

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E CRIMINOLOGIA

GABRIELA PIZZOL
N. USP 10277846

A busca por racionalidade em face do proibicionismo:
análise da experiência argentina

São Paulo
2021

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E CRIMINOLOGIA

GABRIELA PIZZOL
N. USP 10277846

A busca por racionalidade em face do proibicionismo:
análise da experiência argentina

Orientador: Professor Doutor Mauricio Stegemann Dieter

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conforme o Edital CG-FD n. 01/2020, de 17 de julho de 2020, como requisito para obtenção do título de bacharela em Direito.

São Paulo
2021

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por Gabriela Pizzol, intitulada **“A busca por racionalidade em face do proibicionismo: análise da experiência argentina”**, sujeita à aprovação da Banca Examinadora.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Doutor Mauricio Stegemann Dieter

Membro:

São Paulo, ____ de _____ de 2021

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Lucimara e Francisco, por todo o amor, pelo apoio constante e por tornarem a vida em São Paulo possível. Vocês são o cais para onde eu sempre volto.

À minha irmã, Bruna, por me incentivar a ser corajosa e questionadora.

Aos meus avós, Dalva, Helena e José, pelos ensinamentos mais basilares.

Ao professor Mauricio Dieter, por ser referência na luta pela liberdade.

À Bia Aguiar, por estar presente mesmo distante, sempre.

Aos meus amigos de Arcadas, pessoas muito queridas que encontrei neste mundo, por fazerem dos anos de graduação os mais especiais da minha vida, até agora.

A todas as pessoas que estão comigo nessa caminhada.

Obrigada!

RESUMO

O presente trabalho cuidou de analisar a construção e consolidação do proibicionismo enquanto paradigma internacional hegemônico de política de regulação de drogas, ressaltando as extensas críticas a este modelo e tratando de buscar na experiência da Argentina com a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal uma referência histórica concreta para fundamentar a tomada de decisões estratégicas neste âmbito no Brasil.

Palavras-chave: política criminal de drogas; proibicionismo; posse de drogas para consumo pessoal; descriminalização; "Fallo Arriola"; Corte Suprema da Nação Argentina; Recurso Extraordinário nº 635.659; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the construction and consolidation of prohibitionism as a hegemonic international paradigm of drug regulation policy, highlighting the extensive criticisms of this model and trying to find in Argentina's experience with the decriminalization of drug possession for personal use a concrete historical reference to support the strategic decision-making in this area in Brazil.

Keywords: criminal drug policy; prohibitionism; drug possession to personal use; decriminalization; “Fallo Arriola”; Argentine Nation Supreme Court; Extraordinary Appeal No. 653.659; Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS**
 - 2.1. A formação e a consolidação do proibicionismo
 - 2.2. As críticas ao modelo repressivo – fracasso do proibicionismo e produção de violência
 - 2.3. Principais gargalos e criminologia da práxis. Encaminhamento para a reforma
- 3. A EXPERIÊNCIA DA ARGENTINA COM A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PESSOAL**
 - 3.1. Histórico da política criminal de drogas na Argentina
 - 3.2. Fallo Arriola
 - 3.3. Consequências da descriminalização verificadas na prática dos processos judiciais
- 4. CONCLUSÃO**

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a experiência histórica da Argentina com a desriminalização da posse de drogas para uso pessoal. Esta decisão foi tomada no âmbito do julgamento denominado “*Fallo Arriola*”, em que a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declarou a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 14 da Lei n. 23.737, cuja redação é a seguinte:

Art. 14 - Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

Diante disso, a presente pesquisa cuidou de analisar esta decisão, o contexto em que foi proferida, seus fundamentos e critérios e quais os efeitos concretos verificados na realidade dos processos judiciais a partir dela. Com isso, buscou-se compreender quais lições podem ser extraídas dessa experiência para o Brasil no âmbito de sua política criminal de drogas.

O tema escolhido justifica-se na necessidade urgente de trazer racionalidade e autonomia nacional para o âmbito da política de drogas do Brasil, diante das críticas insuperáveis ao proibicionismo.

Uma revisão séria da política nacional de drogas deve passar, necessariamente, pela análise de experiências de outros países que tomaram decisões na contramão do proibicionismo. É dizer: a elaboração de uma política de drogas realista e coerente deve olhar para as experiências estrangeiras; observar os problemas lá existentes, as decisões tomadas e os efeitos alcançados; comparar as realidades locais; e, assim, se direcionar com base nas lições obtidas, sempre levando em consideração as particularidades do contexto brasileiro.

Neste sentido, pode-se afirmar que países com características históricas, sociais, políticas, econômicas e culturais mais próximas às do Brasil constituem referências mais adequadas para uma análise comparativa, uma vez que se torna mais factível alcançar os mesmos sucessos e evitar os mesmos fracassos.

Escolheu-se, pois, a Argentina como paradigma para o presente estudo empírico. Isto porque o país também está situado na América Latina, possui grandes semelhanças sócio-políticas ao Brasil, e, em 2009, tomou a importante decisão, por meio de sua Suprema Corte,

no julgamento denominado “Fallo Arriola”, de considerar inconstitucional a criminalização da posse de drogas para uso pessoal.

Portanto, o objeto do presente trabalho consiste no estudo da experiência concreta da Argentina relacionada à descriminalização da posse de drogas para uso pessoal, com vistas a compreender quais lições esta decisão e seus efeitos concretos podem fornecer ao Brasil.

Os objetivos do presente trabalho, em síntese, são: *(i)* estudar a construção, a consolidação e as principais críticas ao paradigma hegemônico proibicionista, bem como a possibilidade de encaminhamento para alternativas viáveis à repressão; *(ii)* analisar a política de drogas da Argentina; *(iii)* estudar a decisão tomada no âmbito do chamado “Fallo Arriola”; *(iv)* examinar os impactos desta decisão nos processos judiciais; *(iv)* assimilar quais os êxitos e fracassos obtidos, bem como os erros e acertos da decisão da maneira como foi proferida; e, finalmente, *(v)* compreender em que medida a iniciativa lá adotada pode servir de exemplo para o Brasil, considerando a realidade local.

A metodologia do presente trabalho compreende duas fases. Inicialmente, a pesquisa será feita mediante consulta à bibliografia pertinente. Neste momento, o centro do estudo será a crítica criminológica ao proibicionismo, em suas diversas perspectivas. Será destacado o panorama da política criminal de drogas no Brasil, assim como as dificuldades atuais para a tão necessária reforma. Ganhará relevo o cenário na América Latina, pela evidente relevância geopolítica no que se refere ao Brasil.

Em segundo momento, a pesquisa se restringirá à política criminal de drogas da Argentina, à sua formação histórica particular e à sua experiência com a descriminalização da posse de entorpecentes para uso pessoal, delimitação esta que já foi previamente justificada. A análise dos efeitos concretos advindos desta decisão será feita com base principalmente em estatísticas criminais de processos iniciados pelo tipo penal de posse de entorpecentes (artigo 14 da Lei n. 23.737) e estudos de jurisprudência referentes à aplicação do preceito contido no “*Fallo Arriola*”. A busca por estas informações será feita em sítios eletrônicos de órgãos públicos.

Por fim, os resultados observados serão analisados e comparados com as particularidades do contexto brasileiro, para se compreender quais ensinamentos o Brasil pode extraír do país vizinho no que concerne à política de drogas.

2. A CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS

A adoção de uma política de ampla repressão às drogas é uma escolha moderna. O atual do modelo regulatório de entorpecentes, caracterizado pela criminalização da produção, circulação e consumo de drogas, denomina-se **proibicionismo**, e tem seus primórdios no início do século XX. Esta opção política, incorporada e articulada de maneira extensa pela maior parte dos países do mundo devido à celebração de tratados internacionais, deriva de contextos econômicos particulares, relacionados aos interesses dos países centrais do capitalismo, especialmente os Estados Unidos da América (EUA). A bibliografia crítica, em análise detida deste percurso histórico, revela que a proibição do uso de certas substâncias não está necessariamente ligada ao seu potencial lesivo para a saúde humana, mas a certos interesses econômicos e geopolíticos, bem como à difusão de um padrão moral específico.

Vale ressaltar, como premissa, que o conceito de droga, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) é definido como substância que, quando consumida por um indivíduo, ou a ele administrada, afeta processos mentais, como a percepção, a consciência, a cognição ou o humor e as emoções¹. Este conceito inclui, portanto, uma série de substâncias diversas, como álcool, cafeína, maconha, cocaína, ópio, alguns tipos de cogumelos, anfetaminas, barbitúricos, inalantes, solventes. Vê-se que a definição de droga não está relacionada à sua relação com o Direito, de modo que as drogas podem ser lícitas ou ilícitas.

Hoje, a questão da proibição das drogas tomou tal forma – com a instalação de um pânico moral, acentuado pela mídia hegemônica – que paira sobre o imaginário comum a noção de que a repressão via sistema criminal seria a única maneira de lidar com o problema da droga sobre a saúde pública. Defende-se, a cada dia mais, a necessidade, inspirada pelo movimento de “guerra às drogas”, de forte repressão ao tráfico, com a presença enérgica do poder punitivo do Estado sobre os traficantes, assim como a absoluta eliminação das drogas no âmbito da vida dos cidadãos, propagando uma moralidade de assepsia.

No entanto, os estudos realizados por correntes críticas lograram demonstrar como os efeitos nocivos do proibicionismo são muito mais nefastos à sociedade do que as próprias consequências prejudiciais do (ab)uso de drogas. É dizer: na realidade, os custos sociais advindos da política de proibição se mostraram desmedidos à possibilidade de proteção do bem

¹ Vide: <https://www.who.int/health-topics/drugs-psychoactive#tab=tab_1>. Acesso em 25 novembro de 2021. Tradução livre.

jurídico por meio da tutela penal, de modo que o problema *da droga* tornou-se infinitamente menor que o problema *da proibição da droga*.

Deste modo, o primeiro passo para a correta compreensão da matéria é proceder à análise histórica da formação do problema, observando que a questão da droga foi construída em cima de uma linha de discursos legitimadores, os quais se atualizaram em distintas fases. Conforme defendem María Soledad Llovera e Marina Scialla, “*falar de proibicionismo em matéria de política de drogas implica não só referir ao que aconteceu em nosso país, mas à forma como o ‘problema da droga’ foi construído no Ocidente*”². Assim, a leitura da historicidade dessa linha de formação dos discursos que fundamentam a política de repressão às drogas é o primeiro passo para entendê-la, sustentar o exame crítico, e poder vislumbrar outros modelos alternativos viáveis, tomando por exemplo experiências concretas.

2.1. A formação e a consolidação do proibicionismo

Não se pretende, neste trabalho, realizar uma diacronia simplista, por meio da qual se busca encontrar a origem dos valores morais que dão fundamento à proibição de drogas. A exposição dos principais eventos históricos que compuseram a formação da política de drogas tem como objetivo mapear “*o mosaico discursivo, o conjunto dos elementos justapostos que sustenta os discursos criminalizadores*”³, para, assim, qualificar a crítica à matriz proibicionista. Observar os discursos pelos quais as agências punitivas formatam a sua política repressiva permite adentrar na própria construção e manutenção do primado proibicionista, bem como vislumbrar alternativas para os danos que dele são decorrentes. Segundo os ensinamentos de Rosa del Olmo, os estereótipos criados a partir destes discursos se dignam a viabilizar o controle social e, no limite, encobrir a face oculta da questão:

São vários os discursos construídos em torno da droga que permitiram, por sua vez, a criação de estereótipos – a melhor expressão do controle social informal –, tão necessários para legitimar o controle social formal, cuja expressão máxima no caso das drogas é a normativa jurídica.⁴

² LLOVERA, María Soledad; SCIALLA, Marina. **Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado.** Artigo publicado em “Temas y debates”. Ano 21. Júlio-dezembro de 2017. p. 78.

³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 52.

⁴ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 23.

O ponto de partida para esta análise, então, remonta à China e ao século XVIII, época de expansão industrial europeia sobre a Ásia e a África. Consoante Henrique Carneiro, naquele período, o uso controlado do ópio era prática comum, tanto em contexto social-recreativo, como em perspectiva de tratamentos medicinais, pela função fármaco-terapêutica que a substância possui, devido à sua ação analgésica e tranquilizante. O uso excessivo, porém, restringia-se a uma minoria de grupos⁵.

A disseminação do ópio na China ocorreu em um cenário em que, de um lado, foi determinada a proibição do tabaco, o que ocasionou o aumento o consumo do ópio fumado⁶; e, de outro, a Inglaterra, ao ocupar regiões da Índia e iniciar a produção de ópio naquele local, passou a ampliar o fornecimento da substância para a China.

Assim, a proibição do uso não medicinal do ópio, em 1729, pela dinastia Qing, e a consequente restrição à produção interna de papoula, favoreceu especialmente os países europeus (Inglaterra e Portugal) que continuaram comercializando ilegalmente o ópio à China, uma vez que a proibição não cessou a demanda pelo consumo da substância, mas, ao contrário, tornou o produto ainda mais lucrativo.

A tensão entre estas forças - a proibição do governo chinês e os interesses econômicos dos europeus - resultou nas duas "**Guerras do Ópio**", ocorridas de 1839 a 1842 e 1856 a 1860, respectivamente. Em ambas as ocasiões, a resistência chinesa foi derrotada pelo poder dos países europeus, os quais então impuseram sobre o Império tratados comerciais que favoreciam a exploração econômica da China.

Deste modo, é notável que a proibição do ópio na China teve como pano de fundo interesses imperialistas europeus, conforme a precisa síntese de Henrique Carneiro:

Na origem, as proibições de drogas foram medidas tomadas por governos monárquicos europeus e asiáticos contra o tabaco e, no caso chinês, de uma dinastia manchu no trono do Império, que em 1729 estabeleceu a proibição do consumo não medicinal do ópio.

Na história do sistema mundial, o proibicionismo imperial chinês se tornou um mecanismo central de acumulação capitalista, pois constitui o pivô do sistema mercantil anglo-hindo-chinês. Ou seja, um comércio triangular que articulou a obtenção pelos britânicos do chá chinês por meio do ópio indiano. A possibilidade desse comércio só existiu porque o ópio sendo proibido na China e tendo uma demanda interna criou um fluxo crescente de rentabilização desse produto, que terminou por levar ao colapso o sistema imperial isolacionista.⁷

⁵ CARNEIRO, Henrique. **Drogas**: a história do proibicionismo. Autonomia Literária: 2019. p. 47.

⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 37-38.

⁷ CARNEIRO, Henrique. **Drogas**: a história do proibicionismo. Autonomia Literária: 2019. p. 60.

O discurso proibicionista deste período se construiu sobre a versão do "flagelo do ópio"⁸, colocando a China, perante o cenário internacional, como a nação degenerada pelo uso do ópio – o que criou, posteriormente, uma associação racista em relação ao povo chinês.

Diante disso, no início século XX, líderes de doze nações (inclusive daquelas que haviam lucrado com o contrabando de ópio nos anos anteriores) se reuniram na Comissão de Xangai de 1909 e depois na Conferência de Haia de 1912, para celebrar o primeiro tratado que definiu parâmetros para a proibição de drogas em nível internacional. Neste momento, os países se comprometeram a adotar leis para controle do ópio, da morfina e da cocaína, restringindo a sua permissão a finalidades medicinais, com vistas a gradualmente suprimir o consumo destas substâncias. Porém, o Tratado de Haia só foi devidamente ratificado ao cabo da Primeira Guerra Mundial, sendo incorporado aos termos dos Tratados de Versalhes⁹.

Segundo elucida Carneiro, nestas primeiras reuniões, os Estados Unidos já se mostravam o país à frente do discurso que promovia a proibição, o que estava relacionado a tentativas de dominação do mercado farmacêutico, pois a hegemonia desta indústria antes pertencia à Alemanha, que utilizava principalmente a cocaína de base para seus medicamentos¹⁰. Além disto, o início de uma “vocação missionária religiosa” no bojo da estrutura social daquele país¹¹ favorecia a concepção de uma moralidade de sobriedade e de repulsa ao uso não medicinal de drogas, característica da ideologia proibicionista norte-americana que passará a ser amplamente difundida desde então.

Neste sentido, a Convenção de Haia, ao tornar as drogas uma questão internacional, forneceu um substrato simbólico importante para que os Estados Unidos dessem início ao seu proibicionismo doméstico.

É de ressaltar que, neste momento, a proibição encontrou espaço para se legitimar em meio a estereótipos racistas. Por exemplo, a xenofobia com relação aos chineses – que haviam migrado para o solo estadunidense para trabalhar em construções ferroviárias, mas posteriormente se tornaram trabalhadores concorrentes aos moradores locais – se fortaleceu na imagem preconceituosa que se construiu acerca do hábito de fumar ópio, notadamente relacionado ao povo chinês¹². Outrossim, o uso de álcool e de cocaína foi atrelado aos negros

⁸ CARNEIRO, Henrique. **Drogas**: a história do proibicionismo. Autonomia Literária: 2019. p. 55.

⁹ Salienta-se que, no nosso plano nacional, “*independentemente da inexistência de comércio ou vício do ópio no Brasil*”, o país também assinou o tratado, vindo a promulgar a convenção em 1915. VALOIS, p. 71.

¹⁰ CARNEIRO, Henrique. **Drogas**: a história do proibicionismo. Autonomia Literária: 2019. p. 62.

¹¹ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 50.

¹² VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 75.

para reforçar no imaginário popular a ideia de que, sob o uso destas drogas, estes indivíduos eram impulsionados a estuprar mulheres brancas e cometer outros atos violentos¹³.

Nas palavras de Luís Carlos Valois:

Os políticos começavam a entender o potencial discricionário da proibição. Não importava que o ópio fosse de uso comum entre os brancos, a drogas tem e sempre teve essa qualidade de permitir que se escolha o verdadeiro alvo da repressão pública.¹⁴

Este cenário desencadeou o surgimento da primeira legislação federal estadunidense destinada à regulação das drogas: o *Harrison Anti-Narcotic Act*, de 1914. Conforme a previsão da norma, o controle das drogas se centraria no âmbito fiscal¹⁵, sendo determinado o registro e o pagamento de taxas especiais para aqueles que promovessem a circulação de ópio ou coca:

Chap 1. - An Act To provide for the registration of, with collectors of internal revenue, and to impose a special tax on all persons who produce, import, manufacture, compound, deal in, dispense, sell, distribute, or give away opium or coca leaves, their salts, derivatives, or preparations, and for other purposes.¹⁶

No entanto, uma importante exceção foi feita: a prescrição destas drogas por médicos para propósitos terapêuticos, a qual se manteve permitida. Isto fez surgir os chamados “*dope doctors*”, pois a obtenção de drogas com médicos passou a ser a alternativa mais viável aos consumidores. Porém, foi possível observar o aumento do consumo interno das drogas proibidas mesmo com a promulgação do *Harrison Act*, de modo que as forças do governo passaram a dirigir seus esforços, cada vez mais, para levar a proibição ao campo da repressão penal. Assim sendo, em vez de conferir aos médicos o monopólio sobre as substâncias entorpecentes, “*o Harrison Act se transformou em fundamento para a atividade policial do governo, ratificada pelos tribunais*”¹⁷. Com isso, os braços da proibição norte-americana passaram a alcançar outras drogas.

¹³ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 80.

¹⁴ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 77.

¹⁵ Diante do caráter tributário do *Harrison Act*, o controle sobre o cumprimento da norma foi incumbido a agentes do tesouro, com o policiamento destinado à apropriação de receita. Foi criado, inclusive, uma repartição especial, a “Narcotics Division”, dentro do órgão federal de finanças, o “Bureau of Internal Revenue”. VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 85-86.

¹⁶ Vide: <[Harrison Narcotics Tax Act, 1914 - Full Text \(druglibrary.org\)](https://www.druglibrary.org/Harrison_Narcotics_Tax_Act_1914_Full_Text.html)>. Acesso em 25 novembro de 2021.

¹⁷ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 95.

O aumento da investigação e repressão dos “*dope doctors*” levou à promulgação, em 1924, do chamado *Heroin Act*, o qual proibiu a heroína, até para usos medicinais. Já a proibição de bebidas alcóolicas deu-se em 1919 com a 18^a Emenda (Dry Amendment) e ficou conhecida como uma das medidas mais características das consequências negativas decorrentes da proibição das drogas. Por isto, e devido aos protestos organizados por membros de classes mais altas¹⁸, mais tipicamente consumidoras do álcool, a Lei Seca norte-americana durou apenas até 1933, quando foi revogada por meio da 21^a Emenda.

A proibição da maconha, por sua vez, também encontrou no discurso preconceituoso e conservador a maneira de se viabilizar, tal como ocorreu com o ópio e a cocaína. Neste particular, foram os imigrantes mexicanos desempregados o povo associado ao hábito de fumar maconha. Este povo já era alvo de imensa xenofobia, especialmente pelo sul e oeste dos EUA, de modo que o aumento da violência na época, relacionado à crise econômica e ao desemprego, facilitou o discurso para propagar o medo dos mexicanos e de sua “droga assassina”. Em geral, a maconha foi utilizada de pretexto para endossar o pânico moral que já começava a se desenvolver, pois à droga foi atribuído o poder de depravação das “mulheres de bem”. O Departamento de Narcóticos dos Estados Unidos, então, aproveitou-se deste contexto para expandir sua atuação proibicionista¹⁹, o que culminou na promulgação do *Marihuana Tax Act*, em 1937.

Assim foram devidamente estabelecidas as bases do proibicionismo doméstico estadunidense. O problema das drogas parecia já não ter outra resposta possível, senão a repressão cada vez mais intensa e insaciável – o germen da matriz punitivista que perdura até o presente momento. O país, na sequência, passou a impor o seu modelo para além de suas fronteiras, motivado tanto pela ânsia de difusão de sua moral de sobriedade, como por evidentes preocupações de ordem econômica, já que se afiguraria extremamente desfavorável não poder competir com outros países que movimentavam drogas de maneira produtiva.

Para tanto, o Departamento de Narcóticos passou a fazer *lobby* em convenções, especialmente a partir da oportunidade surgida nos encontros da Ligas das Nações em Genebra, após a Primeira Guerra Mundial. Nestas conferências, o país já tentava convencer os demais que a maneira adequada de lidar com a situação das drogas seria pelo combate ao *fornecimento*

¹⁸ Vale ressaltar que, distintamente do álcool, do tabaco e do café, as demais drogas eram de consumo mais popular entre os membros das classes mais baixas, o que dificultou uma articulação de um grupo organizado na sociedade em prol de sua liberação, assim como houve com o álcool. Neste sentido: VALOIS, p. 110.

¹⁹ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 110-111.

irregular²⁰, pois o problema da demanda por consumo, supostamente, encontraria natural resolução com a supressão da oferta. Neste momento, a maconha também é inserida no debate internacional como substância nociva, ainda que os países que defendiam seu controle o fizessem sem embasamento científico; e outro marco que virá a compor a matriz proibicionista oficial é a distinção entre as drogas em grupos, conforme um critério de periculosidade.

Assim, na Conferência de 1931, foi celebrado tratado para limitação da manufatura e regulação da distribuição de narcóticos. Evidente, porém, que as medidas de controle da produção e comércio da droga, cada vez mais repressivas, fizeram surgir um mercado paralelo, por meio do qual os entorpecentes circulavam às sombras da regulamentação oficial. Diante disso, na Conferência de 1936, se fortaleceu a noção de que este comércio clandestino deveria ser definido como ilícito, e passível de intervenção policial e repressão penal. Nasce, deste modo, a figura do **tráfico de drogas**, bem como o dever de punir o traficante com pena de prisão. Como explica Valois:

Os países que antes defendiam o livre comércio foram aos poucos se rendendo a essa *naturalidade* da proibição, ainda que o sistema político da maioria se declarasse capitalista, baseado no livre comércio, na livre iniciativa. Então, a *naturalidade* da proibição permitiu que o próximo passo fosse a exigência de leis mais severas, leis penais que não perdoassem o infrator.

Se antes a humanidade conhecia medidas proibitivas em um ou outro país, sobre todos os tipos de drogas, inclusive sobre o tabaco e o álcool, a comunidade internacional, a partir da *Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas*, realizada pela Liga das Nações, de 8 a 26 de junho de 1936, em Genebra, nunca mais deixa de reconhecer esse tráfico paralelo, nutrido pelas próprias medidas restritivas da Liga, como ilícito, ilegal.²¹

No nosso plano nacional, é neste momento que a política criminal de drogas do Brasil incorpora o modelo proibicionista internacional, por meio da publicação do Decreto-Lei n. 891 de 1938, cujas disposições seguem as diretrizes da Conferência de 1936, bem como incluem mais substâncias no rol de drogas proibidas. Assim, muito embora houvesse no ordenamento, em período anterior, uma criminalização esparsa de condutas relacionadas a algumas drogas que despertaram preocupação eventual²², foi no início da década de 1940 que o país inaugurou um sistema de criminalização de drogas. A promulgação do Código Penal de 1940 seguiu esta

²⁰ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 134.

²¹ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 174.

²² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56.

tendência e incluiu entre os crimes codificados o tipo penal do artigo 281 - *comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes*.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) é um relevante marco da centralização e solidificação daquele programa proibicionista global que estava sendo articulado pelos Estados Unidos já há anos²³. A criação da instituição esteve relacionada com interesses e estratégias norte-americanas para intervenção e controle sobre as políticas internas dos demais países, de modo que foi e permanece sendo a grande responsável por difundir em nível internacional o modelo de repressão às drogas.

Neste tocante, necessárias as considerações de Luís Carlos Valois no sentido de que a imagem benevolente que a ONU possui perante a comunidade internacional confere neutralidade e legitimidade aos seus discursos²⁴, vez que, no ideário comum, suas ações estão sempre pautadas em fins humanitários. A questão da droga e da saúde pública, assim, coloca-se por trás desse véu humanitário e a solução fornecida – repressão radical – ganha consenso e legitimidade.

Enfim, se já não mais se questionava o tratamento da questão das drogas pelas vias da criminalização rigorosa, a ONU veio para consolidar e executar esta ideologia em nível global. Então, novamente reunidos, os países da comunidade internacional assinaram novos protocolos. Inicialmente, o *Lake Success Protocol* de 1946 destinou-se a unir as disposições de todas as convenções até então existentes, formuladas no bojo da antiga Liga das Nações. Na sequência, em 1948, foi assinado o Protocolo de Paris, que colocou também sob controle internacional outras eventuais novas drogas não incluídas na Convenção de 1931.

Já neste momento se começa a classificar, de modo incipiente, as drogas conforme sua nocividade, o que se entendia estar relacionado a seu potencial aditivo, sendo que a responsabilidade por esta categorização ficou a cargo da recém-criada Organização Mundial da Saúde (OMS)²⁵, como ocorre ainda hoje.

O Protocolo de Paris foi incorporado ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 47.908 de 1960, e, no tocante à ratificação desta convenção pelos países da América Latina, vale destacar as palavras de Valois:

Com a ajuda dos Estados Unidos o Protocolo foi rapidamente assinado sem muitas dificuldades, em Paris, ainda em 1948, entrando em vigor no ano seguinte, seguindo um padrão que para nós, dos países latino-americanos, vem

²³ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 48.

²⁴ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 247.

²⁵ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 243.

desde a Convenção de Haia. O acordo é pré-formatado, somos *persuadidos* a assinar e efetivamente assinamos algo sobre o qual não discutimos e, às vezes, sequer sabemos do que se trata, mas com certeza nunca refletimos sobre suas consequências.²⁶

Ocorre que a década de 1960 inaugurou um novo capítulo na história do proibicionismo, determinado pela coexistência de forças de resistência e forças contra-revolucionárias. O surgimento do **movimento contracultural** foi representativo de uma incipiente potência de contestação à ideologia da repressão: o uso de drogas pelos jovens dos grupos *hippies* pacifistas era um símbolo de ruptura com a ordem vigente. Cuidava-se de um momento de protestos e de reivindicações, de oposição à Guerra do Vietnã, e, em geral, de questionamento dos valores morais propagados por um Estado belicista falho em promover a segurança e paz.³¹

Todavia, o movimento contracultural não era dotado de força e articulação política suficiente para derrocar um paradigma já tão bem estruturado como o proibicionismo. Aliás, o fato de o uso de drogas estar ocorrendo com maior exposição ampliou o pânico moral existente²⁷, o que levou a força reacionária a se impor de maneira ainda mais extrema. Resultado disto foi a **Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961**, o estatuto mais importante e mais radical na repressão às drogas até então.

A Convenção Única regulamentou de modo extenso os aspectos do modelo de controle de drogas a ser aderido internacionalmente. Do lado do uso, estabeleceu às partes o dever de fazer tudo a seu alcance para combater a disseminação do uso ilícito de drogas, negando expressamente a permissão da posse de drogas, exceto sob o estrito controle da autoridade legal. Já na perspectiva do tráfico, os critérios de criminalização se tornaram ainda mais amplos, englobando 18 condutas distintas: cultivo, produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação.

Dentre as principais características da Convenção Única está a separação do rol de drogas do texto legal, de modo que a indicação de quais drogas seriam criminalizadas passaria a ocorrer em listas separadas, a serem definidas no âmbito administrativo pela autoridade sanitária, categorizando-se a substância conforme sua perigosidade. A “capacidade de produzir dependência” é o que determina esta perigosidade de cada droga, sendo certo que esta noção se estabelece de vez a partir de então.

²⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 242.

²⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 59.

Neste sentido, importante a observação de Valois de que este modelo inaugurado com a transposição da questão das drogas para o mero procedimento de categorização em listas permitiu “congelar” o pensamento proibicionista:

Ao se estabelecer uma lei, seja internacional ou nacional – vez que o modelo se alastrou pelo mundo – que pune condutas relacionadas a determinadas drogas, tidas como maléficas pelo legislador, separando-as do texto legislativo, uma pessoa que deseje combater o proibicionismo da lei sobre determinada droga encontrará sérias dificuldades, vez que, **ao invés de discutir o proibicionismo, terá que discutir a qualidade da droga.**

Com esse método, os países signatários passavam a dar carta branca à ONU no que se refere à proibição das drogas, vez que concordavam com a proibição pura e simples, ficando a cargo do organismo internacional, e de sua maquinaria, a estipulação e alteração do que seria proibido.²⁸

Com esta noção de que a droga seria sinônimo de dependência²⁹, funda-se a **ideologia da diferenciação**: a distinção dicotômica entre usuário-dependente e traficante-criminoso. Nesta lógica, ao indivíduo que adquire e consome drogas ilícitas (independentemente deste consumo ser esporádico ou caracterizar abuso), é aplicado o estereótipo da dependência, da doença, para o que se faz necessária intervenção clínica (discurso médico-psiquiátrico). Já sobre o indivíduo que comercializa drogas ilícitas recai o estereótipo do criminoso, do delinquente, do violador da saúde pública, ao qual corresponde a rigorosa aplicação da lei penal (discurso jurídico-penal). Este passou a ser o fundamento ideológico do proibicionismo contemporâneo.

Conforme Rosa Del Olmo³⁰, o fato de as drogas terem chegado aos jovens das famílias brancas de classe média dos EUA contribuiu para a distribuição dos estereótipos que caracterizam a ideologia da diferenciação. Isto porque como os pequenos vendedores (“pushers”) em geral vinham dos guetos urbanos, tornava-se propício aplicar a eles o estereótipo do criminoso, delinquente; ao passo que era mais conveniente lidar com os usuários provenientes das famílias “de bem” como pessoas doentes, dependentes de uma substância que lhes causava o mal. Interessante observar, inclusive, que a ampla difusão da maconha perante a juventude de classe média mudou o discurso sobre o tóxico – deixou de ser a droga que causa agressividade, como na época em que era associada aos imigrantes mexicanos, para ser a substância que causa apatia, falta de motivação, e torna trabalhadores produtivos em homens inúteis³¹.

²⁸ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 256.

²⁹ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 33.

³⁰ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 35.

³¹ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 36.

O estereótipo da dependência também se reforçaria com a previsão de sanções alternativas aos usuários, baseadas em uma “justiça terapêutica” que tem suas raízes espraiadas até os dias atuais. Assim, com o *Narcotic Addict Rehabilitation Act*, de 1966, foi prevista ao usuário a possibilidade de optar por medidas de tratamento e reabilitação, retirando-o, pois, do âmbito penal.

No nosso âmbito interno, o Brasil ratificou a Convenção Única sobre Entorpecentes por meio do Decreto n. 54.216 de 1964 e, com a promulgação do Decreto-Lei n. 159 de 1967, aderiu à expressão “*substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica*”, aplicando a todas estas substâncias a legislação vigente, ainda que “*não consideradas entorpecentes*”. Estas normas representam a entrada definitiva do Brasil no programa internacional de luta coordenada contra o tráfico ilícito, com uma ressalva, porém: a edição do Decreto-Lei n. 385 de 1968 incorporou ao artigo 281 do Código Penal a criminalização da posse para uso pessoal, com as mesmas penas cominadas ao tráfico, o que representou uma desconformidade à orientação de tratamento diferenciado, baseada na ideologia da diferenciação.

De todo modo, seguindo com a cronologia e retornando à situação do país que é centro na formação da política proibicionista, é certo que, inobstante todos os esforços, a demanda por drogas nos Estados Unidos continuava aumentando exponencialmente. A Guerra do Vietnã era um fator a contribuir para este problema, pois o consumo de heroína por parte dos veteranos aumentou no ensejo de seu retorno ao país natal, em consequência do abalo psicológico desencadeado pela guerra. Além disto, estavam sendo desenvolvidas novas drogas sintéticas – alucinógenos, anfetaminas, barbitúricos.

Todo este agravamento da questão das drogas, bem como da criminalidade dela decorrente, vinha causando um pânico generalizado na opinião pública, o qual foi bem percebido e trabalhado pelo político que ocupava a chefia do Poder Executivo norte-americano àquele momento, o presidente Richard Nixon. Eis que, nos anos 1970, o presidente Nixon declara oficialmente “**guerra às drogas**” nos Estados Unidos, pretendendo, com isso, uma erradicação total dos narcóticos no país.

Um dos principais acontecimentos da “guerra às drogas” neste momento foi a criação do *Drug Enforcement Administration* (DEA), órgão vinculado ao Departamento de Justiça que passaria a fazer, de maneira unificada, o controle policial direto sobre o tráfico de drogas. Logo, a questão estava oficialmente dissociada do âmbito fiscal, para ser tratada essencialmente no âmbito criminal. O DEA também passaria a realizar serviços de inteligência e investigação, coletando dados e formulando ações estratégicas para contenção e repressão do tráfico.

Nixon percebeu toda a potência do discurso de combate ao tráfico de drogas, o qual acabava por representar, ainda que em aparência, uma guerra mais ampla ao crime em geral³². Esse discurso foi construído principalmente sobre a heroína, droga que foi taxada de “inimigo público”, o que demonstra uma estratégia política importante para se construir a ideia de “ameaça à ordem”³³. Vale ressaltar que, inobstante o discurso construído, a heroína não configurava uma grande preocupação para o governo norte-americano, pois não tinha o mesmo potencial revolucionário que a maconha ao tempo da contracultura, já que é uma droga *“profundamente individualista, de consumo solitário que marginaliza, inibe e, portanto, elimina qualquer tentativa de formação de grupos de protesto”*³⁴.

De outro lado, como dito, o aumento das substâncias psicotrópicas também representou motivo de preocupação para a ONU. Diante disso, foi realizada, em Viena, a **Convenção de Substâncias Psicotrópicas de 1971**. Contudo, nesta convenção a discussão teve outros tons, e o discurso construído em torno das psicotrópicas foi muito mais brando em comparação às outras drogas, haja vista que, neste caso, estavam diretamente envolvidos os interesses de grandes empresas da indústria farmacêutica que muito lucravam com a produção e o comércio destas substâncias³⁵. Destarte, neste contexto diferente em que os grandes produtores destas drogas eram países ricos e não pobres, a convenção teve resultado consideravelmente mais ameno, sendo previstas medidas gerais de controle³⁶ em detrimento do necessário controle penal.

Os anos 70 também marcam a adaptação definitiva do Brasil ao modelo proibicionista internacional³⁷. O sistema repressivo brasileiro se formata com a Lei n. 5.726 de 1971 e amadurece com a Lei n. 6.368 de 1976, sinalizando para a descodificação da matéria de drogas que cada vez mais se impunha.

A publicação da Lei n. 5.726 de 1971 trouxe importantes alterações, como a redefinição das condutas criminalizadas e do rito processual em matéria de drogas. A despeito de as penas cominadas às condutas configuradoras do uso se manterem iguais às das condutas de tráfico (com o aumento, inclusive, para a faixa de um a cinco anos), a distinção entre as figuras do usuário e do traficante já se mostram mais explícitas neste momento. Isto porque a lei prevê a hipótese de “recuperação dos infratores viciados”, isto é, a aplicação de medidas de tratamento,

³² VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 268.

³³ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 39.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 278.

³⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed. p. 284.

³⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64.

englobando internação por período indeterminado, para os indivíduos identificados como “viciados”. Trata-se de um efetivo reforço da ideologia da diferenciação e do estereótipo terapêutico-sanitário, o que carrega consequências nocivas uma vez que submete o indivíduo que faz uso de substâncias entorpecentes (o qual pode ser dependente, ou não, sem margem definida para diferenciação) à intervenção sanitária forçada por parte do sistema punitivo.

Enfim, o principal impacto promovido pela Lei n. 6.368 de 1976 foi a graduação das penas para as distintas condutas criminalizadas, inclusive autonomizando a figura da associação para o tráfico (prevista no artigo 14). Tem destaque, porém, a rigorosa exacerbação da pena prevista para o crime de tráfico (artigo 12), a qual se estabelece em 3 (três) a 15 (quinze) anos, sendo certo que o tipo penal incorpora, de vez, todos os 18 verbos idealizados pela Convenção de 1961 – tudo a indicar uma modulação legislativa justa para o abominado estereótipo do narcotraficante. Nesta mesma toada, a lei designa penas consideravelmente mais baixas para o usuário – 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, conforme o artigo 16 –, mas mantém a aplicação de medidas de tratamento forçadas, inobstante apresente linguagem mais polida, trocando o vocábulo “viciado” por “dependente”.

Nos Estados Unidos, com a chegada de Ronald Reagan à presidência, a “guerra às drogas” de seu antecessor tem continuidade e, já desde o início de seu governo, Reagan assinalou que as drogas seriam a questão “número 1” do país. No entanto, seu discurso adquiriu aspectos um pouco diferentes do que se observava no governo anterior, de modo que a “guerra às drogas” de Reagan mostrou suas próprias especificidades.

A droga de maior relevância passou a ser a cocaína³⁸; e, em relação direta a isto, a face econômica do problema das drogas passou a ser mais evidenciada. O tráfico de cocaína despertava grandes preocupações de ordem econômica ao governo dos EUA, pois o elevado volume de dinheiro que ele movimentava estava sendo transferido a contas bancárias no exterior e passando por práticas de lavagem³⁹. Com isso, ganhou relevo, no discurso oficial, a perspectiva financeira do problema.

Mas o mais determinante da guerra às drogas de Reagan foi a reconstrução da figura do inimigo: o inimigo desta política era o inimigo externo – os países latino-americanos produtores das drogas. Deste modo, a ideologia da diferenciação ganhava novos contornos, sendo que a distinção dicotómica passou a ser entre países produtores, território do crime organizado, e países consumidores, as vítimas dos cartéis de drogas.

³⁸ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 61.

³⁹ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 57.

Os principais alvos desta guerra se tornaram, pois, os países latino-americanos, o que abriu margem para uma série de intervenções em nome da execução da política de drogas inclusive para além das fronteiras dos EUA. Foram definidos programas de controle sobre os países da América Latina, o que incluía a captação de dados referentes ao tráfico pelo serviço de inteligência norte-americano, bem como a realização de operações nos respectivos territórios para estudo, investigação e confiscos. Neste sentido, cristalina a exposição de Rosa del Olmo:

Apesar de os objetivos centrais da *guerra contra as drogas* serem a erradicação dos cultivos, o confisco das drogas, a destruição dos negócios de “lavagem de dinheiro” dentro dos Estados Unidos e o castigo aos traficantes e consumidores, os maiores esforços são dirigidos aos dois primeiros porque o mais importante dessa guerra é reduzir a quantidade de drogas que entram nos Estados Unidos e aumentar, em consequência, seu custo para o consumidor. Para isto foram traçadas duas estratégias paralelas: 1º) a eliminação das drogas antes de sua chegada aos Estados Unidos; 2º) a eliminação dos traficantes. (...) Na prática, os maiores esforços se concentraram na primeira estratégia, aumentando-se deste modo a participação norte-americana no exterior.⁴⁰

Construiu-se assim um novo discurso de essência geopolítica, transnacional, que se viabilizou por um terror generalizado. Nesta agenda de internacionalização do controle – que se omitia perante o fato de que os próprios EUA eram o principal berço da sempre crescente demanda por consumo –, o governo de Reagan estava autorizado legalmente a condicionar a prestação de qualquer auxílio, de ordem financeira ou não, para países em desenvolvimento à efetiva adoção de medidas estipuladas no programa antidrogas norte-americano⁴¹. Este poderoso mecanismo de pressão, combinado com o fato de que os discursos de guerra às drogas começavam a repercutir na América Latina, levou os países a se submeterem à radical política antidrogas, ainda que pudesse ser prejudicial às particularidades de sua situação concreta.

É neste cenário que os países da ONU se reúnem na **Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988**. A Convenção de 1988 colocou a cocaína no centro dos debates e, por meio dos discursos geopolíticos já articulados, tornou legítima e executável a política externa de ingerência na América Latina⁴², fazendo nascer uma polícia mundial. A repressão às drogas devia, então, ser encarada como “*prioridade diplomática entre todas as nações do mundo*”⁴³.

⁴⁰ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 65.

⁴¹ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2ª ed. p. 300.

⁴² VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2ª ed. p. 290.

⁴³ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 66.

Todos estes fatores repercutem nas políticas de segurança pública dos países da América Latina, os quais incorporam o discurso propagado e se tornam, assim, submissos ao controle exercido em seus territórios. Segundo Salo de Carvalho, a “assinatura Latina” a este projeto ocorreu, no plano ideológico, essencialmente pelos postulados do Movimento de Defesa Social e da Doutrina da Segurança Nacional⁴⁴.

Neste sentido, no âmbito das leis anti-drogas e de sua respectiva aplicação judicial, prepondera a ideia de Defesa Social, representada pela imagem demoníaca da droga, com o discurso alarmista de se agir para defender o tecido social do “mal” causado por ela – no Brasil, por exemplo, a Lei n. 6.368 de 1976 consagra como **dever de toda pessoa** “*colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*”⁴⁵. Já no que concerne às agências de segurança pública, a noção de Segurança Nacional determinará o caráter militarizado do controle do desvio, uma vez que o traficante é visto como o próprio inimigo interno, a verdadeira ameaça à ordem nacional, e, portanto, deve ser eliminado pelas agências repressivas.

Vê-se, assim, que tal matriz de repressão – irracional, desprovida de base científica, construída sobre estereótipos e conceitos morais – foi construída essencialmente por um país com seus próprios interesses econômicos e geopolíticos e simplesmente transladada para a comunidade internacional, sob um suposto consenso. Este segue sendo o aspecto principal das políticas de drogas adotadas atualmente, de maneira que o proibicionismo ainda impera e não pôde ser superado, a despeito de todo o fracasso que demonstrou em seus anos de vigência.

Em atenção aos danos que a repressão criminal às drogas produziu no âmbito da saúde pública, especialmente pela emergência da epidemia de AIDS, associada em grande parte ao uso de drogas injetáveis, a partir de 1980, o mundo começa a ver algumas iniciativas alternativas, baseadas na concepção de redução de danos. Passaram a ser aplicadas diversas políticas públicas que, abandonando a ingenuidade da noção abstencionista, primam pelo protagonismo e pela voluntariedade dos usuários nos tratamentos contra a dependência; promovem a reintegração ao convívio familiar e comunitário; fornecem assistência e cuidado para um consumo mais higiênico e controlado; disseminam informações sobre efeitos e riscos de cada substância, entre outras estratégias diversas.

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 72.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 6.368 de 1976. Disponível em: <[L6368 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/)>. Acesso em 25 de novembro de 2021.

Contudo, não se pode considerar que a adoção de políticas de redução de danos, por si só, implica uma ruptura do proibicionismo, sendo mais adequado afirmar que elas coexistem com o paradigma de repressão. Deste modo, os efeitos nocivos decorrentes da política proibicionista seguem incólumes, os quais passarão a ser detalhados a seguir.

2.2. As críticas ao modelo repressivo – fracasso do proibicionismo e produção de violência

A partir do panorama traçado, é possível perceber que a “questão das drogas”, na verdade, foi construída e historicamente imposta de maneira vertical por países do centro do capitalismo com seus interesses próprios na proibição, em especial os Estados Unidos da América. A proibição da circulação e uso de substâncias entorpecentes é produto de uma política específica, localizada no tempo, e absolutamente distante da realidade das experiências humanas, que sempre conviveram com o uso de tóxicos.

O ponto central é que o proibicionismo, em sua relativamente curta história, produziu danos absurdamente mais nocivos do que o uso de drogas produz⁴⁶. É dizer: a questão *das drogas* tornou-se desproporcionalmente menor do que a questão *da proibição das drogas*. A política proibicionista não só falhou em sua missão de reduzir o consumo e proteger a saúde, como foi erguida e imposta às custas de excessivas intervenções, aumento da violência, desrespeito a liberdades, e hiper encarceramento de corpos humanos.

O discurso do proibicionismo, nos ensina Rosa Del Olmo, é um discurso que oculta fatos. E somente subsiste justamente porque oculta a realidade sobre a qual se impõe. Conforme Salo de Carvalho, lidar com a questão das drogas por meio do direito penal reforça uma visão equivocada do fenômeno, o que contribui para a imobilidade da política criminal:

A falsa imagem que o direito penal reproduz com a resposta criminalizante na questão das drogas é frequentemente derivada de visão equivocada do fenômeno – v.g. da existência de vínculo entre consumo e dependência; da irreversibilidade na dependência; da necessária formação, pelos usuários, de subculturas criminais (carreiras criminais); da convicção de que o comportamento dos usuários leva ao isolamento da vida produtiva, entre outras. Outrossim, a reprodução desta imagem pelas agências que integram o sistema de punitividade, inclusive as agências de informação (mídia), estabelece perigosos consensos do público consumidor do direito penal.⁴⁷

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 216.

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 213.

Como resultado, tem-se um discurso de proibição irracional e distante da realidade de mazelas que produz. Mas a razão crítica, que enxerga todas as incongruências e os custos sociais desta política de guerra, conclui inevitavelmente pela necessidade urgente de reforma do falho modelo regulatório de drogas atual. A fim de demonstrar, então, todas as faces deste panorama, serão pontuadas a seguir as problemáticas vertebrais do proibicionismo.

Em um plano, a proibição do uso de drogas não se sustenta nos postulados democráticos que regem o Estado de Direito. O manto da liberdade individual, indissociável aos regimes democráticos, acoberta a conduta do indivíduo de consumir substâncias escolhidas, no âmbito de sua autonomia, pelos efeitos que elas provocam no próprio organismo, sejam eles de ordem medicinal ou recreacional, ainda que comporte algum tipo de dano. Em um sistema democrático, o indivíduo é livre para fazer uso das substâncias que desejar, no âmbito privado, enquanto não lesionar a terceiros; de modo que, ao criminalizar condutas desta essência, o Estado atua violando o princípio mais básico que o constitui.

Assim argumenta Maria Lúcia Karam:

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza. Enquanto não afete concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser.⁴⁸

O Estado de Direito sempre detém o ônus argumentativo da política que adota – especialmente quando se trata de política que se insere no seu campo de maior poder repressivo. E quando o assunto é a proibição seletiva de algumas drogas, o Estado não dispõe de argumentos coerentes, racionais ou que se mostrem verdadeiros, pois o discurso proibicionista é falacioso, de cunho moralista, e jamais esteve amparado pelo sólido respaldo da ciência. A criminalização de drogas (como a maconha) que concretamente causam menos danos que outras não criminalizadas (como o álcool) é um notável exemplo de como esta política é desprovida de racionalidade. Ademais, o ideal da abstinência é embebido de uma carga moral incompatível com um Estado laico e democrático, além de ser absolutamente irreal, ignorando que o uso de drogas se faz presente desde sempre perante a humanidade, muitas vezes satisfazendo a

⁴⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Políticas de drogas:** alternativas à repressão penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

demandas físicas, culturais, religiosas, ritualísticas etc. Assim, os supostos argumentos proibicionistas não servem como fundamento legítimo para a política criminal oficial do Estado, o que, via de consequência, impõe a descriminalização.

Em outro plano, diversos fatos demonstram à exaustão que os anos de experiências com a política repressiva foram acompanhados de sérias consequências nocivas.

Como primeira delas a ser citada é o trágico e cruel processo de estigmatização imposto ao usuário, tanto pela identificação entre consumo e dependência, quanto pela natural rotulação decorrente do contato com o sistema de justiça criminal. A estigmatização também comumente pode gerar isolamento que, em casos de dependência, torna o indivíduo cada vez mais distante da vida social, e dificulta o tratamento e a reinserção à vida comunitária. Vale dizer que a maior parte dos indivíduos que usam drogas não vão estabelecer uma relação problemática com a substância – usam para seu prazer, para acalmar angústias, potencializar experiências sensoriais. Inclusive, aproveita-se para mencionar que a proibição – devido à falta de informação, à restrição nas pesquisas, à incerteza quanto à pureza das substâncias – obsta que esses efeitos positivos das drogas sejam potencializados.

Segundamente, é importante desconstruir a falsa noção de que a criminalização das drogas promove efetiva proteção do bem jurídico saúde pública, pois esta, ao contrário, é gravemente prejudicada pelo controle penal da questão. E não só isto, como também a própria saúde individual do usuário muitas vezes é sacrificada neste processo de suposta proteção, via sistema penal, da saúde pública. Vale destacar, no mesmo sentido de Salo de Carvalho, que “*inexiste hierarquia ou graduação entre direitos, ou seja, é impossível vislumbrar confronto entre os direitos individuais, identificados tradicionalmente como interesses privados, e os coletivos e/ou transindividuais, incorporados à ideia de interesse público*”⁴⁹.

Expressões desse problema são, por exemplo, a impossibilidade de realizar o controle de qualidade das substâncias diante do fato de que estas circulam na ilegalidade, de modo que a sua produção, distribuição e consumo ocorrem sem que se tenha ciência sobre quais componentes estão presentes nas drogas, em qual concentração, qual a procedência etc. Se o uso de substâncias psicoativas já é, naturalmente, uma questão delicada, que envolve uma percepção de distintos efeitos psíquicos e sensoriais, isto se torna ainda mais complicado quando o usuário não pode sequer saber exatamente o que está consumindo, impedindo-o de ter capacidade de prever e gerenciar os efeitos sobre o seu organismo.

⁴⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 248.

Aliás, neste mesmo sentido, a proibição também traz consequências deletérias para a difusão de informação. A estigmatização que impende sobre as drogas, resultado da mistura imbricada entre criminalização e condenação moral, faz com que seja um tabu falar sobre como cada substância age no organismo. A propagação de informações científicas e qualificadas sobre os efeitos das drogas, a melhor maneira de administrá-las, a dosagem segura etc., poderia ser uma importante estratégia para promover o consumo consciente e informado, evitando combinações perigosas entre substâncias e prevenindo overdoses. No entanto, o ideal de abstinência e todo o foco repressivo que recai sobre o uso de drogas não abre qualquer margem para este tipo de discussão, o que, contraditoriamente, acaba por ser prejudicial à saúde pública, já que o consumo não deixa de ocorrer, mas ocorre de maneira menos orientada.

Ademais, o fato de o consumo ter de ocorrer em contextos clandestinos faz com que as condições de higiene muitas vezes sejam precárias, sem a correta desinfecção de agulhas e seringas, por exemplo, o que favorece a propagação de doenças como AIDS e hepatite.

O que se percebe na prática é que o sistema de saúde fica totalmente distante dos indivíduos que dele precisam, isto é, usuários que desenvolveram quaisquer tipos de relações problemáticas com as drogas, ou tiveram alguma questão de saúde decorrente do seu uso. A estigmatização e a possibilidade de captura pelo sistema penal afastam o indivíduo da assistência médica necessária, e aqueles que já sofrem com as angústias da adicção não só ficam sem o amparo assistencial, como temem o sofrimento invariavelmente causado pelo processo criminal.

Ainda tratando das violações que a criminalização das drogas – paradoxalmente – produzem à saúde, deve ser mencionado o obstáculo ao uso terapêutico das substâncias. É amplamente sabido e cientificamente estudado que diversas substâncias – em especial as presentes nas plantas do gênero *cannabis* – possuem importantes efeitos terapêuticos para algumas doenças, aliviando desconfortos e auxiliando no tratamento de sintomas. Como exemplos mais notáveis, estão o uso de *cannabinol* para epilepsia refratária, a administração de maconha para aumento do apetite em pessoas com câncer, entre outros diversos. Também não se pode descartar o fato de que algumas substâncias entorpecentes, quando utilizadas em doses moderadas, podem apresentar efeitos positivos em aliviar angústias típicas da vida moderna, trazendo bem-estar ao indivíduo. A criminalização dos entorpecentes, porém, impede qualquer um destes usos de caráter medicinal, representando verdadeira violação aos direitos dos sujeitos que padecem de sofrimentos físicos e/ou psíquicos.

Uma outra face tão ou mais preocupante dessa questão é o aumento grandioso da violência que a criminalização das drogas inevitavelmente provoca. O proibicionismo traz imediatamente uma super-potencialização do poder policial, haja vista que as drogas e a necessidade de controle social são o principal pretexto para a intervenção policial disciplinadora⁵⁰. O poder repressivo atua sob o manto da pretensa “guerra às drogas” e se legitima com o respaldo do pânico moral construído em cima da figura do “traficante” – que é por excelência o espaço de abertura onde se operam preconceitos, arbitrariedades e abusos, pois todo tipo de força pode ser utilizado legitimamente quando se está diante da figura do inimigo.

Com isso, ocorrem diariamente graves intervenções, ilegalidades e severas violações a direitos humanos; mata-se e morre-se aos montes, diariamente, nesta incessável guerra, sendo certo que a quantidade de mortes decorrentes da ilegalidade das drogas é demasiadamente superior à quantia de mortes que derivam do abuso de tóxicos. Este ciclo ininterrupto de violência se manifesta, também, no hiper-encarceramento, que foi potencializado pelos delitos relacionados a drogas.

A violência também é própria ao mercado onde as drogas circulam, notadamente porque ele é ilegal. Defende Salo de Carvalho, neste sentido, que a desriminalização neutralizaria o mercado, retirando as marcas de violência e tornando-o regulável, apto ao controle econômico-financeiro e administrativo do Estado⁵¹.

Também nesta linha é possível afirmar que a desriminalização evitaria a criminalidade secundária que a proibição das drogas inevitavelmente produz. Isto porque a manutenção do comércio de drogas no plano da ilegalidade dá azo a diversos outros delitos como corrupção e extorsões por parte dos agentes das forças de controle; lavagem de dinheiro; homicídios e lesões corporais relacionados a disputas por territórios etc.

Por fim, é possível levar a crítica também para um espectro econômico. Para além dos altos custos demandados do Estado para manutenção do sistema repressivo (investimentos em policiamento, operação dos incontáveis processos judiciais, administração de presídios), com relação ao mercado em que circulam as drogas, observa-se que a característica da ilegalidade é componente essencial para a formação do preço, uma vez que a ameaça de violência do Estado permite a fixação de altos preços para os produtos, o que torna o mercado extremamente lucrativo para os grandes fornecedores e favorece a criação de monopólios.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal en materia de drogas en la República de Argentina**. Artigo de "Nuevo Foro Penal". Edição n. 54. Outubro de 1991. p. 461.

⁵¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176.

Como nos lembra Vera Malaguti Batista, “*todos sabemos que o comércio ilícito termina por fazer parte do sistema financeiro lícito e institucional*”⁵², através de mecanismos de lavagem de capitais. Vê-se que a ilegalidade, portanto, é benéfica aos interesses econômicos de empresários e grandes comerciantes, em detrimento não só dos consumidores, como também dos pequenos traficantes que atuam na ponta do varejo – estes que veem pequeníssima parte do ganho financeiro, e estão altamente mais sujeitos à captura pelo sistema criminal.

Diante de todas as razões impostas, percebe-se que as críticas ao proibicionismo se estendem por diversos âmbitos e são inúmeros os efeitos prejudiciais advindos desta política – este trabalho tampouco tem a pretensão de esgotar o tema. De todo modo, o que fica evidente é a insustentabilidade de se manter tal modelo, mostrando-se urgente a sua reforma, por meios estratégicos.

2.3. Principais gargalos e criminologia da práxis. Encaminhamento para a reforma

A contundente crítica ao proibicionismo impõe uma revisão premente da política criminal de drogas. Conforme já alegado anteriormente, os custos sociais resultantes da criminalização das drogas mostraram-se extremamente desproporcionais aos objetivos da lei penal. De acordo com o que nos ensina a Criminologia Crítica, este processo se verifica de maneira geral no âmbito do sistema penal, sendo uma manifestação clara da disparidade entre suas funções declaradas e reais⁵³. Sendo assim, existe uma necessidade mais ampla de diminuição do direito penal – o qual ocupa espaço cada vez maior nas sociedades contemporâneas, tendo em vista uma desesperada e esquizofrênica busca por soluções simplistas para problemas complexos, agravada por tendências punitivistas –, devido aos graves danos que acarreta ao público preferencial de sua seleção.

A passagem dessa constatação de crise para a adoção de medidas concretas tendentes a reduzir a incidência do sistema penal, no plano do possível e do real, por meio de políticas criminais alternativas, foi denominada por Salo de Carvalho de “Criminologia da Práxis”⁵⁴. Esta concepção deve pautar a busca por estratégias viáveis para redução dos danos do sistema penal, sendo a *descriminalização* o objetivo principal, porque é efetivamente apta a retirar fatos

⁵² BATISTA, Vera Malaguti. **Difícies ganhos fáceis drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2^a ed. p. 83-84.

⁵³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 155-157.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 158.

da esfera penal. Idealmente, a descriminalização deve se operar pela via legislativa, no âmbito de um programa mais amplo de política criminal alternativa. No entanto, consoante esta noção ora apresentada, deve ser reconhecido também o importante papel da descriminalização judicial, enquanto meio estratégico garantista de atuação *no interior* da estrutura.

Neste contexto, tendo em consideração a existência de elevada quantidade de processos por crimes relacionados a drogas, bem como a formação de criminalidade organizada decorrente da criminalização da produção e do comércio de entorpecentes, e ainda a inevitável geração de criminalidade secundária a partir da penalização desse mercado, é possível estimar que a descriminalização das drogas contribuiria significativamente para a redução da necessidade da justiça criminal, e, portanto, deve configurar uma das prioridades das políticas criminais alternativas. Há de se ressaltar que o projeto de descriminalização não implica em renúncia ao controle por parte do Estado, mas tão somente um redirecionamento para que a regulação da produção, comércio e consumo fique sob atribuição de outras esferas que não a da repressão penal.

Entretanto, como é evidente, o projeto descriminalizador encontra anteparo em potentes forças políticas que tendem, em maior ou menor grau, para o campo do punitivismo. Neste sentido, aguçada a percepção de Salo de Carvalho sobre a questão:

Dentre os inúmeros óbices às políticas de descriminalização encontra-se o fato de que o fenômeno criminal e a resposta criminalizadora produzem resultados altamente eficazes de solidificação dos laços existentes entre os poderes públicos, os meios de comunicação de massa e o público consumidor da demanda punitiva. Se os mitos legitimantes do sistema penal são facilmente digeridos pelo sistema social, criando o que se denomina na literatura criminológica como *every day theory*, é porque existe forte relação de interatividade entre estes atores. Na formação destes vasos comunicantes, o objeto de consumo oferecido pelo legislador são incriminações severas, alimentando em seu público, através de forte apelo aos meios de comunicação, a sensação de que se está efetivamente buscando soluções ao problema da violência e da criminalidade.⁵⁵

Deste modo, os principais gargalos presentes para reformulação da política de drogas são da própria dificuldade de contenção do fenômeno punitivista contemporâneo, acentuados, no Brasil, por sua formação social conservadora, havendo diversos atores nessa disputa, como agentes de segurança pública, movimentos religiosos, entre outros.

⁵⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 209-210.

Além disto, há de se lembrar que existem os tratados internacionais já mencionados que vinculam a política de drogas do Brasil ao modelo adotado no âmbito das Nações Unidas. Conforme ressaltam Elize Massard Fonseca e Francisco Inácio Bastos, estes tratados gozam de relativa inércia⁵⁶ – tanto pela ausência de vontade e interesse político em promover mudanças no âmbito da Comissão de Narcóticos das Nações Unidas, como pela necessidade de obtenção de consenso entre todos os países membros –, o que acaba por imobilizar os países signatários. De outro lado, a superação destes parâmetros internacionais demandaria uma postura de assumir a soberania nacional, resgatando o controle sobre os problemas que acometem de maneira particular cada realidade local, o que exige uma força política internacional cujos elevados preços (políticos e econômicos) os governantes nem sempre estão dispostos a pagar.

Isto posto, verifica-se que, inobstante uma reforma mais ampla e robusta seja absolutamente necessária, a sua efetiva implementação demanda que um conjunto de forças estejam adequadamente articuladas, encadeando distintos interesses, objetivos e poderes. Deste modo, a urgência da questão, associada às dificuldades de mudanças mais enérgicas, reforça a importância de uma atuação pragmática e estratégica. O caminho, pois, está em observar o que vem sido feito em outros países e tomar como referência concreta para se obter luzes no rumo a ser traçado.

3. A EXPERIÊNCIA DA ARGENTINA COM A DESCRIIMINALIZAÇÃO DA POSSE PARA CONSUMO PESSOAL

Diante da falência do proibicionismo e deste quadro de necessidade de tomada de iniciativas contra-hegemônicas, faz-se necessário observar como decisões alternativas têm sido tomadas em outros países e quais os impactos elas estão desenvolvendo na realidade prática. Apesar de se compreender que a necessidade de tomada de atitudes é urgente, dado o grau de nocividade dos efeitos do proibicionismo, consoante exposto, é fato que proceder com uma cuidadosa análise empírica dos resultados das políticas dos outros países é capaz de fornecer um substrato mais concreto para a tomada de decisões inteligentes no Brasil.

Neste contexto de observação de iniciativas antiproibicionistas, este trabalho cuida de analisar a experiência da Argentina com a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, operada, em 2009, pela via judicial, a partir de julgamento proferido por sua Corte

⁵⁶ FONSECA, Elize Massard; BASTOS, Francisco Inácio. **Os tratados internacionais antidrogas e o Brasil: políticas, desafios e perspectivas.** IN: ALARCON, Sergio (Org.) Álcool e outras drogas: diálogos sobre um mal-estar contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012. p. 24.

Suprema. Este país viu sua política criminal de drogas evoluir de maneira bastante próxima à do Brasil, haja vista que foi condicionado de maneira semelhante à agenda internacional proibicionista. Tal como nós, a Argentina também passou por um regime ditatorial apoiado pelos Estados Unidos, que visavam à manutenção de sua influência na região, e, gradualmente, segue se recuperando dos nós conservadores que obstam a consolidação de instituições democráticas. Em matéria de política de drogas, é relevante notar que o estágio do avanço na reforma encontra-se em posição bastante similar ao brasileiro, mas a decisão da Corte Suprema, que já conta com 12 (doze) anos, mostrou-se um passo à frente da realidade do Brasil. Deste modo, cuida-se de uma referência importante como perspectiva real de ação.

Sendo assim, a análise da experiência argentina, neste trabalho, passará inicialmente pela exposição de como o proibicionismo foi incorporado historicamente no país, pontuando-se as principais leis e os principais eventos que demarcaram a política repressiva nacional, até se chegar ao quadro atual desta política. Na sequência, o estudo se aprofundará no “Fallo Arriola”, o julgamento da Corte Suprema de Justicia que, em 2009, declarou a constitucionalidade da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Este se entende como o evento recente mais importante de oposição ao paradigma proibicionista, posto que refuta o abstencionismo e reconhece a liberdade de consumo de substâncias psicoativas, opotndo-se, assim, com a ideologia da diferenciação. Considerando que este passo foi dado via Poder Judicial, a análise do Fallo Arriola não só compreenderá as circunstâncias políticas que o circundaram, como também depurará os fundamentos e critérios jurídicos estabelecidos, com vistas a subsidiar a análise subsequente. Nesta linha, o estudo seguirá para a exposição dos principais resultados obtidos pela pesquisa realizada, de modo a se compreender como o Fallo Arriola incidiu na prática dos processos judiciais.

3.1. Histórico da política criminal de drogas na Argentina

A consolidação, na Argentina, do modelo internacional proibicionista, tal como descrito em capítulo anterior, ocorreu na década de 1970, mas a questão da droga já começava a ser construída desde 1920, de modo que, sob influência das recomendações externas, foram sendo promulgadas sucessivas leis destinadas à repressão do uso de substâncias entorpecentes, ainda que este não constituísse um problema interno de tanta relevância naquele momento⁵⁷.

⁵⁷ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 18.

Neste período inicial, a questão da droga se erige em um contexto social higienista, de saneamento da desordem, de imposição de uma moralidade limpa de todos os vícios. Segundo Florencia Corbelle⁵⁸, sob o pretexto de controlar uma ameaça que se impunha à sociedade, médicos legistas, criminólogos e a polícia firmavam uma aliança para deter pessoas consideradas toxicômanos e realizar intervenções alheias ao controle do Poder Judicial.

As primeiras normativas que serviram de base para estas práticas foram leis promulgadas pela iniciativa e intensa campanha do deputado Leopoldo Bard, o qual contou com o forte apoio da imprensa e de corporações sanitárias para consolidar a necessidade de repressão da toxicomania, superando anteriores divergências sobre o assunto. A Lei n.11.309, de 1924, e a Lei n. 11.331, de 1926, fizeram alterações no artigo 204 do Código Penal Argentino para prever a punição da venda, entrega ou fornecimento de narcóticos por pessoa não autorizada, bem como da posse quando o agente não pudesse justificá-la com motivos legítimos.

Mas a adesão ao paradigma difundido pelos Estados Unidos deu-se na década de 1960, após a Convenção Única Sobre Entorpecentes, momento em que foi incorporado à Argentina o já explanado modelo repressivo-terapêutico. A Lei n. 17.567 alterou novamente o artigo 204 do Código Penal, incluindo a criminalização do tráfico e da produção de entorpecentes. A posse para consumo pessoal não foi penalizada, mas para estes casos foi determinada, no âmbito civil, a internação compulsória por tempo indeterminado.

O aspecto sanitário desta política ficou bastante ressaltado. Foram criadas diversas instituições responsáveis pelo tratamento dos adictos, sendo as principais o *Centro de Prevención de la Toxicomanía* (CEPRETOXI), o Serviço de Toxicomanias do *Hospital Borda* e o *Centro Nacional de Reeducación Social* (CENARESO), lugares onde os internos eram submetidos a “investigações epidemiológicas”⁵⁹. Neste momento, segundo Corbelle, a Argentina se mostrava um dos principais propulsores de políticas públicas anti-drogas na região da América Latina⁶⁰.

Com o advento da década de 1970, os Estados Unidos, como visto, iniciariam sua política de intervenção em países latino-americanos, especialmente visando a erradicar a produção de cocaína. A Argentina, tal como o Brasil, por não ser país produtor, mas sim de trânsito de drogas, não constituiu o foco da atuação norteamericana. Entretanto, isto não significa que esteve imune ao controle político dos EUA. Ao contrário: na Argentina, os

⁵⁸ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 18.

⁵⁹ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 21.

⁶⁰ *Ibidem*.

postulados da Segurança Nacional e da Defesa Social se materializaram, na correspondência entre drogas e subversão.

No âmbito do *Convenio de Cooperación Binacional*, o qual foi renovado entre os dois países em 1974, declarou-se que os grupos de guerrilhas seriam os principais consumidores de drogas na Argentina⁶¹; desta maneira, ao se associar o uso de drogas a movimentos de insurgência, permitiu-se ao Estado intervir na autonomia privada dos indivíduos e realizar a persecução de inimigos políticos. Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a questão da droga foi vinculada à ideologia da Segurança Nacional de modo confuso e propagandístico:

En este contexto fue confundiéndose todo: como suele suceder en estas ideologías confusas, libertad sexual, libre expresión corporal, indumentarias no convencionales, subversión, guerrilla y uso de “droga” constituían el mismo fenómeno o bien, eran todos expresión de un general síntoma de “disolución social”, de “crisis moral” o de agresión al “ser nacional” (entendido en sentido nazista). No es de extrañar que en este marco se sancionasen leyes que se presentaron como íntimamente vinculadas: la ley 20.771, de “drogas”, y la ley 20.840 de represión de actividades subversivas.
⁶²

Destarte, a repressão foi intensificada e a expressão disto foi a promulgação da **Lei n. 20.771** em 1974, no governo de José Lopez Rega, a primeira lei especial de drogas, apartada do Código Penal, a qual estabeleceu novas condutas típicas e penas mais severas. No mesmo sentido do que sucedeu com o Brasil, o uso de drogas retornou à esfera penal, configurando crime. Além disto, foi prevista a aplicação de medida de segurança *curativa* ao dependente químico, a qual consistia em tratamento de desintoxicação e cuidados terapêuticos para reabilitação.

A polícia ocupou um lugar importante no contexto de repressão de usuários, realizando intensas ações preventivas e repressivas sobre jovens. Com a ditadura de 1976, esta situação se agravou, de modo que as intervenções policiais estavam justificadas sob o pretexto de neutralização dos perigos representados pelos toxicômanos em defesa da sociedade⁶³. Segundo aduz Zaffaroni, neste momento, “*cada jovem usuário de maconha se convertia em uma espécie*

⁶¹ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 22.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal en materia de drogas en la República de Argentina.** Artigo de “Nuevo Foro Penal”. Edição n. 54. Outubro de 1991. p. 456.

⁶³ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 23.

de traidor da pátria”⁶⁴. Houve, deste modo, um expressivo crescimento na persecução e no encarceramento de jovens, tendo sido, inclusive, reduzida para 16 anos a idade de imputabilidade, pela Lei n. 21.338, de 1976, que introduziu modificações no Código Penal.

A década de 1980, por outro lado, representou o início de iniciativas progressistas⁶⁵, as quais foram possibilitadas pelo retorno à democracia e pela natural abertura à pluralidade. Foi apresentado, por exemplo, um projeto de lei perante a Câmara de Senadores que propunha a despenalização da posse, cultivo e produção de entorpecentes para consumo pessoal, bem como a necessidade de consentimento do indivíduo para realização de tratamento terapêutico. No âmbito do governo federal, foram implementados programas que priorizavam uma perspectiva de mitigação das vulnerabilidades que faziam parte da realidade dos jovens usuários.

Além disto, pelo Poder Judiciário foi dado importante passo quando, no julgamento do “*Fallo Bazterrica*”, em 1986, declarou-se a constitucionalidade do artigo 6º da Lei n. 20.771, o qual, à época, estabelecia a criminalização da posse de entorpecentes para consumo pessoal. O julgamento pautou-se na garantia fundamental prevista no artigo 19 da Constituição Argentina, o qual consagra o direito à liberdade, privacidade e autonomia privada, sendo que o voto da maioria de três contra dois considerou que não se pode presumir consequências negativas para a coletividade a partir da posse individual.

Em contrapartida, o cenário político ainda mostrava-se permeado por posicionamentos de natureza proibicionista⁶⁶: no Congresso, foi apresentado um projeto de lei de oposição ao supramencionado, o qual seguia estritamente os parâmetros definidos pelos Estados Unidos e contava com amplo apoio dos setores conservadores da sociedade; a Polícia Federal, por sua vez, apresentou os seus próprios projetos de lei, e continuou com sua cotidiana prática de repressão aos usuários; já no âmbito do Judiciário, permaneceu crescente a quantidade de acusados, sendo relevante ressaltar que mesmo o precedente *Bazterrica* encontrava sérias limitações para aplicação nos julgamentos de primeira e segunda instância.

Na realidade, os debates políticos emergentes não mostraram força suficiente para desafiar o paradigma proibicionista, que, então, se reafirmou no fim dos anos 1980. A principal questão que se ressaltou naquele momento foi o fato de que a Argentina passou a correr o risco de figurar entre os países classificados como “não certificados” pelos Estados Unidos no que tange à adoção do modelo estabelecido para o controle de drogas. Conforme exposto em

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal en materia de drogas en la República de Argentina*. Artigo de “Nuevo Foro Penal”. Edição n. 54. Outubro de 1991. p. 457. Tradução livre.

⁶⁵ CORBELLE, Florencia. *La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018*. Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 25.

⁶⁶ *Ibidem*.

capítulo anterior deste trabalho, isto traria como consequência a impossibilidade de receber auxílio financeiro daquele país, o que preocupou setores econômicos públicos e privados da Argentina.

Assim, com a Convenção de 1988 da ONU, a Argentina reiterou seu compromisso com a repressão às drogas⁶⁷, tendo sido instituída, na sequência, a *Comisión de Drogadicción* na câmara dos deputados. As campanhas eleitorais daquele momento também priorizaram o discurso anti-drogas e todos estes fatores culminaram com a sanção, em 1989, no governo de Carlos Saúl Menem, da **Lei n. 23.737**, a Lei de Drogas que permanece vigente até os dias atuais.

Além das condutas de típicas de tráfico, relacionadas ao objetivo de comércio, a Lei n. 23.737 criminalizou as condutas de posse simples (art. 14) e a posse para consumo pessoal (art. 14, parágrafo segundo). Sobre esta última, esclarece Corbelle:

Los grupos favorables al prohibicionismo, apoyándose en la expansión del consumo y reactualizando viejos estereotipos que pesaban sobre la juventud – principalmente, de los sectores populares –, habían logrado generar una ola de pánico que terminó cristalizando en la ecuación drogas-pobreza-juventud-delincuencia otorgando renovada legitimidad a la persecución penal de los usuarios. Pero además, el texto de la flamante normativa, en línea con lo que venía ocurriendo en la región desde la década anterior y siguiendo la tendencia iniciada con la sanción de la ley 20771, amplió las conductas incriminadas incorporando más verbos y objetos materiales.⁶⁸

Com relação ao usuário, a Lei de Drogas também manteve a possibilidade de aplicação de medida de segurança *curativa* para o usuário considerado dependente (art. 16), de modo substitutivo ou complementar à pena, e adicionou a previsão da medida de segurança *educativa* (art. 17), substitutiva da pena, aplicável ao usuário principiante ou experimentador.

Para Zaffaroni, o conteúdo da Lei de Drogas evidencia como se tratou de uma norma construída sob intervenção de um modelo externo, o que se reflete em escassez de técnica legislativa: “*Su articulado, por su general carencia de técnica legislativa, deja ver la influencia de modelos importados ajenos a nuestra tradición y de textos farragosos elaborados en ámbitos policiales*”⁶⁹.

Ainda sobre a incorporação do modelo internacional de repressão, María Soledad Llovera e Marina Scialla ressaltam que a promulgação da Lei n. 23.737 consolidou três

⁶⁷ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 26-27.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal en materia de drogas en la República de Argentina.** Artigo de "Nuevo Foro Penal". Edição n. 54. Outubro de 1991. p. 463.

estereótipos básicos do paradigma proibicionista⁷⁰: (i) o conceito monolítico e fetichizado de droga, que coloca “a droga” em um lugar de “ente maléfico”, e torna o seu consumidor mais exposto a estigmatização e intervenção médica e penal; (ii) a correspondência automática e necessária entre uso de drogas e vício, pois não se considera a possibilidade de um consumo que não configure adicção ou doença, de modo que o uso se converte em uma espécie de epidemia que pode contaminar o resto do corpo social “são”; e (iii) a correlação essencial entre drogas e jovens, o que faz a repressão ao comércio estar centralizada no polo da demanda, e dá permissividade para a seletividade se direcionar aos jovens, do sexo masculino, sem porte de armas, sem antecedentes criminais e que portam pequenas quantidades de drogas.

Eis que, sob a vigência da nova lei de drogas, os anos 1990 configuraram um momento de “tolerância zero”⁷¹ às drogas. Esta mudança de ventos políticos de pronto se refletiu na posição da jurisprudência, tendo sido proclamada pela Corte Suprema, em 1990, no âmbito do “*Fallo Montalvo*”, a constitucionalidade da Lei n. 23.737.

Outro marco importante deste período foi a fundação da *Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico* (SEDRONAR), órgão do Poder Executivo Federal responsável por articular questões de segurança, relacionadas ao controle da venda de drogas, e questões sanitárias, com atribuições para promover a assistência terapêutica aos usuários⁷².

Apenas algumas leis posteriores trouxeram modificações à Lei n. 23.737, mas sem alterações substanciais ao modelo de regulação das drogas. Destaca-se a Lei n. 24.424, de 1995, que acrescentou o crime de confabulação e adicionou novas previsões processuais – especialmente medidas de proteção para testemunhas e dispositivos destinados a facilitar investigações, tais como a delação premiada.

Em 2005, foi promulgada a Lei n. 26.052, uma importante lei em matéria processual, a qual facultou às províncias a competência para processar e julgar casos de drogas de menores quantias, que antes eram todos de competência federal. No tocante a esta norma, importante a observação feita por Corbelle, no sentido de que a principal consequência verificada nas primeiras províncias a aderiram à lei foi o aumento da persecução de usuários, cultivadores de

⁷⁰ LLOVERA, María Soledad; SCIALLA, Marina. **Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado.** Artigo publicado em “Temas y debates”. Ano 21. Júlio-dezembro de 2017. p. 82-84.

⁷¹ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 27.

⁷² LLOVERA, María Soledad; SCIALLA, Marina. **Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado.** Artigo publicado em “Temas y debates”. Ano 21. Júlio-dezembro de 2017. p. 82.

cannabis e mulheres em situação de vulnerabilidade que vendem drogas em pequenas quantidades⁷³.

A partir dos anos 2000, houve uma crescente ampliação e fortalecimento de grupos da sociedade civil que suscitam o debate em torno da atual lei de drogas, bem como ao próprio sistema proibicionista em geral. Isto gerou movimentação política, criação de programas de redução de danos, decisões judiciais favoráveis à descriminalização da posse para uso pessoal e formulação de projetos de lei apresentados ao Congresso para regulação da matéria⁷⁴.

Figura política de relevância nesse momento foi Aníbal Domingo Fernández, então Ministro de Justiça, Segurança e Direitos Humanos. Fernández tornou-se notável por criticar publicamente os procedimentos policiais adotados, em sua maioria apreensões em flagrante, os quais apenas levavam à detenção de consumidores e pequenos traficantes. Deste modo, defendia que eram insuficientes para resolver os problemas ligados ao tráfico de maior complexidade, assim como posicionava-se a favor da descriminalização da posse para consumo pessoal. Inclusive em seu discurso na Comissão de Viena de 2008, Fernández manteve-se firme em sustentar perante a ONU sua opinião a respeito da questão.

Neste cenário, foi criado o *Comité Científico Asesor en Materia de Control de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja*, cujo objetivo era participar ativamente na atualização legislativa, auxiliando nos projetos de reformas e na criação de políticas públicas. Porém, ainda não estava demarcado um consenso oficial acerca da descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, sendo que havia outras figuras políticas contrárias à descriminalização da posse para consumo pessoal – notadamente o próprio titular da SEDRONAR à época, Ramón Granero, o qual argumentava que o país ainda não possuía um sistema de saúde suficientemente estruturado para lidar com esta medida⁷⁵.

Por sua vez, o Poder Judiciário já aventava mudanças com relação à questão, havendo crescente número de decisões judiciais que adotavam critérios descriminais no que tange à posse para consumo pessoal. Assim, seguindo esta tendência, a Corte Suprema proferiu a importante decisão já aludida, em 2009, ao declarar a inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal, quando não apresentar perigo concreto ou dano a

⁷³ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 29.

⁷⁴ CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 30.

⁷⁵ LLOVERA, María Soledad; SCIALLA, Marina. **Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado.** Artigo publicado em “Temas y debates”. Ano 21. Julho-dezembro de 2017. p. 86.

direitos ou bens de terceiros, no que ficou conhecido como “*Fallo Arriola*”, cujos fundamentos serão devidamente esmiuçados no capítulo a seguir.

O julgamento de “*Arriola*”, ao reconhecer os direitos dos indivíduos que fazem uso de substâncias entorpecentes, contribuiu decisivamente para assentar, no cenário político, a necessidade de se adotar novas perspectivas sobre a questão. Depois da decisão da Corte Suprema, foram apresentados diversos projetos de lei tendentes a despenalizar a posse de entorpecentes e o cultivo para consumo pessoal. Além disto, o tratamento de pessoas que sofrem com usos problemáticos foi paulatinamente sendo retirado da esfera penal, bem como da perspectiva sanitário-manicomial, para ser abordado mais adequadamente sob o enfoque da saúde mental. Segundo Llovera e Scialla, este processo representou a superação do modelo médico-jurídico para a formação de um novo modelo “sócio-comunitário de atenção”, isto é, calcado na noção de assistência ao sujeito e à sua singularidade, buscando sua (re)inclusão no âmbito familiar e comunitário⁷⁶.

Reflexo disto, então, foi a promulgação, em 2010, da Lei n. 26.657, Lei de Saúde Mental, a qual incluiu as adicções como parte integrante das políticas de saúde mental, expandindo a todas as “pessoas com uso problemático de drogas, legais e ilegais” os direitos e garantias estabelecidos na lei para o uso dos serviços de saúde. O fato de ter usado a terminologia “uso problemático” constitui um avanço, uma vez que reconhece a existência de diversas formas de relação dos sujeitos com os entorpecentes, as quais muitas vezes podem configurar um uso controlado e inclusive saudável.

Neste mesmo sentido de privilegiar a atenção das políticas públicas nos usos problemáticos, foi lançado em 2014 o *Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos* (Plano IACOP), estabelecido por meio da Ley n. 26.934. Os objetivos postulados do Plano IACOP são: (i) prevenir os consumos problemáticos desde uma abordagem intersetorial por meio da atuação direta do Estado; (ii) assegurar a assistência sanitária integral gratuita aos sujeitos afetados por algum consumo problemático; e (iii) integrar e amparar socialmente aqueles que estão sujeitos a algum consumo problemático.

Articulando-se a estas novas políticas, decidiu-se deixar sob incumbência da SEDRONAR apenas as medidas relacionadas aos usuários de drogas – como a realização de pesquisas por meio do *Observatorio Argentino de Drogas*, a criação de programas de

⁷⁶ LLOVERA, María Soledad; SCIALLA, Marina. **Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado.** Artigo publicado em “Temas y debates”. Ano 21. Júlio-dezembro de 2017. p. 88.

prevenção, a capacitação de profissionais da área e a prestação de assistência aos usuários⁷⁷. Deste modo, o outro polo da relação – a venda de entorpecentes – passou a ser atribuição do *Ministerio de Seguridad*, que ficou a cargo de elaborar estratégias para o controle e a repressão do tráfico.

Como é possível perceber e como já afirmado previamente, a instituição de um modelo de redução de danos não implica, por si só, na superação do paradigma proibicionista, sendo que ambos podem continuar vigentes a custo de ambiguidades e contradições verificadas na prática. Neste sentido, denunciam Llovera e Scialla a frequência de casos de abusos policiais no curso de operações contra o tráfico, especialmente sobre jovens em situação de vulnerabilidade, o que chama a atenção para a urgência de se garantir a proteção dos direitos humanos⁷⁸.

Então, em 2016, foi promulgada a Lei n. 27.302, a qual atualizou as penas dos crimes da Lei de Drogas, e manteve a situação dos típica dos usuários mesmo após “*Arriola*”, o que demonstra a ambiguidade presente. Importantes avanços foram verificados em 2017 e 2019, quando se publicou, respectivamente, a Lei n. 27.350, que instituiu a política de pesquisas médicas e científicas para o uso medicinal da planta *cannabis* e seus derivados; e o decreto que a regulamentou, o qual estabeleceu as condições autorizadoras para o autocultivo de maconha para uso medicinal, visando a garantir o acesso oportuno, seguro, inclusivo e protetor para aqueles que precisam usar a *cannabis* como ferramenta terapêutica”.

Estabelecido o quadro da política criminal de drogas argentina, cumpre passar para a análise do “*Fallo Arriola*”, objeto de estudo do presente trabalho.

3.2. Fallo Arriola

Em 2009, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina posicionou-se no âmbito do caso denominado de “*Fallo Arriola*” (Causa 9.080), proferindo decisão paradigmática para a política criminal de drogas daquele país. O julgamento foi o desdobramento de uma série de decisões anteriores sobre a questão da criminalização do consumo de substâncias entorpecentes,

⁷⁷ LLOVERA, María Soledad; SCIALLA, Marina. **Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado.** Artigo publicado em “Temas y debates”. Ano 21. Júlio-dezembro de 2017. p. 90.

⁷⁸ LLOVERA, María Soledad; SCIALLA, Marina. **Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado.** Artigo publicado em “Temas y debates”. Ano 21. Júlio-dezembro de 2017. p. 91.

tendo como referências anteriores o “*Fallo Bazterrica*”, de 1986, o qual retomou, e o “*Fallo Montalvo*”, de 1990, do qual divergiu opostamente.

Referido processo teve início a partir de investigações realizadas pela Polícia Federal em uma propriedade na cidade de Rosario, província de Santa Fe, onde já há um tempo se observava movimentação de indivíduos indicativa da existência de comércio de drogas no lugar. Obtida a devida autorização judicial, foi realizada busca e apreensão no local. Como resultado, foram processados os indivíduos Sebastián Eduardo Arriola, Carlos Alberto Simonetti e Mónica Beatriz Vázquez, pelo delito de posse de entorpecente com fins de comercialização (artigo 5º, “c”, da Lei n. 23.737).

Na sequência, foi feita uma revista no entorno do local, sendo que nas proximidades foram abordados mais cinco indivíduos: Gustavo Alberto Fares, com três cigarros enrolados manualmente, contendo 0,283g, 0,245g e 0,161g de maconha cada; Marcelo Ezequiel Acedo, com três cigarros, contendo 0,25g, 0,25g, e 0,3g de maconha cada; Mario Alberto Villarreal, em posse de um cigarro com 0,27g de maconha; Gabriel Alejandro Medina, também com três cigarros, contendo 0,31g, 0,29g e 0,29g de maconha cada; e Leandro Andrés Cortejarena, em posse de três cigarros de maconha, cujas massas eram de 0,25g, 0,26g e 0,27g. Estes foram processados pelo delito de posse para consumo pessoal, tipificado no artigo 14, parágrafo segundo, da Lei n. 23.737.

Todos os acusados foram condenados em primeira instância, pelo Tribunal Oral Criminal Federal n. 2 de Rosario, em 2007. A defesa dos indivíduos imputados pelo crime do artigo 14, parágrafo segundo, para além de alegar diversas nulidades, sustentou a tese da constitucionalidade do tipo penal. Apesar disto, o Tribunal rechaçou as alegações defensivas, proferindo, assim, o edital condenatório à pena de um mês de prisão, substituída por uma medida de segurança educativa. Em face desta sentença, a defesa interpôs o chamado “recurso de cassação”, que é competente para impugnar decisões que contenham interpretação ou aplicação incorreta da lei, ou processos que não tenham se desenvolvido conforme às formalidades legais. Com isso, o caso foi a julgamento pela Sala I da Câmara Federal de Cassação Penal (“Câmara Federal de Casación Penal”), a qual também refutou a tese de constitucionalidade, com base no precedente estabelecido em Montalvo. Enfim, interposto recurso extraordinário federal, o caso chegou à apreciação da Corte Suprema, que, após deliberação colegiada, reconheceu a constitucionalidade do dispositivo legal, e reformou a condenação dos acusados por este delito.

Na oportunidade, os ministros puderam se debruçar sobre a legalidade da criminalização de uma conduta privada, à luz do princípio da lesividade, da autonomia individual e do artigo 19 da Constituição argentina. Assim está redigido referido dispositivo constitucional:

Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.⁷⁹

Deste modo, o Tribunal cuidou especialmente de explorar a definição e os limites dos conceitos de “ação privada” e “não prejudicar a terceiro”. Com fundamento nestes preceitos, a Corte Suprema decidiu que a conduta de consumir substâncias entorpecentes está devidamente amparada pela garantia constitucional, não podendo ser objeto de criminalização. No entanto, também em referência a estas expressões, foi estabelecido que o limite desta liberdade é a afetação de direitos ou bens de terceiros, situação em que a conduta se tornaria passível de intervenção penal.

Na discussão da questão, os ministros da Corte recorreram aos fundamentos desenvolvidos em Bazterrica, em especial pelo ministro Petracchi, e, assim, tomaram as liberdades democráticas como os princípios para orientar de forma ampla a interpretação das leis. Este proceder, conforme dito, inverte, novamente, o entendimento estabelecido em Montalvo, então o mais recente sobre a questão. Em Montalvo, foram apontadas razões de ordem mais pragmática – a punição do usuário como medida de redução de toda a cadeia do tráfico de drogas. Este utilitarismo, após 18 anos de vigência do precedente, mostrou-se notadamente irracional, dado que o comércio de drogas em nada foi reduzido pela estratégia repressiva, e tampouco houve melhorias à saúde pública.

Assim, os ministros da Corte Suprema, reunidos anos depois com a missão constitucional de rever a questão, já num panorama pós-reforma democrática ocorrida em 1994, adotaram o importante posicionamento de não mais ceder espaço da liberdade individual para conferir ao direito penal as rédeas de resolução de um problema complexo. Delimitou-se, de vez, que o direito à privacidade impede que as pessoas sejam objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida pessoal.

Sendo assim, com base no preceito contido no artigo 19 da Constituição estrangeira, o Tribunal entendeu que a conduta de estar em posse de substâncias entorpecentes destinadas a

⁷⁹ ARGENTINA. **Constitución Nacional**. 15 de dezembro de 1994.

consumo pessoal, enquanto não produzir qualquer lesão ou ameaça de dano a terceiros, não pode sofrer intervenção do Estado, uma vez que se encontra dentro do âmbito de privacidade e autonomia asseguradas constitucionalmente ao indivíduo.

Neste sentido, argumentou o ministro Lorenzetti:

El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.⁸⁰

Observa-se que esta linha de argumentação demonstra um importante contraponto ao valor moral da abstenção, que está imbuído no paradigma proibicionista, posto que reconhece a legitimidade da livre escolha de indivíduos consumirem substâncias psicoativas. O ministro Lorenzetti enfatizou, justamente, este âmbito de liberdade moral, sobre o qual o Estado não pode exercer qualquer intervenção:

Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad.⁸¹

No mesmo sentido argumentou o ministro Fayt, ressaltando a importância de resguardar a autonomia moral frente ao poder punitivo:

Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas⁸²

Também em um âmbito mais amplo da política criminal, a Corte reconheceu que a norma contida na lei de drogas, com o transcurso do tempo, perdeu legitimidade por se afigurar

⁸⁰ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Causa 9.080**. “Fallo Arriola”. 25 de agosto de 2009. p. 27.

⁸¹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Causa 9.080**. “Fallo Arriola”. 25 de agosto de 2009. p. 32-33.

⁸² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Causa 9.080**. “Fallo Arriola”. 25 de agosto de 2009. p. 63.

completamente inadequada aos fins a que se propunha, sendo que a resposta criminalizadora, para além de ineficaz, também restou desumana, dado que produziu potentes efeitos negativos sobre os usuários.

O Tribunal reconheceu a estigmatização necessariamente produzida pelo processo penal, e, considerando que os usuários, em especial os dependentes, são os indivíduos mais vulnerabilizados nessa dinâmica, considerou descabido fazer passá-los pelo processo que lhe cause ainda mais sofrimento, o que violaria gravemente o âmbito de dignidade do sujeito que consome tóxicos, conforme o ministro Fayt:

Más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se impugna que compele al sujeto involucrado a transitar el estigmatizante camino del proceso penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece así como la afectación a su dignidad. Ello por cuanto —como en cualquier otra causa en la que se investiga un delito— el acusado debe atravesar un *iter* necesariamente restrictivo de sus derechos que implica, entre otras cosas: ser detenido, verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro.⁸³

Também neste mesmo sentido o ministro Zaffaroni:

el procesamiento de usuarios – por otra parte – se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores.⁸⁴

A questão essencial, portanto, centrou-se em definir quais seriam os limites deste âmbito de liberdade individual e isto acabou por ser definido de maneira mais genérica pelo Tribunal: entendeu-se que a impossibilidade de criminalização se restringiria à posse que não trouxessem qualquer afetação a terceiros, isto é, “que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”. Conforme o

⁸³ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Causa 9.080**. “Fallo Arriola”. 25 de agosto de 2009. p. 52-53.

⁸⁴ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Causa 9.080**. “Fallo Arriola”. 25 de agosto de 2009. p. 72-73.

ministro Fayt, o Estado só está habilitado a intervir para proibir interferências intersubjetivas⁸⁵. Observando-se o critério adotado pelo Tribunal, identifica-se, de pronto, um problema: essas “condições tais” não foram definidas objetivamente em sentença, e esta expressão, delimitadora entre as condutas que podem ser objeto de repressão criminal e as que não podem, acabou por restar vaga de conteúdo.

Ao longo da sentença, são pontuados alguns conceitos que já haviam sido aludidos pela Corte em ocasiões pretéritas, como “exibição em público”, “ostentação do consumo”. Tais noções foram trabalhadas de maneiras diversas pelos ministros e, apesar de não ter sido assentada uma posição final e una do Tribunal, reconheceu-se, de maneira geral, que o consumo de drogas em locais públicos, ainda que não necessariamente represente risco a terceiros, está mais apto a afetar a saúde pública, o que permitiria a restrição, por parte do Estado, da restrição da autonomia pessoal do indivíduo.

No entanto, as expressões que se remetem ao consumo público foram empregadas de maneira vaga pela Corte, de modo que não restou expressamente definido em quais circunstâncias objetivas a intervenção penal estaria autorizada. Quando à quantidade de entorpecente que estaria apta a caracterizar o consumo pessoal, apesar de ser referida no tipo penal do artigo 14, parágrafo segundo, pela expressão “escassa quantidade”, tampouco restou definido pela Corte Suprema um parâmetro exato de definição.

Analizando-se o contexto deste julgamento, é certo que esta não foi uma decisão de política criminal, até porque, como é evidente, não é este o papel oficial do Poder Judiciário, que consiste em fazer o controle das leis no âmbito jurídico. Entretanto, não há como se negar o importante mérito deste passo no contexto geral do primado proibicionista, no âmbito de uma tomada de ações pragmáticas, uma vez que reconhece, pela mais alta instância daquele Poder, que a decisão política de *punir*, com o mais alto poder repressivo do Estado, o usuário de substâncias tóxicas é uma atitude contrária aos direitos de liberdade e privacidade constitucionalmente assegurados.

No entanto, nos termos utilizados por Marcelo Alegre, é de se reconhecer que a decisão contém “cautela, tons médios e pluralidade de opiniões”, evitando “afirmações ambiciosas”⁸⁶. Como mais notável exemplo, está a afirmação expressa de que a decisão não está legalizando as drogas:

⁸⁵ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Causa 9.080**. “Fallo Arriola”. 25 de agosto de 2009. p. 51.

⁸⁶ Alegre, MARCELO. **Arriola, Bazterrica, y la igualdad democrática**. Lecciones y Ensayos. n. 89. 2011. p. 122-123. Tradução livre.

la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica "legalizar la droga". No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas⁸⁷

Também é adotado um discurso de combate ao narcotráfico, reafirmando compromissos estabelecidos com as instâncias internacionais: “*frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico*”⁸⁸. É inegável, portanto, que uma decisão deste nível não está ilesa a aspectos políticos, os quais também devem estar inseridos na análise.

3.3. Consequências da descriminalização verificadas na prática dos processos judiciais

A leitura da sentença de “*Arriola*” permitiu perceber que a amplitude das expressões utilizadas, sem a definição de critérios mais objetivos (o que pode ou não ter ocorrido pela adoção de uma posição política mais moderada), poderia abrir margem para interpretações mais conservadoras nos processos judiciais, restritivas da aplicação nos casos concretos do preceito constitucional previsto no artigo 19. Diante destas constatações, a pesquisa desenvolvida no bojo do presente estudo buscou verificar indícios de como esta questão se refletiu na prática judiciária argentina nos anos subsequentes.

Inicialmente, o dado que se ressaltou foi produzido pela Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR), em Informe Estatístico relativo ao ano de 2016, o qual apurou que 54% dos processos iniciados na justiça federal estavam relacionados a delitos previstos na Lei n. 23.737, sendo que, dentre estes, 50% se vinculava com delitos de posse simples ou para consumo pessoal, tipificados no artigo 14 da referida lei⁸⁹. Este impressionante dado demonstra que, mesmo com Arriola, muitos casos de posse, inclusive de posse para consumo pessoal, continuam a chegar à Justiça Criminal.

⁸⁷ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Causa 9.080**, “Fallo Arriola”. 25 de agosto de 2009. p. 20.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Infome estadístico de la Procuraduría de Narcocriminalidad, “Una aproximación a la persecución penal a través de las causas iniciadas por estupefacientes en el MPF en 2015”, Ministerio Público Fiscal, 2016, pp. 12-23.

O usuário continua sendo alvo de seleção e captura do sistema penal, ainda quando se vem a decidir que sua conduta está amparada pelo precedente Arriola. Um precedente que cuidou de assegurar ao consumidor seu âmbito de liberdade e privacidade, e que deveria servir de base para evitar que ele nem mesmo chegasse a ter contato com a justiça criminal, ainda não é suficiente para que estes indivíduos passem pelo sistema e, como é infortuno, sigam sofrendo com a estigmatização que deveria ter sido cessada ao momento em que foi proferida a decisão.

Uma vez identificado o elevado número de processos judiciais iniciados pelo delito de posse para consumo pessoal, e considerando a existência do precedente “Arriola”, buscou-se pesquisar estudos indicativos de quais seriam os desdobramentos destes processos.

Neste sentido, importante estudo produzido no âmbito da “Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia”, do núcleo de “Referencia Jurídica e Investigación” do “Ministerio Público de la Defensa de Argentina”⁹⁰, denominado “Un Mapeo de La Jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal sobre la Tenencia de Estupefacientes para Consumo Personal”, traz indicativos relevantes sobre como estes processos são julgados em instância de revisão.

Assim, o objetivo daquele trabalho foi analisar como a CFCP tem interpretado e aplicado o precedente Arriola nos recursos interpostos em casos de posse de entorpecentes, isto é, se tem aplicado ou afastado o precedente, considerando se o caso concreto está ou não amparado pelo artigo 19 da Constituição Nacional. O trabalho resumiu-se a analisar casos de apreensão de maconha, no período de 1º de julho de 2017 a 29 de dezembro de 2017. Foram analisadas 60 julgamentos, destrinchando os argumentos levantados nos votos dos ministros para decisão.

O trabalho verificou que 60,5% das decisões **afastaram o precedente contido em Arriola**, por entender que o caso não se enquadrava nos termos da decisão, enquanto 39,5% aplicaram o precedente. principal constatação do estudo, assim, foi que a decisão de Arriola abriu margem para que os casos fossem interpretados conforme suas circunstâncias concretas, levando em consideração os critérios da “baixa quantidade” e do consumo “não exposto ao público”.

Um dos aspectos mais importantes para definir a criminalização da posse de maconha foi a quantidade, mas a falta de um critério objetiva da decisão da Corte Suprema fez com que

⁹⁰ Segundo informação oficial do governo argentino, o Ministerio Público de la Defensa: “Tiene a su cargo la representación y defensa de pobres y ausentes, proveyéndoles defensa pública y asistencia legal requerida, no sólo a las personas de bajos ingresos, sino también a aquellas que se niegan a tener un abogado particular. El Gobierno Federal tiene la obligación de garantizar el derecho de defensa en juicio.” Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/justicia/argentina>>

isso fosse valorado de maneira distinta e subjetiva. Há juízes que desconsideram com quantidades ínfimas, juízes que aplicam com quantidades expressivas. É, portanto, onde reside o maior espaço de arbitrariedade. Nem sempre a quantidade é valorada com outros elementos, às vezes é *per se*, o que aumenta a vagueza do critério. Houve diversos casos de quantidades ínfimas chegando a instâncias tão altas.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou, inicialmente, de realizar um amplo estudo acerca do proibicionismo. A análise levou à adequada compreensão de como o modelo repressivo de regulação de drogas foi construído conforme interesses específicos de países centrais e imposto, mediante tratados internacionais, de maneira homogênea ao redor do mundo, ignorando especificidades locais.

A experiência com a prática proibicionista demonstrou amplamente que a criminalização das drogas é um modelo irracional de proteção à saúde pública, que não só falha em cumprir com suas promessas como produz custos sociais de imensa gravidade. A fim de superar esta situação, verificou-se que o melhor caminho é a construção de políticas criminais alternativas, voltadas à descriminalização.

Pautando a atuação estratégica em experiências concretas já verificadas, procurou-se analisar a histórica da política criminal de drogas na Argentina, que, em 2009, descriminalizou a posse de drogas para consumo pessoal por meio de julgamento do “Fallo Arriola” na Corte Suprema. A análise depurou os fundamentos e os critérios utilizados para a descriminalização, mas observou cuidadosamente que não foram definidos parâmetros objetivos para classificação dos casos concretos como incidentes no âmbito de proteção do artigo 19 da Constituição Argentina.

Deste modo, em pesquisas a dados estatísticos criminais e casos reais da jurisprudência, verificou-se que não só grande parte dos processos relativos a drogas que são iniciados naquele país continua sendo pelo artigo de posse para consumo pessoal, como na maioria dos casos julgados pela Câmara Federal de Casación Penal entre 2016 e 2017, foi afastada a aplicação do preceito de “Arriola”, com base em argumentos frágeis e incongruentes entre si.

Portanto, como perspectiva para o curso da política criminal de drogas no Brasil, que encontra como horizonte mais próximo o julgamento de caso muito semelhante pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, o Recurso Extraordinário n. 635.659, depreende-se que, uma vez

declarada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n. 11.343 de 2006, no mesmo caminho de outros países, há importante necessidade de estabelecimento de critérios objetivos, especialmente em relação à quantidade e forma de consumo, para configuração do uso pessoal, a fim de que as mesmas consequências negativas não se verifiquem na realidade nacional.

REFERÊNCIAS

Alegre, MARCELO. **Arriola, Bazterrica, y la igualdad democrática.** Lecciones y Ensayos. n. 89. 2011.

ARGENTINA. **Constitución Nacional.** 15 de dezembro de 1994.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Causa 9.080.** “Fallo Arriola”. 25 de agosto de 2009.

BARATTA, Alessandro. **Introducción a una sociología de la droga.** In. *¿Legalizar las drogas? Instrumentos técnicos para um debate.* Madrid: Editorial Popular, 1991.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difícies ganhos fáceis drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. 2^a ed.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 635659 / SP.**

CARNEIRO, Henrique. **Drogas:** a história do proibicionismo. Autonomia Literária: 2019.

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

CORBELLE, Florencia. **La construcción social del “problema de la droga” en Argentina, 1919-2018.** Revista Ingesta. São Paulo. v. 1. n. 1. março de 2019. p. 18.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

FONSECA, Elize Massard; BASTOS, Francisco Inácio. **Os tratados internacionais antidrogas e o Brasil:** políticas, desafios e perspectivas. IN: ALARCON, Sergio (Org.) *Álcool e outras drogas: diálogos sobre um mal-estar contemporâneo.* Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. **Políticas de drogas**: alternativas à repressão penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LLOVERA, María Soledad; SCIALLA, Marina. **Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado**. Artigo publicado em "Temas y debates". Ano 21. Júlio-dezembro de 2017.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 2^a ed.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal en materia de drogas en la República de Argentina**. Artigo de "Nuevo Foro Penal". Edição n. 54. Outubro de 1991.