

RAZÕES PRAGMÁTICAS E JURÍDICAS PARA A NÃO CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA CONSUMO PESSOAL

Luís Roberto Barroso

I. INTRODUÇÃO

1. Vou procurar demonstrar nesses minutos que tenho para minha exposição inicial por qual razão considero indesejável do ponto de vista político e moral, assim como inconstitucional, a criminalização do porte de maconha para uso pessoal.

2. Na verdade, o meu argumento vai mais longe: sou a favor da legalização da produção e da distribuição da maconha, como experiência a ser testada pela sociedade. Caso ela dê certo, poder-se-ia cogitar de estendê-la a outras drogas.

3. Exponho a seguir, sumariamente, a lei vigente no Brasil, o caso concreto sob apreciação do Supremo Tribunal Federal e meus argumentos a favor da descriminalização e da legalização.

II. A LEI EM VIGOR

1. O artigo 28 da lei 11.343/2016 considera crime o porte de drogas para consumo pessoal, bem como o cultivo de pequena quantidade de plantas destinada à produção de droga.

2. Tais condutas não são punidas com pena de prisão, mas com sanções mais leves, que incluem (i) prestação de serviços à comunidade e (ii) comparecimento obrigatório a programa educativo contra o uso de drogas.

III. O CASO CONCRETO

1. O caso concreto submetido ao exame do Supremo Tribunal Federal envolve uma ação penal movida contra réu que cumpria pena por outro delito, tendo sido surpreendido em sua cela com 3 gramas de maconha para consumo próprio. Por decisão de 1º grau, confirmada em apelação, foi ele condenado a uma pena de 2 meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade.

2. Contra esta decisão, a Defensoria Pública interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade do dispositivo legal que pune o porte de drogas para consumo próprio.

3. O caso concreto, como se vê, envolve a droga maconha. Meus argumentos, portanto, limitam-se à defesa da descriminalização e legalização desta droga, e não de qualquer outra. Alguns dos argumentos que utilizo talvez possam ser estendidos a outras drogas, mas exigiriam uma discussão específica.

IV. UMA PREMISA BÁSICA

1. Para que não haja qualquer dúvida, gostaria de assentar, antes de prosseguir, uma premissa básica: o consumo de drogas ilícitas é uma coisa ruim. Por essa razão, o papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico. O que está em questão aqui, portanto, não é a defesa das drogas, mas a definição das medidas mais apropriadas para realizar os objetivos enunciados acima.

V. ALGUMAS RAZÕES PRAGMÁTICAS PARA A LEGALIZAÇÃO

V.1. A guerra às drogas fracassou

1. Desde o início dos anos 70 adotou-se uma política de dura repressão policial e militar à cadeia de produção, distribuição e consumo de drogas. Tal visão encontra-se materializada em três convenções da ONU. A triste verdade, porém, é que o consumo mundial só fez aumentar, com a consequência adicional de criação de um imenso mercado subterrâneo e do fomento ao crime organizado.

2. Há um dado muito relevante aqui. No mesmo período em que o consumo de maconha aumentou, o de cigarro diminuiu. No Brasil, por exemplo, em 1984, 35% dos adultos consumiam cigarro. Em 2013, esse número havia caído para 15%. Informação, advertência e contrapropaganda produziram, a médio prazo, resultados melhores do que a criminalização.

V.2. Entre nós, é o tráfico, não o consumo, o maior problema

1. Para muitos países, o maior problema em relação às drogas é o usuário. No Brasil, o grande problema é o tráfico, o poder dos barões do tráfico, que dominam e oprimem comunidades pobres, com altas doses de violência e algumas gramas de assistencialismo. Pior que tudo, o tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, pelos valores que manipula e os ganhos que propicia.

2. A consequência é uma tragédia moral: a de impedir as famílias pobres de criarem seus filhos em uma cultura de honestidade. O poder do tráfico advém da ilegalidade. Se a produção e venda de maconha fossem regulamentadas e monitoradas, inclusive pagando impostos, seria possível evitar muitos desses subprodutos negativos.

V.3. A repressão tem trazido um altíssimo custo para a sociedade

1. Embora a proibição do consumo de drogas tenha como principal propósito a proteção da saúde pública, este objetivo acaba se diluindo no ambiente da repressão. Os governos terminam gastando muito mais dinheiro com forças policiais e equipamentos do que em prevenção e tratamento dos dependentes.

2. Há um custo humano que talvez seja maior: o do número de presos por delitos associados a drogas, que no Brasil corresponde a 28% da população carcerária. No geral, são presos pequenos traficantes, que distribuíram a droga, frequentemente primários. Ao serem presos, entram na escola do crime que são as penitenciárias e saem piores e mais perigosos do que quando entraram.

3. Detalhe importante: esses pequenos traficantes são imediatamente repostos, substituídos, de modo que a sua prisão não produz qualquer impacto sobre o tráfico ou o consumo. Cada vaga no sistema penitenciário custa R\$ 44.000,00 (US\$ 13,750) e o custo mensal da manutenção de um preso é de cerca de R\$ 2.000,00 (US\$ 650,00).

VI. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PELOS QUAIS É INCONSTITUCIONAL CRIMINALIZAR O PORTE DE PEQUENAS QUANTIDADES E MACONHA PARA USO PESSOAL

VI.1. Violação ao direito de privacidade

1. O direito de privacidade, expressamente previsto na Constituição, identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na intimidade, da sua

religião aos seus hábitos pessoais, como regra deve ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo quando não afeta a esfera jurídica de terceiros.

VI.2. Violação à liberdade pessoal/ autonomia individual

1. Embora a liberdade pessoal não seja, naturalmente, um valor absoluto, ela possui um núcleo essencial e intangível que é a autonomia individual. Emissão da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade.

2. As pessoas têm, igualmente, o direito de escolher os seus prazeres legítimos. Há quem faça alpinismo, voe de ultraleve ou participe de corridas de automóvel. Todas essas são atividades que envolvem riscos mas que, nem por isso, são proibidas.

3. O Estado, é certo, pode limitar a liberdade individual para proteger direitos de terceiros ou determinados valores sociais. Pois bem: o indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado, não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para a proibição, o consumo de álcool também deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso.

VI.3 Violação ao princípio da proporcionalidade

1. O princípio da proporcionalidade funciona como um limite às restrições aos direitos fundamentais. O teste de proporcionalidade envolve a verificação da adequação, da necessidade e do proveito da medida restritiva (também chamado de proporcionalidade em sentido estrito).

2. A criminalização não parece *adequada* ao fim visado, que seria a proteção da saúde pública. Não apenas porque os números revelam que a medida não tem sido eficaz – o consumo tem aumentado – como pelo fato de que a criminalização, de certa forma, afeta negativamente a saúde pública. Por duas razões: ela consome os recursos e dificulta o tratamento dos dependentes, em razão do estigma que ela traz.

3. No tocante ao terceiro elemento do teste de proporcionalidade, que é a verificação do custo benefício da medida, a desproporcionalidade parece ser ainda mais contundente. O custo é muito alto, tanto em recursos financeiros como o custo humano do encarceramento, sem mencionar que é a criminalização que dá poder ao tráfico; e os resultados têm sido irrelevantes, diante do aumento do consumo.

4. Por fim, ainda no domínio da proporcionalidade, o denominado *princípio da lesividade* exige que a conduta que é tratada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio, isto é, possa interferir negativamente com a esfera jurídica de terceiros. No caso do consumo de maconha, em que o indivíduo não apresenta risco para ninguém e a conduta afeta apenas a própria saúde do usuário, faltaria a lesividade para justificar a punição.

VII. CONCLUSÃO

1. Em suma: do ponto de vista pragmático, a descriminalização da maconha – especialmente do porte para consumo pessoal – se justifica porque a guerra às drogas fracassou, a criminalização dá poder ao tráfico e a repressão tem trazido um custo altíssimo para a sociedade, sem produzir resultados positivos relevantes.

2. Do ponto de vista jurídico, a criminalização do porte para consumo pessoal é inconstitucional porque viola o direito de privacidade, a liberdade individual e o princípio da proporcionalidade.

3. Há uma frase atribuída a Einstein que se aplica bem aqui: “Insanidade é fazer a mesma coisa repetidamente e esperar resultados diferentes” (*Insanity is doing the same thing over and over again and expecting different results*).