ou seja, a sujeição de uma parte da população à outra, mas assume a forma de uma dominação estatal oficial”.

Nesse cenário, é compreensível que a mera enunciação sumular de um Tribunal Superior carente de qualquer força vinculante seja, em inúmeros casos concretos, questionada ou mesmo ignorada à guisa da manutenção do projeto societário de encarceramento em massa. Porém, a fixação de entendimento vinculante também não se mostrou apta a, dentro do espaço de disputa jurídica, garantir o efetivo cumprimento legal.

Prova disso é a disputa em torno do regime inicial fechado aos crimes hediondos e a utilização de referido fundamento para justificar o regime mais gravoso em condenações pela figura do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. E, aqui, não é apenas um, mas três os entendimentos vinculantes da Corte Constitucional brasileira anterior ao julgamento do HC nº 596.063/SP pelo Superior Tribunal de Justiça.

Primeiro, em 2006 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de disposição legal que impunha o regime inicial fechado integral, vedando automática e abstratamente qualquer possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, a qual constava da redação original do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90 no julgamento do HC nº 82.959/SP.

Reconhecendo a incompatibilidade dessa norma em relação ao princípio constitucional da individualização da pena, a Corte Constitucional brasileira ceifou-a da ordem jurídica, acolhendo o que já era defendido pela Doutrina e culminando, ainda, na Lei 11.464/07, que alterou a redação do §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos para ali constar não mais o regime integralmente fechado, mas a obrigatoriedade de a execução de penas impostas a esses crimes se iniciar em regime fechado sob qualquer hipótese (NUCCI, 2014).

Segundo, em 2016 houve o julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal do HC nº 118.533/MS, no qual se fixou o entendimento de que a figura típica do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, comumente chamada de tráfico privilegiado, seria hipótese distinta do crime de tráfico de drogas considerado a delito equiparado a hediondo pela Lei 8.072/90, principalmente à luz do princípio constitucional da proporcionalidade.

Terceiro, em 2018 o Supremo Tribunal Federal, face à nova redação legal da Lei dos Crimes Hediondos, sedimentou o entendimento do Pleno (Tema 972) no sentido de que é inconstitucional o regime inicial fechado de forma automática e obrigatória por violar, tal qual a disposição anterior de integralidade do regime fechado, o princípio constitucional de individualização das penas – ainda que, neste caso, haja vezes doutrinárias que sustentem a constitucionalidade do dispositivo (NUCCI, 2014).



O histórico de disputas jurídicas na Corte Constitucional mostra que, a despeito das importantes conquistas de defesa de direitos fundamentais e da própria legalidade penal inclusive com decisões vinculantes proferidas, ainda assim não houve garantia da legalidade e o encarceramento em massa por meio das condenações pelo crime de tráfico de drogas persistiu. Tanto é assim que foi necessário, mais uma vez, com intensa articulação e vigor, adentrar o espaço de disputa jurídica para que o Poder Judiciário reafirmasse o que se vinha consolidando ao longo de aproximados catorze anos – desde o reconhecimento da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado.

É forçoso concluir, portanto, que o empenho na defesa de direitos fundamentais e de enfrentamento da violência das agências penais ao arrepio da lei e do projeto encarcerador racista e classista não se encerra com uma vitória judicial, razão pela qual o teor do julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 596.603/SP não pode ser considerado um ponto definitivo de chegada.

Contudo, também seria historicamente equivocado assumir que referida conquista judicial é irrelevante ou de pouca efetividade no contexto do modo capitalista de produção. Este, direcionado à sua autopreservação por meio das instituições jurídico-políticas burguesas, para evitar maiores riscos à acumulação capitalista e às assimetrias de classe no conflito entre capital e trabalho, cede a partir de demandas e reivindicações da classe trabalhadora e dos seus movimentos sociais – o que, claramente, verifica-se na forma do chamado Estado de Bem Estar Social e seu “liberalismo embutido” decorrente de um dito “‘compromisso de classe’ entre o capital e o trabalho” para assegurar condições de expansão capitalista no pós-guerra (HARVEY, 2014, p. 19-20).

A própria proposta da teoria agnóstica da pena consiste na ação política do aqui e do agora, com os recursos possíveis (o garantismo penal, principalmente), ainda que reconhecendo uma perspectiva ideal de superação das relações sociais do capitalismo. Por conseguinte, recusar-se ao embate e à defesa de direitos fundamentais significaria compactuar com violências e opressões à revelia dos espaços de disputa e das janelas de oportunidade (ALONSO, 2012) possíveis no ambiente democrático.

E, para além da esfera penal, pode-se reconhecer a própria relevância das disputas jurídicas e da democratização do Estado para a ampliação no reconhecimento e na garantia de direitos sociais e de igualdade material – não se podendo abrir mão, em hipótese alguma, da disputa pelo Estado de Bem Estar Social, em especial de um “Estado nacional forte e democrático, com o objetivo de incluir a população na cidadania política e social” a fim de superação do desenvolvimento (BERCOVICI, 2013, p. 143).

Nesse sentido, uma análise crítica do processo histórico e das implicações sociojurídicas e políticas da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 596.603/SP deve necessariamente reconhecer sua importância e, sobretudo, jamais abdicar de sua validade nas disputas judiciais posteriores e na luta por sua observância pelos órgãos julgadores de primeiro e segundo grau de jurisdição.



4 AVANÇOS DISCURSIVOS NO HC Nº 596.603 E A REAFIRMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Na esfera discursiva jurídica, verifica-se que o HC nº 596.603/SP, além de trazer importante inovação técnico-processual pela concessão de ordem coletiva, também inova ao explicitamente condenar a insistência de órgãos judiciais de instâncias inferiores em negar vigência aos entendimentos vinculantes do Supremo Tribunal Federal e à própria Jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, principalmente a partir de dados trazidos aos autos pela Defensoria Pública de São Paulo (BRASIL, 2020).

Mais do que se contrapor à insubordinação judicante, o Tribunal traz no Acórdão ácidas e dilacerantes críticas aos próprios efeitos sociais decorrentes da chamada “Guerra às Drogas”, em especial o fenômeno do encarceramento em massa de pessoas pobres e negras, à revelia dos objetivos constitucionais do Estado brasileiro de garantia da igualdade e de erradicação das desigualdades e da marginalização socioeconômica – construindo-se a argumentação, principalmente, a partir de dados articulados pelo Instituto CONECTAS e também pela Defensoria Pública paulista nos autos (BRASIL, 2020).

É evidente que, do ponto de vista jurídico, o julgado abre caminhos para diversas análises acerca dos limites e possibilidades do habeas corpus e sua utilização em demandas coletivas, bem como do aperfeiçoamento do sistema de precedentes trazido à ordem jurídica brasileira com o Novo Código de Processo Civil. De um ponto de vista menos jurídico-dogmático e mais próximo da análise social, o julgado também é inovadoramente interessante para os estudos acerca da litigância estratégica de direitos humanos em matéria penal.

Porém, interessa a este artigo a perspectiva adotada na elaboração do Acórdão de reconhecimento dos fenômenos sociopolíticos decorrentes das posturas de determinados órgãos do Poder Judiciário, trazendo para o debate jurídico análises das Criminologia – uma vez que, aqui, a análise está centrada nas inovações dentro das disputas discursivas no espaço judicial e jurídico.

Para além da já mencionada perquirição jurídico-política dos dados trazidos, verifica-se que no julgado inovação de imensa relevância, notadamente pelo fato de constar da fundamentação o pensamento de Loïc Wacquant (BRASIL, 2020). Conclui-se, assim, que não só se extrapolam as rasas perspectivas do positivismo jurídico como também se incorpora ao discurso um posicionamento de referencial explicitamente crítico e, sobretudo, com escopo de real diagnóstico social para fins de uma perspectiva de maior efetivação de direitos.

Pachukanis (2017, p. 348) já alertara ser “inevitável que haja certa divergência entre a verdade jurídica e aquela verdade que é objetivo das investigações históricas e sociológicas”, apontando como causa dessa dessincronia o fato de juristas partirem “do conceito de Estado como uma força independente, que se opõe a qualquer outra força individual e social” – daí compreender o Direito e o Estado com o devido ceticismo, a partir da análise da totalidade das relações sociais no modo capitalista de produção.



Contudo, a incorporação da análise criminológica na decisão jurídica, além de obviamente enriquecê-la do ponto de vista argumentativo, abre caminhos para a superação da dessincronia apontada por Pachukanis (2017), ainda que não na exata profundidade de reconhecimento por um órgão do Poder Judiciário do conflito entre capital e trabalho e das suas expressões na superestrutura jurídica.

Isso significa reconhecer, então, que a partir do momento em que um órgão julgador estatal se abre ao diálogo com as Ciências Sociais, ele avança no cumprimento de seus objetivos e atribuições constitucionais e legais, especialmente no que diz respeito à garantia de igualdade material e de efetivação de direitos. E, a partir da perspectiva abordada no sentido da importância da defesa do Estado Social e democrático para a garantia de direitos e para a superação do desenvolvimento (BERCOVICI, 2013), é possível reconhecer, sem exageros, que o Acórdão proferido no HC nº 596.603/SP traz um imenso salto da estéril formalidade jurídica como aparência para a essência das relações sociais e dos projetos societários em disputa, sejam eles a favor ou à revelia da Constituição Federal.

Deve-se salientar, ainda, as críticas tecidas no Acórdão contra o conservadorismo penal, identificado como inadequado e inconciliável com um Estado de Direito brasileiro que respeite rigorosamente a sua Constituição e os direitos fundamentais, em especial o princípio da individualização das penas. Significa reconhecer, portanto, a elaboração de um discurso jurídico por um Tribunal Superior expressamente contrário ao conservadorismo penal – o que assume maior relevância no atual contexto de recrudescimento político à direita e da produção cotidiana de discursos pelo Poder Executivo absolutamente contrários aos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece-nos que o tensionamento às últimas consequências das contradições discursivas jurídicas coloca o Estado em posição delicada e oportuna para conciliação com as demandas dos movimentos sociais, de maneira a evitar processos de ruptura que possam implicar não apenas risco à ordem societária vigente de uma perspectiva mais idealista, mas sobremaneira impliquem interrupções consideráveis na acumulação capitalista e exijam das classes dominantes o seu engajamento extremo para a autopreservação.

Os processos históricos de conquistas de direitos e de justiça social parecem confirmar essa hipótese, principalmente se consideradas as intensas lutas da classe trabalhadora que possibilitaram o desenho de políticas públicas sociais e de garantia de igualdade material, em especial (mas não apenas) a partir das Revoluções Industriais (HOBBSAWM, 2016). No Brasil, aliás, o próprio processo sócio-histórico de construção da cidadania denota essa característica (CARVALHO, 2002).

Pelos próprios limites deste artigo, não se pretende aqui validar a hipótese de que a litigância estratégica por meio HC nº 596.603/SP seja um desses processos de luta, mas é possível afirmar que amplifica tensões jurídicas desde a demonstração e o reconhecimento pela Corte Constitucional brasileira da inconstitucionalidade de norma



estipulando abstratamente o regime integralmente fechado a qualquer pessoa condenada pelo crime de tráfico de drogas.

E essa amplificação, a nosso ver, ecoa nas estruturas jurídicas do Estado de maneira muito mais intensa do que nas situações precedentes, uma vez que um Tribunal Superior, agora, põe-se a criticar de maneira direta a atual política de drogas responsável pelo encarceramento em massa estruturalmente racista, ao mesmo tempo rechaçando clamores do conservadorismo penal incompatíveis com um Estado de Direito.

Nesse sentido, o discurso jurídico construído neste momento e a partir das articulações de litigância estratégica deve ser reconhecido por seus significativos e substanciais avanços em relação aos discursos anteriores, comprovando não apenas o êxito da luta sociopolítica e jurídica, como também iluminando a perspectiva de avanço no sentido de efetivação cética de um Estado Social democrático e concretamente comprometido com a promoção de igualdade material e de justiça social.

Todavia, o próprio processo histórico de construção do novo discurso jurídico visto no Acórdão do HC nº 596.603/SP aponta para a fragilidade de sedimentação prática desse discurso ante as estruturas sociais determinadas pelo conflito capital/trabalho e pelas desigualdades raciais estruturais no Brasil.

Por conseguinte, conclui-se que, ao mesmo tempo em que o discurso jurídico inscrito no HC nº 596.603/SP não deve ser considerado um ponto de chegada, mas um ponto de passagem dentro de um processo histórico maior e duradouro de lutas pela efetivação de direitos, o fato de o Poder Judiciário abrir-se para debater em termos sociológicos e criminológicos um tema tão relevante como a “Guerra as Drogas” é forte indicativo da abertura de uma janela de oportunidade para o enfrentamento direto do encarceramento em massa de pessoas negras e pobres no país – inclusive oportunizando ações que impliquem reconhecimento e posicionamento do Estado contra a necropolítica e o genocídio da juventude negra em curso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALONSO, Angela. *Repertório, segundo Charles Tilly: história de um conceito*, in *Sociologia & Antropologia*, v. 02.03, p. 21–41, 2012. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/368037/mod_resource/content/1/repertorio%20Sociologia%20%20Antropologia%20ano2v3_artigo_angela-alonso.pdf>, acesso em 02 de dezembro de 2020.

BARROCO, Maria Lucia Silva. *Barbárie e neoconservadorismo: os desafios do projeto ético-político*, in *Revista Serviço Social & Sociedade*, nº 106, p. 205/218. São Paulo: Cortez, abr./jun. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *A crise e a atualidade do Estado social para a periferia do capitalismo*, in *Estudos do Século XX*, nº 13, p. 127-144, 2013. Disponível em: <[Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. São Paulo, v. 6 n. 28 p.131-143, 2021.](https://digitalis-</p></div><div data-bbox=)



[dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/36801/1/A%20Crise%20e%20a%20Atualidade%20do%20Estado.pdf](https://www.dspucsp.br/bitstream/10316.2/36801/1/A%20Crise%20e%20a%20Atualidade%20do%20Estado.pdf)>, acesso em 02 de dezembro de 2020.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 596.603/SP. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília: 08 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1979417&tipo=0&nreg=202001706121&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200922&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 02 de dezembro de 2020.

BRISOLA, Elisa. *Estado penal, criminalização da pobreza e Serviço Social*, in *SER Social*, v. 14, n. 30. Brasília: UNB, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – o longo caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CORNELL, Drucilla. *Moral images of freedom: a future for Critical Theory*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação submetida à Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho. São Paulo: PUC-SP, 2018.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. 5ª ed. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HOBSBAWM, Eric J. *Da Revolução Industrial inglesa ao Imperialismo*. 6ª ed. 4ª reimp. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LIMA, Larissa Leilane Fontes de; LIMA, Igor Frederico Fontes de. “Autos de resistência” como instrumento legitimador da política de extermínio dos “indignos de vida”, in *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2, nº 2, p 1-15, jul/dez. 2016.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: N-1, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Rodrigo Augusto T. M. Leal da. *Exame criminológico: estratégias, resistências e o curto-circuito do conservadorismo*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Serviço Social (Área de Concentração Serviço Social), sob a orientação da Profa. Dra. Maria Lúcia Martinelli. São Paulo: PUC-SP, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 1ª ed. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *O corpo, o gueto e o Estado penal*. Entrevista concedida a Susana Durão, in *Etnográfica – Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia*, vol. 12, p. 455-486. Lisboa: CRIA, 2008.

