

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006: A INEXATIDÃO DA REDAÇÃO E INTERPRETAÇÃO ADEQUADA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*Gabriela Nespolo**

*Camilo Stangherlim Ferraresi***

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação da legislação brasileira em relação as drogas consideradas ilícitas no país e do tratamento dado aos usuários e traficantes destas. Inicialmente, apresenta-se, de forma resumida, a história do proibicionismo mundial, também sobre a proibição de drogas no Brasil, bem como a produção legislativa até à lei atual, n. 11.343/2006, trazendo a diferenciação teórica dos usuários e traficantes de acordo com este dispositivo legal; também demonstra que na prática, essa diferenciação por vezes não ocorre, e acaba encarcerando usuários enquanto que a lei tinha o intuito de coloca-los no sistema de saúde. Por fim, conclui-se que a norma, por si só, afronta à Constituição, carecendo da objetividade necessária em seu §2º, bem como é aplicada de forma a contrariar a Constituição Federal e a vontade expressa pelo legislador em seu processo de criação e aprovação.

Palavras-chave: Direito Penal. Lei de Drogas. Lei 11.343/2006. Usuário de Drogas. Traficantes.

*Graduanda em Direito pela Faculdades Integradas de Bauru – FIB

**Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (São Leopoldo - RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru - SP). Advogado, Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

1 INTRODUÇÃO

O tema se torna de extrema importância, tanto social quanto jurídica, quando se analisam os dados acerca do encarceramento brasileiro; a Nova Lei de Drogas, elaborada com fim de despenalizar o usuário, retirando-o do âmbito penal e jogando-o para o sistema de saúde, é responsável por uma grande parcela dos presos em território nacional, ultrapassando a metade quando se analisa apenas o número de mulheres encarceradas, de acordo com a Human Rights Watch (2017).

Isso ocorre devido à prisão de usuários como se traficantes fossem tendo em vista a diferença entre o tratamento dado aos usuários e traficante, a partir da aplicação dos artigos 28 e 33, respectivamente. A busca pela resposta jurídica adequada constitucionalmente torna-se urgente para que se dê meios para diferenciação efetiva antes as duas condutas típicas.

O presente trabalho busca, responder, prioritariamente sobre a possível inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que trata dos usuários de drogas e as penas para eles previstas, bem como se referida lei é aplicada de maneira correta e coerente com suas razões de elaboração expostas no processo legislativo, e se em consonância com os princípios constitucionais.

2 O PROCESSO HERMENÊUTICO DE CONSTRUÇÃO JURÍDICA DE SENTIDO DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO POSITIVO

Data do século XVII, na China, a primeira prática proibicionista relacionada às drogas, sendo a decapitação a pena para os infratores; as proibições se perduram no tempo e, por vezes, têm penas desproporcionais para os envolvidos nesta ‘transação comercial’ escolhida, de forma discricionária, como ilícita (VALOIS, 2019). A tratativa do tema como assunto de importância internacional iniciou no século XX liderada pelos Estados Unidos, e inaugurada pela Conferência de Xangai, em 1909 (VALOIS, 2019). A essa, se seguiram inúmeros encontros internacionais, onde se escancarou, conforme demonstrado por

Luís Carlos Valois (2019), que os acordos entre as nações se pautavam em interesses políticos e econômicos, especialmente estadunidenses, não realizando qualquer discussão científica sobre o tema.

A Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, inaugura a era ONU nos tratados sobre drogas; em 1971 a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas trouxe em discussão as substâncias produzidas pela indústria farmacêutica de países desenvolvidos resultando em um tratado com aspectos de controle internacional, mas sem o rigor imposto nos anteriores (VALOIS, 2019). Por último, completando a tríade da base do sistema proibitivo atual, ocorre a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas em 1988, que reafirma o compromisso de criminalização do porte de drogas para uso (VALOIS, 2019). Valois (2019) explica que com caráter policial a nova legislação impunha medidas repressivas que os signatários deveriam adotar, sem que houvesse qualquer preocupação com a soberania nacional de qualquer dos países que assinassem o acordo.

Brasil nunca foi o país que toma as decisões acerca da política de drogas, e sim aquele que acata aos desmandes dos EUA, nas Conferências e Convenções, sempre estava disposto a acatar ao que vinha dos líderes, mantendo a ideia de repressão da taxicomania (SOUZA, 2012 apud VALOIS, 2019). Faltam debates e estudos sobre drogas e a classe política brasileira acaba sempre seguindo o padrão punitivo imposto (VALOIS, 2019). Segundo Almeida (2018) o país tinha normas que tratavam de uso e venda de substâncias venenosas, mas não de drogas, estas eram consumidas apenas pela elite até o século XIX. Em 1912, após a assinatura do Protocolo Suplementar de Assinaturas das Potências não Representadas na Conferência de Haia e a popularização das drogas para os grupos marginalizados, o Governo brasileiro iniciou, de fato, sua política de combate às drogas no país, tendo como marco legal o Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, que promulgou a Convenção sobre o Ópio. Outro marco na história do proibicionismo “brasileiro” foi a criação da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, responsável pelo Decreto-Lei nº 891/1938 que aumentava a lista de drogas proibidas e previa, em seu artigo 35, pena de prisão de um a quatro anos para uso e porte de drogas.

Na década de 1940, o Código Penal traz o art. 281 dedicado ao tráfico de drogas, com multiplicidade de verbos e pena de reclusão de um a 5 anos e multa. Tal dispositivo foi modificado diversas vezes, e em 1968, foi imposta

a mesma sanção aos usuários e traficantes, conforme seu inciso III, § 1º. Em 1976, a Lei 6.368 revoga tal artigo e passa a regular a temática no país: a pena para o traficante foi aumentada, passando a reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos e multa, e mantida a criminalização do usuários com pena de detenção de seis meses a dois anos (BRASIL, 1976).

De acordo com Salo de Carvalho (2016) a Lei nº 6.368/76 escancarou a sintonia brasileira ao modelo transnacionalizado de implementação do discurso jurídico-política para a questão das drogas, trazia a prevalência da eficácia da repressão sobre a prevenção, adicionada a punitividade. Segundo ele:

Assim, no plano político-criminal, a Lei 6.368/76 manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de 1970. (2016, p. 48)

Ainda de acordo com Carvalho (2016), a elasticidade da pena prevista para o crime do artigo 12, sendo de 3 (três) a 15 (quinze) anos, que deveria ser dosada conforme a situação concreta pelo magistrado, deu lugar a aplicação sistemática de penalidades severas, sem diferenciação entre o pequeno e grande comerciante de drogas. Eleito como inimigo interno, o traficante se torna o mal a ser combatido.

No início dos anos 1990 passa a ser discutida a necessidade de uma nova lei para a temática drogas, segundo Almeida (2018) “a defasagem conceitual e operacional do estatuto impunha reformulação global”. O principal projeto em discussão à época, o PL nº 1.873/91, era fruto das conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico de 1991, que investigava uma rede de tráfico de drogas na Amazônia, colocando o país como rota do comércio internacional (CARVALHO, 2016). Segundo Salo de Carvalho “o projeto marcou a política de recrudescimento do sistema de controle das teias de comércio, estabelecendo novas categorias de delitos, sobretudo daquelas condutas associadas às organizações criminosas e suas políticas de

financiamento”. Após todo processo legislativo e adequações ao texto original do Projeto de Lei, nasce a Lei 10.409/2002, que teve toda sua parte de direito material vetada pelo então presidente da república.

Estas duas leis vigoraram concomitantemente por alguns anos, até que em 24 de agosto de 2006, entra em vigor a Lei nº 11.343 que instituiu 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, revogando as anteriores que tratavam do assunto. A nova Lei reúne os todos os aspectos do direito. Durante sua tramitação no Congresso Nacional, muito se falou acerca da diferenciação entre usuários e traficantes (CAMPOS, 2015), contudo, comparando o artigo 28 ao 33, observa-se que todos os verbos presentes no primeiro também constam do longo rol de verbos elencados no segundo, que tipifica o tráfico de drogas. O primeiro artigo visa a prevenção e o segundo, a repressão, institutos opostos na aplicação prática.

O intuito do legislador era, além de diferenciar o usuário do traficante – o que não foi possível devido à falta de objetividade na redação do artigo (BRASIL, 2015), deslocar o usuário para o sistema de saúde, enquanto punia, de forma mais dura – tendo em vista o aumento da pena mínima em comparação à lei anterior, apenas o traficante (CAMPOS, 2015). À época da aprovação da Lei, o Deputado Paulo Pimenta, também relator do projeto, justificava a pena base do crime de tráfico de drogas para que fosse atendido o clamor da sociedade brasileira (CAMPOS, 2015), no entanto, anos após a aprovação da Lei 11.343, ainda não se pode, como se extrai do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 635.659/SP, diferenciar o usuário do traficante – pelo menos não pela redação dos artigos 28 e 33.

Mesmo que a intenção do legislador ao elaborar a norma fosse ressocializar o usuário e punir apenas o traficante com uma pena maior, para que assim também inibisse a venda de drogas no país (CAMPOS, 2015), o 27º Relatório Mundial da Human Right Watch (2017) dispôs que:

Um fator chave para o drástico aumento da população carcerária no Brasil foi a lei de drogas de 2006, que aumentou as penas para traficantes. Embora a lei tenha substituído a pena de prisão para usuários de drogas por medidas alternativas (...) sua linguagem vaga possibilita que usuários

sejam processados como traficantes. Em 2005, 9 por cento dos presos haviam sido detidos por crimes associados às drogas. Em 2014, eram 28 por cento, e, entre as mulheres, 64 por cento, de acordo com os últimos dados disponíveis.

Fica evidente que a falta de clareza do legislador ao elaborar a norma acaba por alimentar o “sistema segregacionista e violador de direito constitucionais” (CARDOSO NETO, 2020), que escolhe tratar usuários como traficantes ou o contrário, de acordo com aspectos subjetivos e contextuais. Para Valois (2019) a quantidade exagerada de verbos presentes no tipo penal prejudica o princípio da legalidade, que tem como efeito a clareza e a objetividade do tipo. Assim como o “legislador em dizer que basta a pessoa possuir *droga em desacordo com determinação legal*” retira a necessidade de se provar o dolo na conduta do autor. Estas são medidas que afastam a Lei Penal da “ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado”, colocando-a como pedido de polícia.

Ademais, o crime de tráfico contém os mesmos cinco verbos que caracterizam o crime de uso/ porte de drogas, e a diferenciação fica por conta da expressão “para consumo pessoal”, que deve ser entendido como o uso pelo próprio agente (SILVA, 2016). Para assim determinar, o juiz deve observar as circunstâncias que constam do §2º do mesmo artigo: natureza e quantidade da droga, local e condição da apreensão, circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como conduta e antecedentes deste. Silva (2016) explica que são apenas exemplificativas, podendo o juiz analisar outras. As circunstâncias são excessivamente subjetivas, sem critérios objetivos, livres de interpretação pelo juiz, sem qualquer parâmetro legal. Foi adotado na nova Lei de Drogas, conforme explica Capez (2019, p.734), um “critério de reconhecimento judicial”, isto é, cabe ao juiz, analisando cada caso, decidir sobre o correto enquadramento da conduta.

No Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, o Ministro Relator Gilmar Mendes defende em seu voto a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 por violar o Princípio da Proporcionalidade. Justifica dizendo que esta norma, ao descrever condutas idênticas às previstas no crime de tráfico de drogas e não estar revestida da objetividade necessária, acaba por dificultar, e até mesmo inviabilizar a distinção pretendida pelo legislador entre o usuário e o traficante.

Anos após de vigência da lei de drogas atual, a jurisprudência parece não ser unânime na aplicação da norma. Em rápida pesquisa no Tribunal de Justiça de São Paulo, apenas nos processos da Comarca de Bauru, destacam-se inúmeras divergências: Na Apelação Criminal nº 1500699-17.2019.8.26.0594, o relator Miguel Marques e Silva (2020) classifica as provas como amplamente comprobatórias do crime de tráfico, quais sejam: mais de 20g de maconha e material para embalagem de drogas; já Xisto Rangel, na Apelação Criminal de nº 0000159-77.2018.8.26.0594 decide que usuários não podem portar mais que um tipo de droga, e que 10 porções de cocaína e 11 de crack caracterizam, sem dúvidas, tráfico. Na contramão, João Morenghi, no HC Criminal nº 2264437-71.2019.8.26.0000, define que 123g de cocaína na forma de crack não é quantidade expressiva de drogas.

A exposição de fatos dos acórdãos analisados parecem obedecer um roteiro para acontecimentos: na grande maioria há apenas depoimento dos policiais, que as vezes alegam denúncias anônimas e observação do local, onde constata o tráfico de drogas por conta do entra e sai de pessoas; também é comum a confissão informal para os policiais que fazem a apreensão de drogas, posteriormente negadas em juízo; o local, por vezes, já é conhecido pelo tráfico de drogas, e por isso, não cabe dúvidas quanto à traficância de quem quer que ali esteja. Poucas são as decisões como a do Relator Ivo de Almeida, na Apelação Criminal nº 1501177-25.2019.8.26.0594 (2020), que dispõe que “a droga apreendida até poderia estar destinada ao tráfico, entretanto, em sede de direito penal, indícios tênues de envolvimento no comércio de entorpecentes não bastam para ensejar um decreto condenatório”.

Todo o exposto coaduna com o que apresenta a pesquisa feita pelo Juiz Luís Carlos Valois (2019) ao analisar 250 autos de inquérito policial nas capitais de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e do Distrito Federal. Ele é certeiro na crítica feita ao uso, praticamente exclusivo, do depoimento de policiais para a condenação por tráfico de drogas; em seu trabalho, 76,4% dos processos analisados tem apenas policiais como testemunhas dos fatos apresentados, subindo para 96% no Estado de São Paulo. As apreensões de drogas e o testemunho dos policiais são praticamente as únicas provas nos autos contra a pessoa indiciada. O mesmo policial que aborda, que viola o domicílio e que constrange o cidadão, é aquele que deporá contra este mesmo no tribunal. Pela lógica punitivista, se não se aceita a única testemunha

apresentada – não a única possível, não terá qualquer condenação, e como brilhantemente coloca Valois (2019): o judiciário prefere se tornar uma máquina de encarcerar gente, do que cumprir com sua função de ser o local onde se averiguam os fatos apresentados. Com isso “quem prende, quem apresenta o possível culpado de qualquer desses crimes, escolhendo quem realmente sentará no banco dos réus, é a polícia” e não as leis (VALOIS, 2019).

3 A POSSIBILIDADE DE UMA DECISÃO JURÍDICA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 28

Os critérios do §2º, art. 28, que definem o porte para “consumo pessoal”, têm caráter subjetivo e devem ser sempre analisados em conjunto, mas ainda podem e levam à aplicação de um direito penal seletivo, criminalizando populações marginalizadas e protegendo as classes sociais dominantes (SOBRAL JUNIOR, 2012), posto que, a maioria dos presos por tráfico de drogas são de pessoas hipossuficientes, que dependem da assistência judiciária gratuita, desempregados ou com empregos de baixa renda (SEMER, 2019). Estes critérios são: natureza e quantidade da substância, local e condições da ação, circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como sua conduta e antecedentes (BRASIL, 2006).

Quando se trata da natureza e quantidade de substância ilícita são inúmeros os fatores que podem influenciar na avaliação. Emmanuela Vilar Lins (2009) exemplifica bem isto quando pontua que 100g de maconha pode ser considerada uma quantidade razoável para um usuário diário, pela sua possível tolerância à substância e a quantidade necessária para se obter o efeito desejado, diferente da quantidade considerável para cocaína ou heroína; além disso, também seria necessário um exame minucioso do agente, pois cada indivíduo reage de uma maneira a determinada substância, podendo ter tolerância maior ou menor a qualquer delas. Para Lima (2016) a expressão “para consumo próprio” exige que seja apreendida pequena quantidade, não havendo, no entanto, qualquer base na legislação ou jurisprudência para que se

defina esta pequena quantidade. Diversos países contam com critério objetivo, impondo limites para a porte caracterizador de consumo pessoal, por exemplo: na Espanha, há um limite legal de até 100g de *Cannabis* e 7,5g de cocaína; no Uruguai o limite é de 40g por mês da erva recentemente legalizada (SENAD, 2017). Ademais, o fato de ser usuário habitual, pode fazer com que o agente prefira adquirir quantidade maior de droga de uma vez, para não precisar voltar logo ao local de traficância (LINS, 2009).

O local e condições onde se dá ação é tema ainda mais propenso a erros do judiciário. Para Roberto Brasileiro Lima (2016) a localidade conhecida como ponto de venda de drogas é determinante: traficante, ainda mais se portar a droga acondicionada em pequenas embalagens e dinheiro. No entanto, estes conhecidos pontos de distribuição de drogas existem porque também há usuários que ali transitam (LINS, 2009), assim, estar neste local não pode ser prova do crime do artigo 33.

Passando ao terceiro critério, Lima (2016) entende por circunstância social e pessoal do agente, primordialmente, a condição econômica deste. Alega o autor que “a apreensão de grandes quantidades de droga em poder de pessoa pobre seria um indicativo de traficância”, descartando a hipótese do pobre comprar maior quantidade de uma vez só para evitar contato com a traficância – assim como age um ator de televisão citado pelo mesmo: o famoso foi flagrado comprando quantidade considerável de drogas, mas ficou comprovado que a quantidade elevada era porque tinha receio em ser flagrado pela polícia ou pela mídia caso tivesse que ir com mais frequência ao ponto de drogas. Também coloca que o fato de ser dependente ou usuário de drogas não é motivo para descaracterização do crime de tráfico; na prática, inclusive, os juízes consideram que o tráfico é uma forma de manter o vício, mesmo quando o agente alega trabalhos lícitos, porém informais (SEMER, 2019).

Por último, serão levadas em conta a conduta e antecedentes do agente, mesmo que a doutrina considere a utilização destes critérios indevida, justificando que se trata de verdadeiro Direito Penal do Autor, caracterizando uma análise subjetiva do agente, deixando para segundo plano a apreciação objetiva do fato delituoso; como resultado cria-se “presunção de culpabilidade em detrimento a agentes reincidentes ou portadores de maus antecedentes” (ARRUDA, 2007 apud LIMA, 2016).

Além deste ponto, tramita no Superior Tribunal Federal o RE nº 635.659/SP, com repercussão geral, que alega a violação, pela Lei 11.343, do art. 5º, X/CF “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, este protege as escolhas do indivíduo em seu âmbito privado, desde que estas não ofendam terceiros. Em seu voto, o Ministro relator Gilmar Mendes aponta que “(...) as condutas descritas no art. 28 da Lei de Drogas pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não resta caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma impugnada”. Isto porque a liberdade do legislador deve sempre ser limitada pelo princípio da proporcionalidade, evitando o excesso de poder legislativo, caracterizado, entre outras, pela inadequação entre meios e fins. Em contrapartida, o Ministério Público alega que quem traz consigo drogas, mesmo que para uso próprio, lesa a saúde pública pois contribui para a propagação do vício no meio social.

Nota-se que ao acrescentar na conduta do art. 28 a expressão “para uso pessoal”, o legislador almejava diferenciar as condutas e retirar de âmbito penal o usuário e dependente de drogas, fornecendo a eles o tratamento de saúde e a reinserção social, conforme os objetivos na Lei. Porém, como bem pontua o ministro, ao penalizar criminalmente o usuário, mesmo que não seja com penas restritivas de liberdade, o usuário passa a ser estigmatizado em sociedade, o que neutraliza os objetivos expressos no SISNAD para com estes indivíduos. Além de não haver qualquer estudo que revela que a repressão ao consumo de drogas seja eficiente para o combate ao tráfico, ao contrário, toda a Guerra às Drogas empreendida nas últimas décadas não resultou em qualquer diminuição do crime no país (VALOIS, 2019).

O ato de consumir drogas, quando muito, causa danos apenas ao usuário, assim, a análise acerca da norma se desenha entre proteger o direito a intimidade e a autodeterminação do usuário *versus* o direito coletivo à saúde pública. Puig (2014 apud BRASIL, 2015) explica que mesmo sendo coletivo, deve-se exigir certo grau de lesividade individual para justificar a intervenção do direito penal, o que de fato, não é demonstrado. A ligação entre consumo de drogas e tráfico é excessivamente remota para que se atribua ao primeiro, efeitos criminais.

Apesar de causarem prejuízos físicos e sociais aos seus consumidores, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que “ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação” (BRASIL, 2015); não deve o Estado restringir a autonomia de vontade do indivíduo,

quando não seja para finalidade de raiz constitucional, devendo manter esta autonomia o mais larga quanto possível (BRASIL, 2015). Gilmar Mendes (2015) ainda finaliza dizendo que:

(...) a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.

Fica claro que a Lei nº 11.343/2006, aprovada para satisfazer a vontade popular e penalizar de forma mais gravosa o traficante de drogas, visto com o mal social (SEMER, 2019), viola princípios e garantias constitucionais, bem como abre espaço para que os juízes decidam conforme sua própria consciência – decisões discricionárias, havendo grandes chances de adentrar no campo autoritário e antidemocrático (ENGELMANN; FERRARESI, 2020).

Exige-se de qualquer que seja a lei, a interpretação e a aplicação em conformidade com o que prega a Constituição Federal de 1988, respeitando, acima de tudo, seus princípios; entre estes não existe qualquer hierarquia, mas vale destacar que, conforme ensina Ingo Sarlet (2018) há o que se chama de princípios da interpretação constitucional, que formam um catálogo que determina técnicas e diretrizes para o processo de interpretação e aplicação da Constituição e suas normas, sendo auxiliares na construção de respostas constitucionalmente adequadas para os problemas jurídico-constitucionais. Se apresenta a seguir este catálogo, primeiramente proposto por Konrad Hesse, revisado na doutrina constitucional da língua portuguesa por Gomes Canotilho: Princípio da Unidade da Constituição, do qual decorrem os princípios do Efeito Integrador, da Harmonização, da Proporcionalidade e da Razoabilidade; e o Princípio da Supremacia da Constituição, decorrendo os da Máxima Eficácia e Efetividade da Constituição, da Força Normativa da Constituição e da Interpretação Conforme à Constituição (SARLET, 2018).

No entanto, conforme pontuam Wilson Engelmann e Camilo Stangherlim Ferraresi (2020) o próprio STF, bem como outros tribunais e juízes, decidem além desta para que se atenda aos clamores das ruas ou “se busque justiça”: estas decisões “não correspondem adequadamente à própria Constituição e caracterizam modelos de arbitrariedade, com a escusa da discricionariedade judicial” (ENGELMANN; FERRARESI, 2020), elas extrapolam os limites de

atuação do judiciário caracterizando-se por um voluntarismo judicial que pertence ao campo arbitrário e antidemocrático em violação ao Estado de Direito, pois como bem explicam os mesmos autores:

(...) no cenário que se abandona o Direito democraticamente positivado para implementar o fazer “assujeitar a sociedade” e a “interpretação do Direito”, a partir de expressões como “opinião pública”, “vontade popular”, abre-se oportunidade para decisões discricionárias, livres do direito e, que por essa razão, são antidemocráticas e autoritárias.

A conclusão a que chegam, coaduna com aquela exposta por Streck em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (p. 419) “a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia”. Neste contexto de decisões, primeiro se decide – conforme sua própria consciência, e depois é que se faz a busca para a fundamentação em princípios: toma-se o caminho inverso (ENGELMANN; FERRARESI, 2020).

Retomando aos princípios, aquele da interpretação (das leis) conforme à Constituição, que decorre da supremacia das normas constitucionais, tem grande relevância prática na atuação de uma justiça constitucional (SARLET, 2018). Esta interpretação consiste na técnica de que, na existência de duas ou mais alternativas possíveis de interpretação de um determinado dispositivo legal, se opte por aquela que preserve a integridade do dispositivo e lhe atribua sentido compatível com a Constituição Federal. Monteiro (2018), em artigo sobre a tese da decisão correta “conduzida a partir da obra de Dworkin e da construção teórica de Streck com Heidegger-Gadamer-Dworkin”, esclarece que esta impõe ao magistrado a necessidade de reconstrução da história institucional da norma, observando especialmente os princípios jurídicos. Não que exista uma interpretação ou decisão correta, e sim a mais constitucionalmente adequada, quando em comparação com as outras; isto é, uma Resposta Hermeneuticamente Adequada à Constituição – RHAC (STRECK, 2014 apud MONTEIRO, 2018).

A resposta judicial estará adequada quando a autonomia do direito for respeitada, a discricionariedade evitada e mantida a coerência e integridade do direito a partir de detalhada fundamentação (STRECK, 2014 apud MONTEIRO, 2018). Esta deve ser uma decisão, e não uma escolha do magistrado – que dependeria de sua vontade pessoal ou sua subjetividade

(STRECK, 2010 apud COSTA, 2013). Ela é, em suma, a busca pela melhor interpretação no caso concreto, não podendo se desvincular dos princípios do Direito; também por isso, a CF traz em seu art. 93, inciso IX que as decisões deverão ser fundamentadas sob pena de nulidade, e no rol de direito e garantias fundamentais o acesso à justiça (5º, XXXV/CF), que impõe a necessidade de que o julgador analise e interprete o direito; não sendo este princípio apenas relacionado ao direito do cidadão buscar o poder judiciário para assegurar seus direitos, acaba por vincular o Estado, que deve responder ao cidadão de maneira efetiva, fazendo cumprir direitos, considerando as necessidades do cidadão e a legislação vigente (PEREIRA; COSTA, 2016).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Guerra às Drogas é, desde seu início, falida. Uma guerra impossível de ser vencida, que mata todos os dias agentes do Estado e civis em nome do Estado. O artigo 28, que poderia dar um respiro à legislação de drogas, deixa de ser aplicado e faz condenar aqueles que, como fora feito nos Estados Unidos com o chineses e mexicanos, são indesejados no meio social. Quando se faz um recorte do sistema carcerário brasileiro se percebe quem são os indesejados: jovens, negros, pobres, sem estudos e na maioria periféricos.

Algumas das inconstitucionalidades apresentadas no corpo do trabalho poderiam ser vencidas quando da aplicação do Direito, principalmente em relação ao seu parágrafo 2º; o simples respeito ao *in dubio pro reo* seria o suficiente para se evitar prisões arbitrárias demonstradas nos livros de Valois e Semer. No entanto, o que se vê é a prisão de usuários e pequenos traficantes, como se fossem chefes do tráfico, donos de helicópteros com quase meia tonelada de cocaína, como aquele encontrado em 2013, ligado à família do então senador José Perrela.

Pode-se concluir, de forma segura, que a norma analisada neste trabalho é inconstitucional, violando o direito à vida privada - previsto no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, bem como carecendo da objetividade necessária para sua aplicação, especificamente nos critérios trazidos para a diferenciação entre uso/porte e tráfico. A discricionariedade dada aos julgadores através do artigo 28, parágrafo 2º abre espaço para decisões como as demonstradas no

trabalho: mais de 20g de maconha é traficante; abordado em local conhecido como ponto de drogas, traficante; agente sem trabalho formal é traficante porque é dali que retira seu sustento. Nestes exemplos, assim como fora feito durante esta pesquisa, a subjetividade abre espaço para escolhas, e não para a construção de uma decisão adequada ao caso concreto. Sem esquecer que a parte final do citado dispositivo: a conduta e antecedentes do agente, cria um verdadeiro direito penal do autor, onde o que está em julgamento não é mais o fato criminoso em si, e sim o agente que supostamente o cometeu.

Ademais, o devido processo legal se vê prejudicado quando as únicas testemunhas chamadas em juízo, na maioria dos casos, são interessadas na condenação para que se confirme o trabalho realizado anteriormente. Os policiais, enquanto testemunhas, confirmarão o que já apresentaram ao delegado, darão como provas a apreensão, uma confissão informal, e as vezes uma denúncia anônima – que não aparecerá depois no processo judicial. Assim estará firmado o convencimento das outras autoridades. Também é digno de nota que os policiais-testemunhas, que fazem inúmeras apreensões de drogas por semana, todas elas com narrativas parecidas, precisam relembrar o caso para que possa dar seu testemunho em juízo. O relembram lendo os documentos feitos por eles mesmos, minutos antes das audiências, nos corredores da justiça.

Com base nisso, o Estado continua condenando pessoas por consumirem uma substância que fará mal apenas a si próprio – quando o faz, em nome da proteção da saúde; e deposita esses condenados em locais insalubres que desprezam o direito à saúde e o respeito por uma vida minimamente digna. Violam direitos e garantias constitucionais para atender aos caprichos de uma nação que há mais de um século dita regras contra as drogas, tapando os olhos para o maior problema do assunto: o próprio mercado consumidor estadunidense. Talvez a hipocrisia seja o maior dos problemas quando o assunto é drogas. É urgente que a atuação do legislativo. Observando o comportamento do judiciário não há espaço para interpretação constitucional do dispositivo. Não cabe resposta hermeneuticamente adequada à Constituição, quando os julgadores não estão dispostos a sequer cumprir os mandamentos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Visco Costa de. *Evolução da Legislação Antidrogas no Brasil*. In: Conteúdo Jurídico. 01 out. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52279/evolucao-da-legislacao-antidrogas-no-brasil>. Acesso em: 01 nov 2020.

BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 891, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1938*. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes.

BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940*. Código Penal.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRASIL. *LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976*. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

BRASIL. *LEI Nº 10.409, DE 11 DE JANEIRO DE 2002*. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.

BRASIL. *LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

Brasil. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas - SENAD. *Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas*. Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Florianópolis. 2017. Disponível em: http://sgmd.nute.ufsc.br/content/portal-aberta-sgmd/e01_m17/pagina-00.html. Acesso em 31 out. 2020.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Entre doentes e bandidos: a tramitação da lei de drogas (no 11.343/2006) no Congresso Nacional*. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, n. 2, 30 jul. 2015.

CAPEZ, Fernando. Drogas – Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. In: _____. *Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial*. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 728-823.

CARDOSO NETO, Jean Tulio. *A inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/2006 e o RE 635.659/SP: Uma análise do Recurso Extraordinário de nº 635.659/SP*. In: Jusbrasil. 2020. Disponível em: <https://jeantulio123.jusbrasil.com.br/artigos/825331103/a-inconstitucionalidade-do-art-28-da-lei-11343-2006-e-o-re-635659-sp?ref=feed>. Acesso em 20 jul. 2020.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Miguel do Nascimento. *Direito Fundamental à resposta correta e adequada à Constituição*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 8, Jan.-Jun. p. 170-189.

ENGELMANN, Wilson; FERRARESI, Camilo Stangherlim. Os Caminhos para Superação do Positivismo: Os Postulados da Escola do Direito Livre nas Decisões Judiciais Brasileiras. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 36, n. 1, jan./jun. 2020, p. 333-359.

HUMAN RIGHTS WATCH. *27º Relatório Mundial*. 2017. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766>. Acesso em 23 mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2014.

LINS, Emmanuela Vilar. *A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social*. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. *Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas*. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, p. 243-267. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em 15 out. 2020.

MONTEIRO, Matheus Vida Gomes. *Observações sobre a necessidade de respostas corretas em Direito*. In: Consultor Jurídico. 09 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-09/diario-classe-observacoes-necessidade-respostas-corretas-direito>. Acesso em 25 nov. 2020.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; CORDEIRO, Bruna de Oliveira. *Neoconstitucionalismo, discricionariedade e decisão judicial: um diálogo entre Robert Alexy e Lênio Luiz Streck*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 131-148, dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Linhas Mestras da Interpretação Constitucional*. In: SARLET, I. et al. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 225-253.

SEMER, Marcelo. *SENTENCIANDO O TRÁFICO: o papel dos juízes no grande encarceramento*. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SOBRAL JUNIOR, Roberto José Goes. *O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE ACORDO COM A LEI 11.343/2006*. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado, 2014, p. 419.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE nº 635.659 São Paulo*. Relator Ministro Gilmar Mendes, votado em 20 ago. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Criminal nº 1500699-17.2019.8.26.0594*. Relator Miguel Marques e Silva, votado em 16 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Criminal nº 0000159-77.2018.8.26.0594*. Relator Xisto Rangel, votado em 10 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Criminal nº 1501177-25.2019.8.26.0594*. Relator Ivo de Almeida, votado em 07 mai. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Habeas Corpus Criminal nº 2264437-71.2019.8.26.0000*. Relator João Morenghi, votado em 29 jan. 2020.

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