

O DEBATE PÚBLICO SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NO BRASIL: ESFERA PÚBLICA EM JOGO, DEMOCRACIA EM DISPUTA E A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA¹.

THE PUBLIC DEBATE ON THE DECRIMINALISATION OF DRUGS IN BRAZIL: PUBLIC SPHERE AT STAKE, DEMOCRACY ON THE SPOT AND THE FUNCTIONING OF THE JUSTICE SYSTEM.

Marta Rodriguez de Assis Machado *

Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva **

Lorena Otero***

Como citar: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; SILVA, Felipe Figueiredo Gonçalves da; OTERO, Lorena. O debate público sobre descriminalização do uso de drogas no Brasil: esfera pública em jogo, democracia em disputa e a atuação do sistema de justiça. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p.1-30, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>

SUMÁRIO: Introdução. 1 O que não pode ser debatido em uma democracia? A repressão à *Marcha da Maconha* no Brasil. 1.1 Repressão que toma forma jurídica. 1.2 Sobre maconha não se pode falar?. 1.3 Das ruas ao Supremo Tribunal Federal. 2. Drogas, Direitos Fundamentais e Restrições ao Poder Punitivo: o Recurso Extraordinário 635.659/SP. 2.1 O caso - três gramas de canábis para consumo próprio: risco à saúde pública ou direito fundamental à intimidade? 2.2 As decisões. 2.3 Jurisdição Constitucional: a subida ao STF. 2.4 Esperando a decisão: o que está em jogo? 3. As duas dimensões da disputa: pela política de drogas brasileira, mas também pelos limites da Democracia. Referências.

RESUMO: As diretrizes gerais da política de drogas brasileira são traçadas pela Lei nº 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). A estrutura do modelo de controle brasileiro conta com a criminalização do consumo, da produção e da comercialização de drogas. Muito embora a lei preveja um tratamento penal ao usuário mais brando, sem previsão de pena de prisão, ele persiste sob a jurisdição penal do Estado. De outro lado, as condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas são puníveis com penas que variam entre cinco a quinze anos de prisão. Recentemente as discussões sobre a reformulação da política de drogas brasileira foram marcadas por episódios de censura. Fez-se necessária a intervenção do Judiciário para garantir a liberdade de expressão e o debate público sobre a questão. Além disso, o Judiciário também foi chamado a decidir sobre a constitucionalidade de um dos pilares essenciais do modelo, a criminalização do consumo de drogas. O STF ainda está por analisar essa questão, que pode mudar substancialmente a política brasileira de drogas. Este artigo levanta algumas questões sobre a consolidação da democracia brasileira e o papel do Judiciário, a partir das discussões sobre a reforma da política de drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Política de drogas. Descriminalização. Democracia. Debate público. Liberdade de expressão.

¹ Agradecemos a Debora Alves Maciel pelos comentários à versão preliminar deste texto e por seu sempre contagiante e inspirador otimismo com o Direito.

* Graduada, mestra e doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisadora permanente do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento e Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena Direito GV.

** Graduação em Direito pela Fundação Getúlio Vargas.

*** Graduada em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes. Especialista em Processo penal pelo Instituto de Direito penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consultora jurídica no Growroom Brasil.

ABSTRACT: *The general structure of the Brazilian drug policy is determined by Law nº 11.343/2006 that creates the National System of Drug Policies. Brazilian model includes the criminalization of the consumption, production and sale of illegal drugs. Even though the law stipulates a softer criminal treatment for the drug user, he/she is still subject to the criminal justice system. On the other hand, conducts related to the production, distribution and sale of drugs are punishable with five to fifteen years of imprisonment. Recently, discussions on the reformulation of the Brazilian drug policy were doomed by episodes of censorship. The Judiciary was called to intervene in order to assure the freedom of speech and to guarantee the public debate on the drug policy. Also, the Judiciary was called to decide on the constitutionality of the criminalization of the consumption of illegal drugs. This decision is still to take place, but can represent an important shift in the national drug -policy. This paper discusses some essential issues on the consolidation of the Brazilian democracy and the role of the Judiciary throughout the matters of drug policy reform.*

KEYWORDS: *Drug policy. Decriminalisation. Democracy. Public debate. Freedom of speech.*

“Legalize a liberdade”
(frase pixada em um muro da Av. Paulista)

INTRODUÇÃO

No Brasil, os crimes ligados ao uso e ao mercado de entorpecentes estão descritos na Lei nº 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). Dentre as instituições criadas pela Lei de Drogas certamente o que há de mais polêmico é a criminalização do consumo pessoal de drogas ilícitas, estabelecida no tipo penal do art. 28 da lei². A lei prevê ao usuário penas como a advertência, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso. Muito embora, de forma inovadora, o dispositivo não preveja a possibilidade de aplicação de pena de prisão ao usuário de drogas, sua conduta continua sob a jurisdição penal do Estado, com todas as implicações disto decorrentes (submissão à força policial, ao processo penal e suas restrições, condenação penal, antecedentes criminais, além dos efeitos sociais e morais daí decorrentes).

De outro lado, as diversas condutas ligadas à produção, distribuição, transporte e comercialização são criminalizadas como tráfico de entorpecentes, sujeitas a penas de cinco a

² “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

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

quinze anos de prisão, que podem ser cumuladas, se for o caso, com o delito de associação para o crime (de três a dez anos). Esse arcabouço normativo se alinha à política estabelecida internacionalmente no âmbito da ONU desde 1961, com a Convenção de Viena, que obriga os Estados signatários tipificar penalmente o consumo, o tráfico e o plantio de drogas (BOITEUX, 2009: 18-34; SABADELL; ELIAS, 2008: 217-233).

De acordo com as informações sobre o sistema penitenciário nacional divulgadas pelo InfoPen³, em 2012 eram 131.368 indivíduos presos por tráfico de drogas no país, o que representa aproximadamente 24% da população carcerária total no período, que era de 548.003 presos. Diversas críticas são direcionadas a essa lei, sobretudo por seu impacto no fenômeno do encarceramento em massa⁴. No que diz respeito ao usuário, é possível dizer que atualmente ele se vê atingido não apenas pelo artigo 28, que o criminaliza sem lhe prever pena de prisão, mas também por um efeito perverso da inovação da Lei de Drogas. Como a distinção entre tráfico e uso não é rígida se tem notícia de que muitas situações de consumo de drogas passaram a ser interpretadas como tráfico pelos juízes, resultando no encarceramento de usuários⁵.

É sob esse horizonte normativo que se discute hoje a descriminalização e regulamentação do uso de substâncias entorpecentes na esfera pública brasileira. Esse debate ganhou força recentemente pela intensificação da mobilização social - o surgimento de organizações e coletivos sobre o tema e a visibilidade das *Marchas da Maconha* anuais⁶; e

³ O InfoPen é um registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país, produzido no âmbito do Ministério da Justiça com dados catalogados de todas as penitenciárias nacionais. Escolhemos utilizar as informações divulgadas no relatório oficial produzido pelo Infopen em dezembro de 2012 porque a metodologia de coleta e produção de informações foi alterada entre 2013 e 2014. Em junho de 2014 foi divulgado o último relatório do Infopen, que foi complementado pelo Depen em junho de 2015 (cf. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf> – Acesso: 22/08/2016). No relatório há a indicação de que a interrupção na publicação dos relatórios em 2013 e 2014 se deveu a uma decisão de promover algumas alterações na metodologia de coleta das informações. O relatório de 2012 está disponível no link: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9%2D4C68%2D4006%2D8B16%2D24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acesso: 22/07/2016.

⁴ Sobre o fenômeno do encarceramento em massa que sucede a crise do *welfare state*, ver: WACQUANT, 2011: 387-402; WESTERN; WILDEMAN, 2009: 221-242; WESTERN; MULLER, 2013: 166-189.

⁵ Os presos no sistema carcerário são enquadrados em um ou mais dentre 42 tipos penais, sendo que apenas um deles (2,38%) - o tráfico de drogas - é responsável por aproximadamente 25% do encarceramento total do país. A evolução do encarceramento por tráfico desde a promulgação da Lei de Drogas também chama atenção: em dezembro de 2006 eram 45.133 presos por tráfico de drogas, ao passo que em dezembro de 2012 o número de presos subiu para 131.368. Entre dezembro de 2006 e dezembro de 2012, portanto, aumentou em 191% o número de presos pelo crime de tráfico de drogas, ao passo que, no mesmo período (2006-2012), a população carcerária total brasileira evoluiu de 380.634 presos para 548.003, representando um crescimento de 43,97% (cf. Infopen, 2012, disponível no link na nota 4, *supra*). Concomitantemente, porém, as taxas gerais de consumo de drogas no país e no mundo, segundo o UNODC, não sofreram reduções significativas.

⁶ SILVESTRIM (2011: 8-12) e VIDAL (2008) relatam o surgimento do movimento antiproibicionista no país em torno da questão da descriminalização da maconha, em meados de 2000, sob a égide da Constituição Federal de 1988. A garantia de liberdade de reunião e de expressão de ideias inspirou a realização das primeiras edições da Marcha da Maconha e, com a expansão maciça da utilização da internet, os coletivos e movimentos passaram a se formar. Em 2002 foi criado o *Growroom*, que é basicamente um fórum online brasileiro destinado ao compartilhamento de informações e experiências sobre o cultivo de maconha. Desde a criação do fórum seus organizadores passaram a se engajar na militância antiproibicionista e o *Growroom* tornou-se uma espécie de *lôcus* virtual de mobilização. A partir de 2002 as experiências dos coletivos passaram a se espalhar pelo Brasil e, desde então, fundou-se o ANANDA (Salvador/BA), Coletivo Desentorpecendo a Razão – DAR (São Paulo/SP), C6 (“cmeia”) (Curitiba/PR), Psicotropicus (Rio de Janeiro/RJ), Princípio Ativo (Porto Alegre/RS), INCA (Florianópolis/SC), entre outros.

pelo incremento da produção literária e cultural⁷. A dinamização da esfera pública nacional é também embalada pelo movimento internacional de rediscussão da política proibicionista. Além dos exemplos mais recentes de mudança na legislação - o de Portugal em 2001, que descriminalizou o porte de todo tipo de droga para uso próprio, e o do Uruguai, que em dezembro de 2013 aprovou lei que regulamenta a produção e comercialização da maconha - a Organização dos Estados Americanos (OEA) emitiu recentemente um relatório em que defende a flexibilização das ações de repressão contra a droga no continente⁸.

O avanço da discussão provocou também a visibilização de resistências ideológicas e morais⁹; e o embate alcançou as instituições formais do Estado. Como veremos, em um primeiro momento, diante das forças de repressão ao movimento, sustentada por parcela do Judiciário, do Ministério Público e das polícias, a judicialização da questão se deu em torno da garantia da liberdade de manifestação. Foi apenas após a intervenção do STF que, após quase uma década de repressão, garantiu-se o direito de discussão pública sobre o crime de uso de entorpecentes no Brasil.

Em um segundo momento, as discussões da esfera pública alcançam as instituições formais, sob a forma de propostas de reformulação da política nacional de drogas. O debate foi formalizado por duas vias: de um lado, disputas jurídicas em torno da legitimidade do crime; de outro, disputa parlamentar pela alteração da lei.

A questão chega ao judiciário pelo argumento da inconstitucionalidade do crime de porte de entorpecente, pelo Recurso Extraordinário 635.659/SP interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e que se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

No legislativo, a descriminalização do porte de entorpecente para uso próprio integrou a proposta de reforma do Código Penal, que atualmente tramita no Senado¹⁰. Chegou a ser aprovada pela Comissão de Juristas e teve apoio da população em consulta pública

⁷ Sem pretender fazer qualquer tipo de balanço: em 1993 surge no Rio de Janeiro a banda Planet Hemp, que se manifesta publicamente a favor da legalização da maconha. Em 1995 lançam o disco *Usuário* que tem a faixa *Legalize já*. O grupo foi preso após um show em Brasília por apologia ao crime. Marcelo D2, integrante do grupo e rapper com carreira independente, também se pronunciou publicamente pela causa diversas vezes. Em 2011 foi lançado o livro *O Fim Da Guerra: a Maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*, do jornalista Denis Russo Burgierman (BURGIERMAN, 2011). No mesmo ano, foi lançado o documentário *Quebrando o Tabu*, de Fernando Grostein Andrade, com entrevistas e manifestações favoráveis à descriminalização de Fernando Henrique Cardoso, Bill Clinton, Jimmy Carter, Dráuzio Varella e Paulo Coelho.

⁸ OEA, 2012, disponível em: http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe_de_Escenarios.pdf.

⁹ Talvez o maior foco de resistência à Marcha advenha das entidades religiosas, sobretudo ligadas ao cristianismo. O Pastor Evangélico Silas Malafaia tem constantemente criticado a Marcha da Maconha e os defensores da descriminalização das drogas, ao argumento de que a maconha é adversária dos valores da família (cf. https://www.youtube.com/watch?v=WS5MFJ__em4). O tema enfrenta também resistências importantes no Congresso (por exemplo, o deputado estadual paulista Zé Teixeira (DEM), os senadores Magno Malta (PR/ES) e Sérgio Souza (PMDB/PR), e os deputados federais Marco Feliciano (PSC/SP), Delegado Waldir (PSDB/GO) e Ratinho Júnior (PSC/SC)). Parte significativa da grande mídia vem se manifestando contrariamente à Marcha e à descriminalização da maconha. O apresentador Datena, da Rede Bandeirantes de Televisão, discursou em seu programa sobre as impropriedades da Marcha, defendendo sua proibição no país (cf. <https://www.youtube.com/watch?v=Lq1aUx-x60Q>).

¹⁰ O Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 foi apresentado pelo Senador José Sarney para discutir a reforma estrutural do Código Penal Brasileiro. O projeto ainda tramita pelas comissões internas do Senado Federal e, desde sua apresentação, foi modificado diversas vezes. A versão mais recente da proposta legislativa, aprovada em 2013 pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal do Senado Federal, bem como o Parecer da Comissão sobre a matéria encontram-se disponíveis em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>.

realizada pelo Senado¹¹. No mesmo sentido, o deputado Jean Wyllys propôs recentemente projeto de lei que trata do assunto de forma mais abrangente. O PL nº 7.270/2014, além de descriminalizar o porte para consumo pessoal e autocultivo de qualquer tipo de droga, regula a produção e comercialização da maconha e seus derivados, dispõe sobre políticas de redução de danos para usuários de todo tipo de droga, além de alterar também as normas sobre o tráfico ilícito.

Outras duas iniciativas de reforma da política de drogas para adotar a descriminalização do consumo como pilar estrutural do modelo foram apresentadas em 2014, uma no Senado Federal e outra na Câmara dos Deputados. No Senado a proposta foi apresentada através do “Portal e-cidadania” do Senado Federal¹². No dia 21/01/2014 André de Oliveira Kiepper apresentou a Sugestão nº 8 de 2014 para que a maconha seja regulamentada nos mesmos moldes em que se dá a regulamentação da produção/venda de álcool e tabaco¹³. A proposta conseguiu contar com o apoio de mais de 20.000 pessoas, razão pela qual, em 11/02/2014, a Sugestão nº 8 foi incorporada no processo legislativo do Senado e remetida à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. O Senador Cristovam Buarque (PDT/DF) foi designado relator da matéria na Comissão¹⁴ e determinou em abril de 2014 a realização de uma audiência pública sobre a questão¹⁵.

Em fevereiro o deputado Eurico Júnior (PV/RJ) apresentou o PL 7.187/2014, que objetiva regulamentar “o controle, a plantação, o cultivo, a colheita, a produção, a aquisição, o armazenamento, a comercialização e a distribuição de maconha (*cannabis sativa*) e seus derivados, ou cânhamo, quando for o caso”¹⁶. A proposta inclui a descriminalização do consumo de canábis e cria condições para legalização da comercialização e produção da planta.

Todos estes projetos de alteração legislativa encontram resistências significativas no parlamento. Na discussão sobre a reforma do código penal, o projeto substitutivo apresentado pelo senador Pedro Taques (PDT) exclui a proposta de descriminalização do uso¹⁷. De outro lado, o deputado Osmar Terra (PMDB) apresentou o PL nº 37 de 2013, projeto que, na contramão das propostas de Jean Wyllys e Eurico Júnior, endurece o tratamento penal ao uso e tráfico de entorpecentes¹⁸.

¹¹O Senado realizou consulta pública online entre 16 e 31 de agosto de 2012, que foi respondida por 370 mil internautas. De acordo com a pesquisa, 84,92% dos votos foram favoráveis à descriminalização e 15,08% contrários à proposta de legalização.

Para mais informações, ver: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2012/09/04/consulta-revela-apoio-popular-a-descriminalizacao-de-drogas>. Acesso: 15/07/2014.

¹²O portal e-cidadania foi criado pelo Ato da Mesa Diretora do Senado nº 3 de 2011 e visa estimular a participação popular no sistema político. O portal oferece três grandes blocos de serviços: *e-representação*, *e-legislação* e *e-fiscalização*. Através do sistema *e-legislação* é possível que qualquer cidadão submeta uma proposição legislativa. Caso a proposição atinja mais de 20.000 assinaturas de apoio, torna-se uma proposta de lei do Senado, de origem externa, sujeita à tramitação ordinária. Para mais informações, cf. <http://www12.senado.gov.br/ecidadania/elegislacao>.

¹³A sugestão nº 8 e as assinaturas de apoio podem ser encontradas no link: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=145345&tp=1>.

¹⁴Cf. http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116101.

¹⁵Quando da elaboração deste artigo a audiência pública ainda não havia sido realizada.

¹⁶Cf. íntegra do projeto disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014.

¹⁷A íntegra do projeto substitutivo de reforma do código penal está disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>.

¹⁸O projeto de lei de autoria do Deputado Osmar Terra tramita hoje na Comissão de Educação, Cultura e Esporte (Secretaria de Apoio à Comissão de Educação, Cultura e Esporte) do Senado Federal, aguardando relatório. A alteração mais significativa proposta deste PLC diz respeito à possibilidade de internação compulsória de indivíduos que forem diagnosticados como dependentes por médicos integrantes da rede institucional do

No momento, são essas as vias institucionais que estão em aberto e têm o potencial - cada uma a sua maneira e com alcances distintos - de redefinir a política pública brasileira sobre drogas.

O foco deste texto é a atuação do *sistema de justiça* no processo de rediscussão da política de drogas. Retratamos sua atuação no primeiro momento do debate, em que os órgãos do sistema de justiça tiveram papéis distintos e contrapostos, alguns atuando na colaboração à repressão, outros na garantia da liberdade de expressão e manifestação. As disputas jurídicas que se manifestaram nesse momento levantam questões importantes sobre as restrições à liberdade na esfera pública e suas consequências para a democracia. Em seguida, exporemos o caso que mencionamos acima, que chegou ao STF e que pode mudar os rumos da política nacional de drogas no país. Embora o processo esteja ainda em curso, a história recente da militância pela legalização do uso da maconha já nos dá elementos para refletir sobre algumas questões atuais da relação entre esfera pública.

Veremos aqui como o adensamento das controvérsias públicas, propiciou uma maior interação entre movimento social e instituições, resultando na ocupação de espaços de politização formais. Embora o caso judicial ainda não tenha desfecho, ele pode ser também observado pensando-se na atuação do judiciário em casos de travamento do debate no legislativo, como parece ser o cenário atual diante de temas de repercussão moral como este. Independentemente do resultado do processo, chamamos a atenção para a combinação entre protestos e mobilização jurídica que fez o debate pela descriminalização das drogas avançar e tomar forma institucional nos últimos anos.

1 O QUE NÃO PODE SER DEBATIDO EM UMA DEMOCRACIA? A REPRESSÃO À MARCHA DA MACONHA NO BRASIL¹⁹

Uma das primeiras manifestações do movimento antiproibicionista no Brasil foi o surgimento da *Marcha da Maconha*. Desdobramento da *Million Marijuana March* dos Estados Unidos, a *Marcha da Maconha* ocupou as ruas das principais cidades brasileiras a partir do ano de 2007²⁰. Sua principal reivindicação é a descriminalização do consumo e do plantio da maconha, reclamando a revisão da atual política de drogas brasileira.

A Marcha da Maconha objetiva “a realização de manifestações pacíficas, performances culturais e atos de livre expressão para informação e discussão de políticas públicas que envolvem a (des)criminalização da *Cannabis*” (CARVALHO, 2013: 393-394). A principal atividade promovida pela Marcha é a realização de *passeatas* que, em regra, no primeiro sábado do mês de maio, em que se comemora o Dia Mundial da Legalização da

SISNAD, prevista em seu art. 34-A, §3º, II. O PLC 37/2013 não altera o §2º do art. 28 da Lei de Drogas, mantendo as mesmas balizas para diferenciação das condutas, delegada ao magistrado. É possível consultar o andamento do Projeto de Lei através do link: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113035>. Acesso: 05/09/2016.

¹⁹A breve reconstrução do histórico da Marcha da Maconha enquanto movimento social que luta pela descriminalização da maconha foi feita com base em análise documental e com base na pesquisa de iniciação científica de uma das co-autoras (cf. OTERO, 2013), que contou com a realização de entrevistas com os principais articuladores da Marcha. A narrativa é conduzida para fornecer os subsídios empíricos que compõem a reflexão pretendida neste artigo. Todas as referências serão indicadas no caminho percorrido na narrativa.

²⁰Há relatos de que a primeira iniciativa da Marcha da Maconha no Brasil ocorreu em 2002, estimulada por uma ativista portuguesa que, de passagem no Rio de Janeiro, identificou um ponto na cidade frequentado por usuários de maconha e distribuiu convites para uma passeata pela descriminalização da droga. A passeata se realizou bem timidamente, mas foi o suficiente para semear a pauta antiproibicionista nas terras férteis dos novos movimentos sociais brasileiros. Cf. OTERO, 2013: 26-41.

Cannabis. A atuação da Marcha, contudo, nem sempre foi bem recebida pelas instituições do sistema de justiça criminal brasileiro.

Em 2007 foi realizada com sucesso a primeira passeata da Marcha da Maconha, organizada pelos criadores do *Growroom*²¹ e ativistas do movimento antiproibicionista que se articulavam através de lideranças da sociedade civil²². O evento chamou a atenção das agências de controle, sobretudo dos Ministérios Públicos Estaduais e das autoridades policiais, que passaram a questionar a legitimidade do movimento e a legalidade da sua agenda política. A partir daí a história da Marcha da Maconha foi marcada por episódios de repressão que só tiveram fim em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do movimento e da sua pauta política.

A repressão se deu de diversas maneiras: ações de autoridades policiais e membros do Ministério Público, líderes religiosos²³, censura de perfis de redes sociais, apreensão de materiais de divulgação, prisões de integrantes do movimento, violência policial, manipulação midiática. A criminalização da Marcha se deu sob a alegação de que suas atividades constituiriam os crimes de *apologia ao crime* e *incitação ao uso de entorpecentes*.

Sob essa interpretação, parte do sistema de justiça criminal brasileiro tentou silenciar o movimento e coibir a realização das passeatas de maio da Marcha. De outro lado, os participantes do movimento engajaram-se na luta pela possibilidade de questionar o crime e discutir o tema, pondo à prova uma prerrogativa essencial de um Estado Democrático: a liberdade de expressão. Fizeram isso saindo às ruas e enfrentando as forças policiais, mas também por meio de mecanismos de litigância via judiciário.

1.1 Repressão que toma forma jurídica

Entre 2008 e 2011 foram ajuizadas, pelos Ministérios Públicos de alguns estados do Brasil, demandas que objetivavam proibição da realização das passeatas de maio da Marcha da Maconha. O argumento lançado pelas Promotorias era o de que os atos públicos promovidos pela Marcha configurariam *apologia ao crime*²⁴, tipo penal previsto no art. 287 do Código Penal Brasileiro²⁵, ou *incitação ao uso indevido de drogas*, tipo penal previsto no §2º do art. 33 da Lei nº 11.343/06²⁶. Em contrapartida, os organizadores da Marcha sustentaram

²¹O *Growroom* é um fórum online brasileiro destinado ao compartilhamento de informações e experiências sobre o consumo e cultivo de maconha. O fórum online foi criado por William Lantelme Filho em 2002 e desde então, reúne cerca de 50.000 pessoas que passaram a se engajar na militância antiproibicionista.

²²Entre os anos de 2002 e 2007 o movimento antiproibicionista se articulou através de lideranças da sociedade civil organizada: no Rio a Psicotropicus e o Movimento Nacional pela Legalização das Drogas (MNL), em Porto Alegre o Princípio Ativo, em Salvador a ANANDA - com apoio de personalidades políticas - como Fernando Gabeira (PT), Carlos Minc (PT), Marcos Rolin (PT) e Renato Cinco (PSOL). Durante este período ativistas do *Growroom* se juntaram às lideranças e desenvolveram algumas estratégias destinadas à promoção do evento, tentando atrair principalmente a juventude para participar. A estratégia contou com a criação de uma identidade visual para o evento (a padronização do nome “Marcha da Maconha” e os elementos gráficos que compõem o *slogan* do movimento), e de um site para disponibilizar informações, fomentar a discussão, divulgar o evento e até mesmo orientar a realização da passeata em todas as cidades brasileiras, com um manual didático.

²³ Cf. nota 10, *supra*.

²⁴ Apologia ao uso de drogas, que corresponde ao tipo penal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

²⁵ “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.”. BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

²⁶ “Art. 33. (...)

§ 2º - Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.”. BRASIL, Lei nº 11.343/06, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

em sua defesa que os atos públicos do movimento visam tão somente questionar a política criminal de drogas e promover o debate público sobre a questão, o que constitui exercício legítimo da liberdade de reunião e de manifestação do pensamento, corolários da liberdade de expressão, previstas na Constituição Federal em seu art. 5º, incs. IV e XVI²⁷.

No geral, três foram as razões centrais alegadas para a incriminação: (i) o sítio eletrônico da Marcha (<http://marchadamaconha.org/>) continha, à época, um vídeo com uma “convocação” geral para participar do evento de maio que, segundo entendimento dos promotores, veiculava imagens apologéticas e fazia expressamente referência ao induzimento do consumo de maconha; (ii) não seria possível indicar um representante que pudesse responder legalmente por quaisquer problemas que pudessem vir a ser causados nos eventos²⁸; e (iii) a Marcha não poderia ser vista como um movimento social porque seus organizadores se utilizariam da liberdade de expressão como pretexto para promover a incitação ao uso de drogas, ou, ainda, porque as atividades conduzidas pela Marcha acabariam criando um ambiente favorável ao consumo que dificulta o controle pelas autoridades.

As Promotorias de Justiça ao redor do Brasil se utilizaram de uma estratégia processual bastante peculiar: às vésperas das datas marcadas para realização das passeatas de maio da Marcha, ajuizavam *Ações Cautelares Inominadas*²⁹ perante as Varas Criminais locais, aduzindo pedidos de medidas liminares de urgência visando a determinação da suspensão da realização dos eventos. A lógica por trás da estratégia era dificultar a defesa dos manifestantes, que se viam quase sempre surpreendidos por decisões liminares contra as quais não teriam tempo de recorrer antes da data prevista para os eventos. Marchar contrariando uma decisão liminar constituiria um outro crime, o de desobediência³⁰, previsto no art. 330 do Código Penal.

Na maior parte dos casos, os juízes de primeira instância deferiram tais pedidos de liminar. Quando as cautelares ajuizadas pelos promotores eram eventualmente indeferidas em primeira instância, recorria-se aos Tribunais de Justiça por meio de Mandados de Segurança³¹.

²⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”

²⁸ Muito embora não se exija a identificação de um representante para realização de manifestações públicas, argumentou-se que a inexistência de uma “liderança” na Marcha era um indício de que não se tratava de um movimento social sério, mas sim de um coletivo apologético que incitaria o consumo de drogas em locais públicos. Para mais informações, ver: MARONNA; ROSSINI, 2010.

²⁹ Muito embora as Ações Cautelares no processo penal brasileiro não possuam previsão expressa na legislação, excepcionalmente admite-se sua utilização com base no poder geral de cautela dos magistrados, entendido como um princípio geral de direito aplicável ao processo penal por força do art. 3º do Decreto-Lei nº 3639/1941 (Código de Processo Penal). São raros os casos em que essa modalidade de ação é utilizada, sobretudo quando não há clareza na identificação e determinação dos indivíduos que serão demandados.

³⁰ “Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

(...)Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”

³¹ Foi o que aconteceu, por exemplo, nas cidades de São Paulo e Belo Horizonte no ano de 2008, em que a liminar fora indeferida em primeira instância nas ações cautelares ajuizadas pelos Ministérios Públicos, que subiram aos respectivos Tribunais de Justiça através de mandados de segurança para reverter o indeferimento liminar. Neste sentido, ver.: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Mandado de Segurança nº 12198963/2-00, Relatoria do desembargador Euvaldo Chaib, jul. 19/08/2008; BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Mandado de Segurança nº 4744713-36.2008.8.13.0000, 2ª Câmara Criminal, Relatoria do desembargador Vieira de Brito, julgamento em 07/08/2008.

Diante disso, participantes do movimento também passaram a fazer uso de instrumentos jurídicos para garantir o direito de marchar. Em alguns casos, anteciparam-se à repressão e impetraram *habeas corpus* preventivos, ou seja, a medida jurídica que lhes garantiria o direito de ir e vir diante das ameaças de limitação desse direito.

Nos casos em que as ordens de *habeas corpus* eram concedidas, os participantes da Marcha recebiam salvo-conduto³² judicial que lhes garantiria a possibilidade de marchar sem o risco de serem presos. No entanto, com a mesma agilidade em que *habeas corpus* eram impetrados em primeira instância, Promotores recorriam aos Tribunais de Justiça, por meio de Mandados de Segurança, para reverter as decisões e obter a determinação da suspensão da realização dos eventos.

A primeira decisão favorável que garantiu a realização da Marcha da Maconha foi proferida em 2008 na capital gaúcha. A magistrada, Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, acolheu os argumentos detalhados da defesa a respeito da pretensão do evento e frisou em sua decisão que a Constituição Federal assegura a liberdade de expressão enquanto garantia fundamental do cidadão brasileiro, bem assim que essa manifestação do pensamento se dê de forma pública³³. Sendo assim, a Marcha da Maconha gaúcha foi às ruas com a celebração de um “enterro” do artigo 5º da Constituição Federal e para Democracia como forma de protesto. Marcharam carregando um caixão com a constituição em seu interior pelo Parque da Redenção em um dia muito frio e chuvoso.

Ainda, no ano de 2009, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, magistrado e professor – com título de doutor em direito com tese sobre liberdade de expressão – proferiu sentença no Rio de Janeiro reconhecendo que não importa o teor do pensamento, o que importa é que se tenha liberdade para dizê-lo, não se pode impedir a manifestação de qualquer pensamento feito com respeito³⁴.

Conquanto estas decisões tenham sido minoritárias no período, o fundamento de sua prolação indica que havia ao menos argumentos jurídicos razoáveis para a não proibição da Marcha desde sua primeira edição e que o judiciário era uma arena disputável, apesar da desvantagem.³⁵

1.2 Sobre maconha não se pode falar?

A maior parte das decisões proferidas pelo Judiciário entre 2008 e 2011 reconheceu que os eventos promovidos pela Marcha da Maconha, notadamente as passeatas de maio, configurariam atos de apologia ao crime ou/e de incitação ao consumo de *cannabis*. Argumentou-se que o exercício da liberdade de expressão e de reunião não é legítimo nos casos em que implique, direta ou indiretamente, promoção de práticas criminosas pela via de discursos apologéticos.

³²Cf., neste sentido: BRASIL, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, Habeas Corpus nº 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, julgado em 03/05/08.

³³BRASIL, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, Habeas Corpus nº 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, julgamento em 03/05/08;

³⁴BRASIL, Poder Judiciário do Rio de Janeiro, IV Juizado Especial Criminal - Leblon, habeas corpus nº 2009.001.0900257-7, Juiz de Direito Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, julgamento em 14/04/2009.

³⁵Também neste sentido, ver:

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, habeas corpus nº 70030025068, 5ª Câmara Criminal, Relatoria desembargadora Genacéia da Silva Alberton, julgamento em 03/06/2009;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, habeas corpus nº 70036328334/2010, Relatoria do desembargador Cláudio Baldino Maciel, 24/06/2010.

Foram poucas cidades que conseguiram marchar. Em São Paulo, por exemplo, nunca foi possível realizar o evento. As decisões que proibiram a Marcha compartilham uma característica: a precariedade de suporte empírico para demonstrar se os atos públicos do movimento efetivamente faziam apologia ao consumo de maconha ou não. Assumem como premissa, por exemplo, que o conteúdo do sítio eletrônico da Marcha “deseja convencer e incrementar a legalidade do uso indevido de droga (induzir e instigar)” o que se evidenciaria com a “escrita em letras maiúsculas FUME MACONHA”³⁶.

Por vezes as premissas assumidas pelos magistrados eram ainda mais genéricas e baseadas em conjecturas. Para Euvaldo Chaib, por exemplo, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo que apreciou a discussão sobre a legalidade da Marcha em 2008, conquanto a liberdade de reunião seja legítima, as passeatas promovidas pelo movimento acabariam redundando necessariamente no consumo de drogas:

“Embora não se desconheça que, em princípio é livre a manifestação do pensamento, conforme regra inserida na Constituição da República, não há dúvida que não só o tráfico, mas o simples uso de maconha, substância entorpecente, é crime, de sorte que a realização do evento torna-se inviável, porque acabaria redundando na prática de conduta ilícita, de conduta criminosa, nos precisos termos do artigo 287 do Código Penal e do artigo 33, parágrafo 2º, da nova Lei de Combate as Drogas, nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.”³⁷

Chegou-se até a afirmar que “este debate deve ser realizado nas dependências das Universidades, nas plenárias e não nas ruas ao sabor de cigarros de maconha na frente das pessoas, de crianças que não têm discernimento”³⁸. Ou ainda:

“(…) a plena liberdade de associação só é assegurada para fins lícitos (art. 5º da CF de 1988, inciso XVII). O objetivo primário do evento se reveste a princípio de interesse legítimo, posto que almeje ação de cunho político, pretendendo revisão legislativa. Todavia o efeito secundário é inegável – há nítida apologia do uso de droga ilícita e, por conseguinte, ao tráfico ilícito de entorpecentes. Como muito bem argumenta o parquet.”³⁹

Nas cidades em que foi possível a realização da passeata, isto se deu especialmente por duas razões: a intensa atuação de advogados ligados aos movimentos sociais e a existência de membros do Judiciário que reconheceram na agenda política do movimento e em suas atividades o exercício legítimo das liberdades de expressão e de reunião, constitucionalmente garantidas⁴⁰.

³⁶BRASIL, Poder Judiciário do Rio de Janeiro, Ação cautelar inominada nº 2008.001.103260-6, 40º Vara Criminal, Juiz de Direito Roberto Câmara Lace Brandão, julgada em 03/05/2008.

³⁷BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Mandado de Segurança nº 12198963/2-00, Rel. Euvaldo Chaib, jul. 19/08/2008.

³⁸BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Mandado de Segurança (criminal) nº 1.0000.08.474471-3/000, Relatoria do desembargador Vieira de Brito, julg. 07/08/2008

³⁹BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Habeas Corpus preventivo nº 3144/2008, Rel. Valmir de Oliveira Silva, jul. 11/06/2008.

⁴⁰A Juíza de Direito Laura de Borba Maciel Fleck, de Porto Alegre, argumentou nos autos do HC nº 1080118354-9: “Nesse sentido, e do material acostado com a impetração, se vislumbra que o movimento que se reuniu na denominada “Marcha da Maconha” não visa propalar o uso de substâncias que causem dependência química, mas discutir, inclusive em nível mundial, políticas públicas que incluem a descriminalização do uso de substâncias entorpecentes, no caso, especificamente da “Cannabis sativa”, discussão pública que esta há vários anos em curso no Brasil e que visa, ao final, modificação legislativa. Tal tipo de discussão e exercício do direito de crítica tem sido exercido em relação a vários outros assuntos que são ou foram tipificados como delitos, como ocorreu em relação ao estatuto do desarmamento e ainda ocorre em relação à discussão sobre a descriminalização do aborto, eutanásia, etc. Temas polêmicos.”

O trabalho dos advogados de defesa foi intenso: dos plantões judiciários, para tentar emplacar um entendimento diferente sobre a Marcha, às passeatas, a fim de garantir o cumprimento das ordens judiciais que autorizavam as passeatas⁴¹.

Se, de um lado, a atuação dos advogados que defenderam os participantes da Marcha foi essencial para garantia dos seus direitos, igualmente importantes foram os pronunciamentos do Poder Judiciário ao longo destes três anos no sentido de reconhecer a legitimidade da realização da Marcha, sob o argumento de que questionar publicamente a validade de uma lei criminal não é o mesmo que incitar o cometimento de um crime previsto nessa lei. Conquanto estas decisões tenham sido minoritárias no período, foram essenciais para configurar a existência de controvérsia jurídica relevante a ser dirimida pelo STF. Havia argumentos jurídicos razoáveis para a não proibição da Marcha desde sua primeira edição e esses argumentos foram decisivos para que o Supremo Tribunal Federal decidisse em definitivo a favor da Marcha em 2011⁴².

1.3 Das ruas ao Supremo Tribunal Federal

Como não havia um consenso no Judiciário, a cada ano que passava, o caso repercutia mais e ao longo de incansáveis discussões, chegou ao conhecimento da última instância judiciária do nosso país, o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de ação própria a sanar tal controvérsia jurídica.

No dia 21 de julho de 2009 a então Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, ajuizou perante o STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 187 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.274⁴³. As ações

⁴¹Os defensores que atuaram nos caso eram de distintos perfis: alguns eram diretamente envolvidos com o movimento antiproibicionista; alguns tinham atuação acadêmica sobre o tema; outros tinha histórico de atuação em advocacia pro-bono; outros não estavam ligados especificamente a esta causa, mas tinham envolvimento histórico com os movimentos sociais. Dentre os advogados que atuaram nessas causas, citamos: Nilo Batista (RJ), Salo de Carvalho e Marcelo Mayora (RS), Mariana Garcia (RS), André Barros (RJ), Gerardo Xavier (RJ), Mauro Chaiben (DF), Leonardo Sica (SP) e Luisa Ferreira (SP)

⁴² Veja-se, neste sentido: BRASIL, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, Habeas Corpus nº 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, julgamento em 03/05/08; BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, habeas corpus nº 70030025068, 5ª Câmara Criminal, Relatoria desembargadora Genacéia da Silva Alberton, julgamento em 03/06/2009; BRASIL, Poder Judiciário do Rio de Janeiro, IV Juizado Especial Criminal - Leblon, habeas corpus nº 2009.001.0900257-7, Juiz de Direito Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, julgamento em 14/04/2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, habeas corpus nº 70036328334/2010, Relatoria do desembargador Cláudio Baldino Maciel, 24/06/2010.

⁴³A ADPF e a ADI são ações que se inserem no âmbito do chamado controle concentrado de constitucionalidade de normas jurídicas. A ADI tem como objetivo declarar em abstrato a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, da Constituição Federal do Brasil), enquanto a ADPF tem como objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 102, §1º da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 9.882/99), sendo também cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99). A ADI também é utilizada para se conferir à lei ou ao ato normativo federal ou estadual determinada interpretação “conforme à Constituição”, mecanismo hermenêutico utilizado por magistrados no Brasil, a partir do qual se confere à norma em questão uma interpretação que coaduna com os dispositivos constitucionais. A legitimidade para propor tais ações é restrita. No caso da ADI (art. 103, I a IX, da Constituição) e da ADPF (art. 2º I, da Lei nº 9.882/99), são competentes para propor a ação: a) o Presidente da República; b) a mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa da Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador do Estado e do Distrito Federal; f) o Procurador Geral da República; g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

requeriam ao tribunal que analisasse a constitucionalidade da interpretação dos tribunais estaduais de que o questionamento público promovido pela Marcha configuraria apologia ao crime ou incitação ao consumo de drogas. Na ADPF requereu-se ao STF que desse “ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’”⁴⁴. Na ADI, por sua vez, requereu-se que o STF “realize interpretação conforme à Constituição do §2º do art. 33 da Lei 11.343/06, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”⁴⁵.

Muito embora as ações tenham sido ajuizadas em julho de 2009, foi apenas em junho de 2011 que, a pedido do ministro Celso de Mello, a ADPF nº 187 foi incluída na pauta do Plenário do STF. O pedido do ministro foi em grande parte influenciado pelo que ocorrera nas ruas de São Paulo no dia 21 de maio de 2011, quando integrantes da Marcha resistiram à decisão do Tribunal de Justiça do Estado que proibia mais uma vez a realização da passeata com base no argumento de que a discussão da legalização da maconha promove incitação ao consumo de drogas⁴⁶. A violência com a qual a Polícia Militar do Estado de São Paulo coibiu a passeata de maio estampou as manchetes dos principais jornais do país⁴⁷, evidenciando a necessidade de se discutir a questão controvertida, decidindo de uma vez por todas o destino da Marcha da Maconha no Brasil⁴⁸.

No dia 15/06/2011 a ADPF foi julgada pelo Plenário do STF e, conforme disposto nas notas taquigráficas do julgamento, “o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a

Foi necessário o ajuizamento destas duas ações porque os dois tipos penais cuja interpretação era questionada pertenciam a leis promulgadas em épocas diferentes: o Código Penal brasileiro é de 1940, muito anterior à Constituição Federal de 1988, portanto, e a Lei de Drogas é de 2006. Por esta razão ajuizou-se a ADPF para discutir o art. 287 do Código Penal e a ADI para discutir o art. 33 da Lei de Drogas. Nos dois casos o requerimento feito ao STF foi o de realização de interpretação conforme à Constituição para excluir determinadas interpretações específicas do âmbito de incidência das duas normas penais questionadas.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF nº 187, relatoria do ministro Celso de Mello, j. 15/06/2011, p. 1.

⁴⁵ Idem, p. 3.

⁴⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Mandado de Segurança nº 0100200-35.2011.8.26.0000, 2ª Câmara Criminal, relator desembargador Teodomiro Mendez, decisão liminar proferida em 20/05/2011, acórdão julgado em 15/08/2011. Na decisão liminar o desembargador argumentou: “Da leitura dos referidos sítios constataram a ocorrência da apologia ao uso da maconha; há efetiva e concreta sugestão do uso do estupefaciente. Não se trata, apenas, de discussão acerca da necessidade da legalização da droga, mas, inquestionável incitação ao crime, quer pela regra geral - artigo 286, do Código Penal (incitar, publicamente, a prática do crime), quer pela norma especial artigo 33, § 2º, da Lei Federal nº 11.343, de 2006. A comprovar a efetiva intenção do movimento consta dos autos imagens retiradas de vídeos, postados na internet, onde se verifica o ocorrido em marchas realizadas em outras cidades, como Rio de Janeiro/RJ, Belo Horizonte/MG, Vitória/ES e Atibaia/SP”.

⁴⁷ FOLHA de São Paulo. Polícia agride repórter e manifestantes da Marcha da Maconha em São Paulo, 22/05/13. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/multimedia/videocasts/919102-policia-agride-reporter-em-manifestantes-na-marcha-da-maconha-em-sp-veja.shtml>. Acesso em 15/05/2014.

⁴⁸ O episódio da proibição da Marcha em São Paulo no ano de 2011, seguido do confronto com a Polícia Militar, motivou a organização de uma passeata que ficou conhecida como “Marcha pela Liberdade”. Com a repressão à passeata que fora organizada no dia 20/05/2011, os organizadores da Marcha da Maconha convocaram os paulistanos a saírem às ruas em ato pela liberdade de expressão, que havia sido massacrada anteriormente pelas decisões do Judiciário paulista. O ato aconteceu no dia 18/06/2011, três dias depois da decisão do STF na ADPF 187, e contou milhares de pessoas marchando em defesa da liberdade de expressão. A manifestação foi pacífica e simbolizou uma virada importante na efetivação das liberdades de pensamento, sobretudo em São Paulo, que desde 2008 enfrentava decisões que proibiam expressamente a Marcha da Maconha. Para mais informações, ver: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/06/manifestantes-encerram-marcha-da-liberdade-na-avenida-paulista.html>. Acesso: 22/07/2014.

arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’, tudo nos termos do voto do Relator”. O mesmo entendimento foi corroborado alguns meses depois pelo mesmo Plenário do STF no julgamento da ADI 4.247/DF, em que se deduziu igualmente interpretação conforme à Constituição ao art. 33, §3o, da Lei de Drogas para excluir a incidência do dispositivo sobre a discussão de descriminalização das drogas⁴⁹.

Durante o julgamento desses dois casos, a questão foi amplamente debatida na Corte. Foram admitidos na qualidade de *amicii curiae*⁵⁰ a Associação Brasileira de Estudos do Uso de Substâncias Psicoativas (ABESUP) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que apresentaram suas manifestações de forma bastante robusta, trazendo ao crivo do STF questões latentes da pauta antiproibicionista no país.

A ABESUP enfatizou as questões relativas à liberdade de expressão e de reunião e ainda trouxe questões importantes sobre o autocultivo de canábis e a utilização medicinal e religiosa da planta. A manifestação da ABESUP foi além do pedido formulado na inicial da ADPF, pleiteando o reconhecimento da atipicidade de determinadas condutas, tais como: o cultivo doméstico, o porte e o uso em âmbito privado da maconha, a utilização da referida substância para usos medicinais e para realização de pesquisas médicas, o uso ritual da maconha em cerimônias litúrgicas, dentre outras.

O IBCCRIM, por sua vez, enfatizou a necessidade de separar claramente a conduta do usuário de drogas da conduta do militante ativista que defende a descriminalização das drogas. Argumentou que a possibilidade de questionamento público da norma penal é justamente uma das vertentes basilares da liberdade de expressão efetiva, que engloba o direito de defender posições que não agradam à maioria.

Conquanto o clima que antecedeu a discussão tenha sido de confronto e o debate bastante extenso, a razão de decidir da ADPF 187 é bastante objetiva e foi incontroversa: discutir a legalização das drogas não significa realizar apologia ao consumo e não é possível coibir um movimento social inteiro e frustrar o exercício de direitos fundamentais com base em alegações genéricas e assunções discricionárias⁵¹. A liberdade de expressão, argumentou o

⁴⁹Ver: BRASIL, STF, ADI 4274/DF, ministro relator Ayres Britto, j. 23/11/2011.

⁵⁰A expressão *amicus curiae* significa, em sua tradução literal, “amigo da corte”. No direito brasileiro, *amicus curiae* é um tipo especial de intervenção em processos de controle de constitucionalidade. É um tipo de intervenção de terceiros no processo constitucional com intuito exclusivamente assistencial, de oferecimento de informações relevantes sobre o tema para o tribunal. A figura do *amicus curiae* está prevista no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, que disciplina as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade, e nos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei nº 9.882/99, que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em geral, não se admite nenhum tipo de intervenção de terceiros em um processo de controle de constitucionalidade. No entanto, permite-se que o ministro relator da causa admita no processo a manifestação de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre a questão constitucional em xeque. Na qualidade de interventor estritamente assistencial, o *amicus curiae* não é parte no processo, sendo sua atuação relacionada à formação da convicção dos magistrados através das informações prestadas nos autos.

⁵¹ Há um trecho do voto do ministro Celso de Mello que resume perfeitamente o entendimento esposado pelo STF: “A Marcha da Maconha”: expressão concreta do exercício legítimo, porque fundado na Constituição da República, das liberdades fundamentais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição. É importante destacar, de outro lado, Senhor Presidente, que, ao contrário do que algumas mentalidades repressivas sugerem, a denominada “Marcha da Maconha”, longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político (fundamento estruturante do Estado democrático de direito), as ideias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam, como organizadores ou como manifestantes,

STF, significa que o homem possui - enquanto ser social – direito de se expressar livremente sem censura.

A questão não encontrou divergência na Corte: entendeu-se unanimemente que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação ao consumo de drogas nem com o de apologia ao crime. Nas palavras do relator Celso de Mello, “a proibição do dissenso equivale a impor à sociedade um mandado de imobilidade” e, portanto, “é perfeitamente lícita a defesa pública da legalização das drogas”.

O caso da Marcha da Maconha evidencia alguns aspectos daquilo que Vilhena (2008: 441-447; 451) denomina “Supremocracia”. Foi necessária a intervenção da Corte Constitucional brasileira para que se fizesse valer um aspecto básico da democracia e um direito fundamental, a liberdade de expressão. Posições jurídicas que se impuseram por anos nas primeiras e segundas instâncias de vários Estados do país, que impediram a mobilização nas ruas e que resultaram em prisões e desencadearam atos de violência policial contra manifestantes, tinha fundamentação jurídica que não se sustentou perante o Supremo Tribunal Federal. Embora o STF tenha levado mais de dois anos depois de acionado para finalmente intervir no caso - o que aconteceu sem dúvida pela repressão violenta à Marcha pelas forças policiais que antecedeu o encaminhamento do caso à pauta de julgamentos - a posição jurídica de repressão à Marcha não teve adesão de nenhum ministro. Foi descartada sem grandes controvérsias pelo Plenário da Corte que unanimemente chegou à conclusão de que discutir a revogação de qualquer tipo penal não implica apologia ao cometimento do delito em questão.

Interessante perceber nesse caso como o direito exerceu papel ambivalente: inicialmente acionado para reprimir o movimento, a discussão jurídica termina construída em torno da garantia fundamentação à liberdade de expressão e manifestação. Da mesma forma, percebe-se que a posição das agências do sistema de justiça variaram bastante. A controvérsia jurídica pela caracterização do movimento como apologia ou incitação ao crime *versus* manifestação legítima de direito fundamental esteve presente em todos os órgãos e instâncias – Ministérios Públicos, juízes de primeira e segunda instância – e só foi pacificada após a manifestação do STF.

Após a decisão do STF, as marchas aconteceram sem maiores conflitos⁵², embora a disputa ideológica tenha permanecido. Tão logo o STF decidiu a questão, o deputado

desse evento social, amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição.

Nesse contexto, a questionada (e tão reprimida) “Marcha da Maconha” é bem a evidência de como se interconexionam as liberdades constitucionais de reunião (direito-meio) e de manifestação do pensamento (direito-fim ou, na expressão de Pedro Lessa, “direito-escopo”), além do direito de petição, todos eles igualmente merecedores do amparo do Estado, cujas autoridades – longe de transgredirem tais prerrogativas fundamentais – deveriam protegê-las, revelando tolerância e respeito por aqueles que congregando-se em espaços públicos, pacificamente, sem armas, apenas pretendem, Senhor Presidente, valendo-se, legitimamente, do direito à livre expressão de suas ideias e opiniões, transmitir, mediante concreto exercício do direito de petição, mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas.” BRASIL, STF, Plenário, ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011.

⁵² A imprensa brasileira registrou a realização das passeatas nos anos seguintes à decisão do STF. As passeatas com maior magnitude aconteceram em São Paulo e no Rio de Janeiro, e não há relatos de incidentes graves de repressão ou de conflito que tenham maculado a realização dos eventos. Ver:

2011 – Marcha da Liberdade - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/05/marcha-da-liberdade-termina-na-praca-da-republica.html>

2012 – Marcha da Maconha - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/05/marcha-da-maconha-chega-ao-fim-em-sp-sem-incidentes-diz-pm.html>

2013 – Marcha da Maconha - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/manifestantes-realizam-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista.html>

2014 – Marcha da Maconha - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/manifestantes-se-reunem-no-vao-livre-do-masp-para-marcha-da-maconha.html>

estadual paulista Zé Teixeira (DEM) e o senador Magno Malta (PR/ES)⁵³. concederam várias entrevistas em que lançaram fortes críticas à Marcha e à decisão do STF. Os parlamentares argumentaram que a Marcha contraria todos os valores da família brasileira e se constitui em um movimento arbitrário, imoral, que não pode ser levado a sério.

Um dos aspectos mais interessantes do caso é o de ter revelado como, apesar de mais de vinte anos desde a Constituição democrática, o espaço de exercício da liberdade de expressão e manifestação é instável e está em disputa.

O ato de questionamento do sistema penal ainda é visto como subversivo por uma parcela relevante de agentes do sistema de justiça brasileiro, que efetivamente atuaram na sua repressão por mais de quatro anos até que viessem a ser contrariados pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, ainda que tenha sido necessária a intervenção do STF para sustar uma perseguição indevida a militantes, o episódio fornece indícios da consistência das vias institucionais criadas pela Constituição de 1988, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos de controle de constitucionalidade.

2 DROGAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESTRIÇÕES AO PODER PUNITIVO: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

O cenário que descrevemos acima retrata a dimensão da mobilização do movimento antiproibicionista no Brasil nos últimos anos. O principal tópico da pauta antiproibicionista é a descriminalização imediata do consumo pessoal de drogas em razão de dois argumentos centrais: o proibicionismo falhou na tentativa de contenção do crescimento do consumo e do comércio ilegal de drogas e as políticas implementadas ao redor do mundo trouxeram sérios questionamentos sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Um dos reflexos imediatos da dinamização dessa discussão na esfera pública foi o surgimento de questionamentos judiciais sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Esses debates têm girado essencialmente em torno da eficácia dos direitos fundamentais e dos limites ao poder de legislar do Estado. A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal em 01/03/2011 por meio do Recurso Extraordinário nº 635.659, interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, que ainda está pendente de julgamento. Em 2011, foi reconhecida a repercussão geral do caso, o que significa que os ministros reconheceram a existência de questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa e, por isso, o caso deve ser julgado em apreciação colegiada da Turma ou do Pleno⁵⁴.

O Recurso ainda está pendente de julgamento, aguardando retorno do pedido de vista feito pelo Ministro Teori Zavascki em 10/09/2015. Por ora foram proferidos três votos, com três entendimentos diferentes. O Ministro Relator, Gilmar Mendes, votou pela

2015 - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/05/marcha-da-maconha-acontece-na-avenida-paulista-neste-sabado.html>

2016 - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/ativistas-participam-da-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista-em-sp.html>

Links acessados em: 05/09/2016.

⁵³Cf. <http://www.progresso.com.br/politica/ze-teixeira-critica-liberacao-da-marcha-da-maconha> e <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/06/21/magno-malta-critica-decisao-do-supremo-que-liberou-a-marcha-da-maconha>

⁵⁴ Nos termos do art. 102, §3º, da Constituição, é necessária a comprovação de repercussão geral para a admissão dos Recursos Extraordinários. Repercussão geral é, conforme definido no §1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Nos termos do §4º do art. 543-A do CPC, a repercussão geral será apreciada em decisão colegiada de uma das turmas do STF ou, se for o caso, do Plenário do tribunal.

inconstitucionalidade completa do art. 28 (caput e §1º) por entender que a criminalização do consumo viola a privacidade e o princípio da lesividade⁵⁵. Ainda, o relator entendeu que a inconstitucionalidade deveria ser declarada com relação a todas as drogas, já que o Recurso Extraordinário ataca o dispositivo legal em abstrato. Ou seja, muito embora o caso concreto que deu origem ao recurso envolva a posse de maconha, apenas, o controle de constitucionalidade é realizado sobre a norma em abstrato, tal como redigida.

O Ministro Edson Fachin⁵⁶ entendeu que o caso trata apenas da posse de maconha, e restringiu a declaração de inconstitucionalidade à posse e plantio de canábis, não se pronunciando sobre a questão no que concerne às outras drogas.

Por fim, o terceiro voto até agora proferido é do Ministro Roberto Barroso⁵⁷. O Ministro entendeu que o Recurso discute apenas a posse de maconha, limitando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade à canábis. O voto do Ministro, então, declara a inconstitucionalidade do art. 28, caput e parágrafo 1º, no que diz respeito à maconha. O Ministro ainda vai além e propõe uma afirmação para a Repercussão Geral, que poderá ser submetida a votação em separado pelo Plenário do STF para decidir sobre a criação de súmula a respeito.

Barroso propõe a seguinte afirmação para ser discutida e votada: “É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.” Ou seja, a proposta do Ministro Barroso é a de estabelecer um padrão referencial não vinculante das quantidades indicativas de uso e tráfico. O padrão é referencial e não vinculante porque o texto da proposta indica expressamente a possibilidade de decisões que não atentem aos valores indicados. No entanto, a proposta também prevê expressamente que o ônus argumentativo das decisões que não se utilizarem dos padrões referenciais será maior quando foram desfavoráveis ao réu

Quando todos os votos forem proferidos, o Supremo Tribunal Federal dará a última palavra sobre a validade jurídica da criminalização do consumo de maconha no Brasil. Uma decisão, portanto, capaz de alterar radicalmente a regulamentação da questão no plano nacional.

2.1 O caso - três gramas de canábis para consumo próprio: risco à saúde pública ou direito fundamental à intimidade?⁵⁸

Para compreender o processo de transformação de demandas sociais em normas jurídicas válidas utilizaremos aqui a imagem de dentro/fora do sistema jurídico, não como fronteiras fixas e pré-estabelecidas, mas como processos de passagem ou “tradução” de um

⁵⁵O voto do Ministro Relator Gilmar Mendes pode ser lido através do link: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso: 05/09/2016.

⁵⁶O voto do Ministro Edson Fachin pode ser lido no link: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso: 05/09/2016

⁵⁷O voto do Ministro Barroso pode ser lido através do link: <http://jota.uol.com.br/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas>. Acesso: 05/09/2016.

⁵⁸As informações apresentadas foram produzidas a partir da cópia integral do processo eletrônico do Recurso Extraordinário, disponibilizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145> – Acesso em 21/06/2014.

argumento “externo” para a linguagem jurídica; ou então “juridificação”, como Nobre e Rodriguez (2011:18) definem: “tradução para o código direito”. Dessa forma, podemos inicialmente pensar em duas grandes dimensões sob as quais se pode discutir a questão da legitimidade de uma política pública: uma perspectiva que se pode chamar de *interna* ao sistema jurídico e outra perspectiva *externa*. Sob a perspectiva interna, observa-se a validade jurídica do conjunto de normas e instituições. Isso significa que boa parte das discussões gira em torno do *pertencimento*⁵⁹ de um conjunto de normas ao ordenamento jurídico. Sob a perspectiva externa a discussão é aberta para abranger dimensões de avaliação à luz de outros sistemas sociais, alheios à lógica interna do sistema jurídico. Moral, política, religião, economia são alguns dentre muitos outros sistemas capazes de oferecer pontos de vistas válidos para dimensionar a análise da legitimidade da política de drogas.

Argumentos das mais diversas extrações são levantados na esfera pública para se debater uma política pública. Eles perpassam os debates parlamentares sobre um projeto de lei, as decisões do poder executivo, mas não penetram diretamente na esfera do judiciário, ao menos sem que se faça necessária uma intermediação (ou tradução). O debate jurídico se faz sob uma *língua* própria, a dogmática jurídica, que envolve a reconstrução dos pontos de vista em disputa levando em consideração as normas vigentes e os discursos de interpretação disponíveis. Ainda que cada vez mais muitas decisões levem em consideração diretamente (ou seja, sem tradução) argumentos externos ao direito para avaliar suas consequências⁶⁰, é muito difícil que uma decisão jurídica se sustente apenas com base nesses argumentos. Argumentos externos e posições ideológicas ao entrar no direito devem passar por um processo de “tradução” para a linguagem jurídica. No campo das disputas jurídicas, as ideologias são transformadas por “ideologias jurídicas”, na expressão de Viehweg (1997: 101; 1997a: 115 e ss.). Elas tomam a forma de controvérsias dogmáticas, embora possam ressignificar os próprios limites da dogmática. A dogmática jurídica está longe de ser um discurso neutro, ele é apenas a linguagem pela qual se dá a disputa *política* no campo do *direito*⁶¹. Não é objetivo deste texto se alongar sobre essa discussão, mas achamos necessário explicitar nosso ponto de vista em relação à disputa política no campo do direito pois o que passamos a expor neste item é justamente esse processo de “tradução” da demanda pela descriminalização da maconha que até agora descrevemos como tendo tomado as ruas na forma de Marcha em argumentação jurídica desenvolvida em um processo criminal.

A política de drogas brasileira é traduzida para o código⁶² do sistema jurídico por meio da criação de normas jurídicas e instituições. Todas as dimensões estruturais da política criada pela Lei nº 11.343/06 e seus regulamentos são formatadas na linguagem jurídica através de um conjunto de normas jurídicas. Assim, o debate sobre a descriminalização do uso das drogas, que na esfera pública envolve argumentos morais, econômicos, políticos etc., ao ser formatado em conflito passível de ser levado ao STF, tomou a forma da discussão sobre a constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas. Ou seja, sob a perspectiva interna, a discussão presente nesse caso se dá sobre a adequação de uma destas normas jurídicas

⁵⁹Utilizamos aqui a terminologia *kelseniana* sobre a dimensão de análise da validade jurídica das normas jurídicas. Ver: KELSEN, 2005: 42-66; 181-184; 222-232.

⁶⁰Sobre o uso de argumentos consequentialistas pelo Judiciário, cf. PARGENDLER & SALAMA, 2013: 95-144.

⁶¹Sobre as relações entre a linguagem da dogmática jurídica e a democracia cf. RODRIGUEZ, PÜSCHEL e MACHADO, 2012: 33-52.

⁶²Código é o termo utilizado por Luhmann para referir ao conjunto de elementos distintivos que um sistema social se utiliza para comunicação. O sistema jurídico, por exemplo, opera segundo ele pelo código normativo do proibido/permitido, ao passo que a ética opera pelo código moral/imoral, certo/errado, justo/injusto. Embora a ideia de código nos seja cara para compreender a especificidade e autonomia do direito e da dogmática penal como sua linguagem própria, não seguimos com Luhmann na discussão deste texto. Gostamos ainda de pensar a ideia de código aqui como fizeram Nobre e Rodriguez (2011) não como forma fixa mas como os termos reconfiguráveis em que se dá a disputa pelo direito e pelas formas institucionais.

instituídas por uma lei ordinária, o artigo 28, a uma norma hierarquicamente superior⁶³, a Constituição Federal. É sob esse *enquadramento* que gira o caso que passaremos a expor.

No dia 21 de julho de 2009 dois agentes penitenciários realizaram uma inspeção de rotina na cela nº 3 do raio 21 do Centro de Detenção Provisória de Diadema e encontraram um invólucro plástico contendo pequena porção de maconha. Os agentes perguntaram a quem pertencia a droga e supostamente F.B.S.⁶⁴ teria assumido ser o dono do material, alegando ser para seu consumo pessoal.

F.B.S. foi encaminhado à Delegacia, onde confirmou a versão dos agentes penitenciários perante a autoridade policial. O laudo pericial do Instituto de Criminalística atestou que a substância apreendida era maconha e que o invólucro continha pouco menos de 3g de canábis.

Como F.B.S. estava preso quando foi flagrado com pequena quantidade de maconha o Ministério Público não propôs a transação penal para aplicação imediata da pena, conforme determina o art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95⁶⁵. Em razão disto, o *Parquet* ofereceu denúncia contra F.B.S. no dia 09/11/2009. Entendendo estarem presentes prova da materialidade do crime e indícios de autoria, a denúncia foi recebida pela juíza Patricia Helena Hehl Forjaz de Toledo da 2ª Vara Criminal de Diadema, São Paulo, instaurando-se assim a ação penal contra F.B.S..

No interrogatório judicial o réu negou que a maconha apreendida pertencia a ele. Além da negação da autoria a defesa alegou que se estava diante de conduta materialmente atípica em razão da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Referido artigo ofenderia o princípio da lesividade e cercearia indevidamente direitos fundamentais. Indagou-se ainda qual seria a função da pena não privativa de liberdade a um indivíduo que está preso e ainda tem mais de 10 anos de pena a ser cumprida.

2.2 As decisões

A juíza da 2ª Vara Criminal de Diadema proferiu a sentença na própria audiência preliminar, julgando procedente a ação penal contra F.B.S. “*para condená-lo à pena de 02*

⁶³Sobre a hierarquia das normas em Direito, cf. KELSEN, 2005: 181; 222-230.

⁶⁴Ocultamos o nome do réu, que é irrelevante para o desenvolvimento deste artigo, para preservar sua privacidade.

⁶⁵O art. 76 da Lei nº 9.099/95 determina que, “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. O dispositivo alude à chamada transação penal, que consiste na possibilidade de aplicação imediata da pena não restritiva de liberdade determinada em sentença proferida em rito sumaríssimo, com o fim de evitar a condenação criminal. Aceita a transação penal, a ação penal é extinta e desconsiderada para todos os fins criminais. A sentença que aplica a proposta de transação penal não é considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, sendo relevante apenas para determinar a possibilidade de aplicação futura do mesmo benefício, nos termos do que dispõe o §4º do art. 76. A regra geral para admissão da transação penal é ditada pelo §2º do art. 76:

“Art. 76 (...)

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”.

No caso concreto, F.B.S. fora flagrado com maconha dentro de um presídio enquanto cumpria pena decorrente de condenação criminal transitada em julgado. Por essa razão, incidiu a vedação do inc. I do §2º do art. 76 da Lei n. 9.099/95, dando ensejo à continuidade da ação penal.

(dois) meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública cujas atividades serão fixadas pelo Juízo da Execução, em conformidade com as vagas existentes”.

A magistrada entendeu que a negação da autoria em juízo não estaria respaldada “nos fatos” e, por isso, a versão dos agentes penitenciários deveria prevalecer. No que diz respeito ao argumento da atipicidade material da conduta de F.B.S., entendeu não existirem razões para a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Reconheceu em sua decisão que o tipo penal de uso de drogas visa tutelar um interesse legítimo de saúde pública da coletividade que não pode ceder em razão da garantia à liberdade ou intimidade do réu.

Além disso, a juíza considerou que o fato de a conduta do réu ter sido praticada dentro de um estabelecimento prisional enquanto cumpria pena só é relevante para determinar o agravamento da pena. Ou seja, o fato de F.B.S. estar preso não significaria que outras penalidades alternativas, como a prestação de serviços comunitários, perderiam sua função. A pena está prevista em lei e, segundo entendeu a juíza, deveria ser agravada por conta da “conduta social” do réu.

Contra a sentença foi interposto recurso de apelação na própria audiência preliminar. O recurso foi recebido e a defesa reiterou seus argumentos nas razões de apelação: a conduta de F.B.S. seria materialmente atípica por conta da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas e, ainda, não haveria prova suficiente da autoria do delito. O recurso foi respondido pelo Ministério Público de São Paulo, que argumentou pela manutenção da sentença em seus exatos termos.

A apelação de F.B.S. foi rejeitada, em 18/06/2010, pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema, em decisão relatada pelo juiz de direito Helmer Augusto Toqueton Amaral. A Turma julgadora entendeu que “*a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as típicas descritas no art.28 a conduta de ‘usar’*”, razão pela qual não subsistiria o argumento de ofensa à liberdade individual ou à intimidade. Assim, com fundamentação bastante sucinta, o acórdão reiterou os termos da sentença proferida em primeiro grau e rejeitou genericamente o argumento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

Diante do improvimento do recurso, o Defensor Público do Estado de São Paulo Leandro de Castro Gomes interpôs Recurso Extraordinário (RE)⁶⁶ contra o acórdão do Colégio Recursal.

2.3 Jurisdição Constitucional: a subida ao STF

O RE foi interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição, sob a arguição de que o acórdão do colégio recursal violou o direito à intimidade de F.B.S. (CF, art. 5º, X) ao não reconhecer a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas⁶⁷.

⁶⁶ O Recurso Extraordinário é previsto no art. 102, III, da Constituição Federal do Brasil, no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal. Nos termos do referido dispositivo, o RE é cabível contra decisões proferidas em única ou última instância que impliquem (art. 102, I, “a” a “d”): (a) contrariedade a dispositivo da Constituição; (b) declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) declaração de validade de lei ou ato de governo local contestado diante da Constituição; e (d) declaração de validade de lei local contestada em face de lei federal. Há ainda outro requisito de admissibilidade do RE: a demonstração da existência da chamada repercussão geral, nos termos do §3º do art. 102 da Constituição. O RE é certamente um dos últimos remédios (porquanto há ainda a possibilidade de recursos internos dentro do STF) recursais existentes no direito brasileiro e se destina essencialmente a discutir questões constitucionais apreciadas ou não apreciadas em outras instâncias decisórias.

⁶⁷ Conforme consta das razões recursais apresentadas pela defesa de F.B.S.: “O recurso de apelação interposto perante o Colégio Recursal, que visava a reforma da decisão de primeiro grau que condenou o apelante, além

A defesa do réu apresentou dois fundamentos jurídicos para que seja julgado procedente o RE: (a) o art. 28 da Lei de Drogas viola o direito fundamental à intimidade e à vida privada porque não cabe ao Estado decidir o que o indivíduo faz ou deixa de fazer consigo na sua esfera de privacidade⁶⁸; e (b) o dispositivo também contraria o princípio da lesividade na medida em que o consumo pessoal de drogas não afeta diretamente direitos ou interesses juridicamente protegidos de terceiros – o que implicaria reconhecer a inexistência de um bem jurídico que possa ser penalmente tutelado.

Em direito penal, a ideia de lesividade a bens jurídicos é utilizada como fundamento legitimador das incriminações⁶⁹. Todo crime deve tutelar um bem jurídico e toda conduta, para ser considerada materialmente típica, deve implicar em lesão efetiva a tal objeto de proteção legal. Uma das consequências de tal formulação é, por exemplo, a criação jurisprudencial do princípio da insignificância – condutas materialmente insignificantes, como, por exemplo, furtos de pequeno valor, não são consideradas típicas materialmente e por esta razão não se justificaria a ação persecutória do Estado em âmbito penal. A argumentação aqui é distinta, mas pressupõe a mesma abordagem em relação ao bem jurídico.

Nesses termos, o pedido formulado no recurso é o de declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, cumulando na reforma do acórdão do Colégio Recursal do JEC de Diadema para reconhecer a atipicidade material da conduta e determinar a absolvição de F.B.S., com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal⁷⁰. A Procuradoria-Geral da República apresentou seu parecer contrário ao recurso argumentando que o bem jurídico tutelado pelo art. 28 é a saúde pública, razão pela qual não se sustentaria o argumento da insignificância lesiva da conduta do usuário de drogas. Entendeu a PGR que o usuário de drogas contribui para a disseminação social do vício e para a propagação das substâncias proibidas em território nacional.

Foram admitidos como *amici curiae* nesse processo nove entidades não governamentais com atuação em âmbito nacional, que desenvolvem atividades relacionadas ao tema das drogas: VIVA RIO, Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD), Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), e Pastoral Carcerária. Todas as entidades puderam se manifestar no processo em favor do provimento do recurso com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, submeteu ao Plenário, em 08/12/2011, a apreciação da existência de repercussão geral⁷¹ na questão trazida ao STF⁷².

da declaração de inconstitucionalidade do tipo penal previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, foi provimento, violando, assim, o direito individual recorrente à intimidade e vida privada”.

⁶⁸ Alega o recorrente em suas razões recursais: “Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal”.

⁶⁹ Sobre a doutrina tradicional do bem jurídico, ver: BARATTA, 1994; ROXIN, 2007: 445-450; ROXIN, 2009: 61 e ss.; ROXIN, 2011: 202 e ss.; HORMAZABAL MALARÉE, 1992; PRADO, 1996: 25-40. Embora a ideia de bem jurídico venha sendo criticada em âmbito teórico (cf. um pouco sobre esse debate em ARROYO ZAPATERO, NEUMANN e NETO, 2003; DA LUZ, 2013), ela goza ainda de bastante vigor no debate jurídico penal nacional tanto na doutrina, como na jurisprudência.

⁷⁰ O pedido aduzido pelo recorrente foi: “Posto isso, pugna o recorrente pelo conhecimento e provimento deste recurso extraordinário, o que implicará no reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada pela decisão impugnada, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, com a consequente reforma do acórdão que manteve o teor da sentença condenatória, sendo o recorrente absolvido nos termos do art. 386, III, do CPP, por atipicidade da conduta”.

⁷¹ Cf. nota 54, *supra*.

Segundo ele, uma vez que a controvérsia constitucional do caso levará o STF a determinar se a Constituição brasileira “autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal”, trata-se de “discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria”. Foi acompanhado nesse posicionamento pelos demais ministros, que reconheceram a importância social e jurídica da questão, que precisa ser decidida em definitivo sob a jurisdição constitucional do STF.

2.4 Esperando a decisão: o que está em jogo?

Como vimos, a demanda chegou ao STF com dois fundamentos jurídicos: o art. 28 da Lei de Drogas viola o direito à intimidade e o princípio da lesividade. Além destas duas questões, há duas outras trazidas aos autos por meio das manifestações dos *amicii curiae*: a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para decidir sobre a constitucionalidade de qualquer restrição a direitos fundamentais feita pelo legislador e o contexto social em que se insere a prática da política de drogas no país.

Embora a aplicação do princípio da proporcionalidade não seja diretamente⁷³ mencionada nas razões de interposição do RE, nada impede que o STF se aproprie da noção de sopesamento para decidir a questão. O argumento foi trazido pela Conectas Direitos Humanos em sua manifestação como *amicus curiae* e pode servir para complementar a argumentação lançada pelo recorrente.

A Conectas sugere, em síntese, que a decisão sobre a legitimidade da estratégia do legislador de punir pela via do sistema criminal o uso de drogas deve ser analisada sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade enquanto fator determinante da tutela de direitos fundamentais. A referência é a formulação do sopesamento tal qual feita por Alexy (2008: 163-179; 584-611)⁷⁴, segundo a qual a restrição a um direito fundamental só se fundamenta diante de previsão expressa em norma hierarquicamente igual (ou seja, uma norma constitucional) ou em razão da área de proteção⁷⁵ de outro direito fundamental, hipótese em que será necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade para determinar se a intervenção é legítima.

Os *amicii curiae*, sobretudo a Conectas e o IBCCRIM, também compilaram em suas manifestações as principais decisões judiciais de que se tem notícia no Brasil reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 28. Foram apresentadas sete decisões⁷⁶,

⁷²Cf. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.659/SP, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário do STF, julgamento em 08/12/2011, p. 2.

⁷³É, contudo, o princípio da proporcionalidade que fundamenta a própria noção de lesividade como limite ao poder punitivo do Estado. São noções correlatas e complementares, mas isto não é apresentado desta forma na peça recursal. Por conta disto, cabe apresentar a questão tal qual trazida aos autos pela Conectas Direitos Humanos.

⁷⁴Também sobre a proporcionalidade na formulação de Alexy, ver: SILVA, 2011: 363-380; SARLET, 2005: 325-386.

⁷⁵Sobre o conceito de área de proteção, ver: ALEXY, 2008: 301-321; DIMOULIS; MARTINS, 2007: 136-141.

⁷⁶São elas: (a) Sentença proferida pela Juíza de Direito Maria Lúcia Karam, da 8ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro nos autos do processo nº 4851/86, em 31 de maio de 1988; (b) Acórdão proferido pelo Conselho Permanente para a 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar nos autos do processo nº 17/95-5, em 07/08/1996. (c) Acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação Criminal nº 01113563.3/0-0000-000, relatado pelo Juiz de Direito Convocado José Henrique Rodrigues Torres em 31 de março de 2008; (d) Sentença proferida pelo Juiz de Direito do Rio de Janeiro Rubens Roberto Rebello Casara nos autos do processo nº 0 074975-39.2010.8.19.0001, em 31 de janeiro de 2012; (e) Sentença proferida pelo Juiz de Direito Frederico Ernesto Cardoso Maciel, da 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, nos autos do processo nº 2013.01.1.076604-6, em 09/10/2013; (f) Sentença proferida pelo Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto, da 37ª Vara

incluindo acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do TJSP, tribunal que carrega a reputação de ser altamente conservador⁷⁷.

Caberá ao STF, portanto, dar a última palavra sobre a legitimidade jurídica da estratégia política de criminalização do uso de drogas. Muito embora o enquadramento da discussão sobre a validade do art. 28 da Lei de Drogas seja essencialmente jurídica, as dimensões de legitimidade *externa* da política de drogas certamente desempenham um papel importante na compreensão dos contornos da questão e impactarão a decisão a ser tomada pelo Supremo.

3 AS DUAS DIMENSÕES DA DISPUTA: PELA POLÍTICA DE DROGAS BRASILEIRA, MAS TAMBÉM PELOS LIMITES DA DEMOCRACIA.

O processo descrito até aqui dá conta em linhas gerais do percurso das mobilizações em torno da legalização do uso da maconha no Brasil, dos obstáculos que enfrentou e do seu resultado em distintos âmbitos institucionais. Esse quadro também levanta questões que estão além do tema da política de drogas e que dizem respeito a condições centrais do Estado de Direito e à qualidade das nossas instituições democráticas. Pretendemos neste item, levantar alguns pontos para reflexão futura sobre esses temas.

A mobilização pela legalização da maconha alcançou o seu efeito de levar o tema para dentro das instituições formais, o que nos dá a dimensão da potência do debate público e da mobilização das ruas, articulada à atuação jurídica. A controvérsia pública protagonizada em grande medida pela Marcha da Maconha (embora não só, como já apontamos) teve reflexo nas instituições formais, que foram recentemente dinamizadas de distintas formas por instrumentos capazes de modificar a política nacional de drogas. Tanto a esfera legislativa como o judiciário foram acionados e, em ambos os casos, aguarda-se o processo de decisão, que seguirá as peculiaridades de cada uma das esferas. A repercussão do tema no congresso e no judiciário mostra que o debate público foi capaz de gerar *inputs* institucionais e colocar processos formais em movimento, embora ainda seja cedo para avaliar quão porosas as instituições serão aos argumentos que sustentam tal demanda,

Como mencionamos, os debates parlamentares são difíceis, com considerável resistência de setores mais conservadores⁷⁸. O Recurso Extraordinário impetrado pela

Criminal do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208, em 20 de março de 2014; (g) Sentença proferida pelo Juiz de Direito José Henrique Rodrigues Torres, do Juizado Especial Criminal de Campinas, nos autos do processo nº 2.564/13, em 15 de abril de 2014.

⁷⁷ O acórdão, referido no item (c) da nota 77, *supra*, foi proferido pelo Juiz de Direito José Henrique Rodrigues Torres, titular da 1ª Vara Criminal de Campinas, atuando à época como Juiz Convocado da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁷⁸ Não é o objetivo deste texto mapear o debate legislativo. Apenas para representar o cenário da controvérsia, cf. sobre o debate no Senado e na Câmara, as seguintes notícias: Em debate na Câmara, maioria rejeita legalizar maconha. Em quatro horas e meia de debate, na Câmara dos Deputados, sobre os impactos da legalização da maconha, a maioria dos parlamentares, especialistas e autoridades públicas presentes se posicionou contra mudanças nas leis vigentes no Brasil. O seminário, organizado pela Comissão de Legislação Participativa (CLP), lotou o plenário 3 da Câmara na tarde de terça-feira, dia 06 de maio de 2014, em Brasília (<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/em-debate-na-camara-maioria-rejeita-legalizar-maconha>); Já há também parlamentares que se manifestaram de forma contrária ao debate proposto pela iniciativa, como é o caso do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), que declarou que há temas mais relevantes em discussão e disse se contrário à proposta. Já Paulo Davim (PV-RN) afirmou que é uma incoerência liberar a maconha. Se nós estamos numa campanha árdua para diminuir o número de tabagistas no Brasil e no mundo, seria uma incoerência concordarmos com a liberação dessa substância. O uso da maconha tem, sim, severas repercussões ao longo do tempo nos seus usuários, declarou o parlamentar do Partido Verde, agremiação que até pouco tempo defendia a descriminalização da canábis. Mas,

defensoria pode ser mais um exemplo de utilização da via do judiciário diante do bloqueio do parlamento para decidir temas controvertidos com forte conteúdo moral. O caso, contudo, já poderia ter sido julgado desde 2011 e não será a primeira vez que o STF adia sem previsão o julgamento de questões de alta voltagem política. Embora seja notável, não se faz aqui uma crítica direta ao adiamento, pois sabemos que a remessa de um caso para a pauta de julgamentos não é fruto da eficiência ou celeridade do Tribunal, mas envolve também um juízo de oportunidade política.

Deve-se considerar ainda que o avanço da pauta substantiva da descriminalização se deu mesmo diante de um cenário inicial de bloqueio da discussão pública por meio da utilização dos crimes e das medidas cautelares para conter a ação daqueles que se manifestavam publicamente sobre o tema. A interpretação a favor da criminalização das demandas públicas foi acolhida por parte dos atores do sistema de justiça, promotores, juízes e desembargadores, o que resultou, como vimos, em decisões proibindo a realização das manifestações públicas que questionavam a criminalização do usuário de drogas.

Não é possível medir, sem a realização de mais pesquisas empíricas, o efeito concreto dessa proibição para o movimento social. É possível até mesmo que tal controvérsia jurídica – que foi seguida pelo uso de prisões e de violência policial – tenha ampliado a visibilidade e a repercussão do movimento. Mas é inegável que, diante da repressão, o movimento social teve que enfrentar uma dupla tarefa: além da mobilização em torno da causa, teve que se mobilizar para garantir o espaço mesmo de mobilização. Isso se deu, por alguns anos, tanto pela persistência das passeatas e da ocupação das ruas pela Marcha, como pela litigância na justiça. Aqui, as estratégias simultâneas do movimento e da repressão via judiciário, bem como a existência de distintas posições entre distintas instâncias e juízes permitiram que por quase meia década os resultados da atuação do sistema de justiça fossem assimétricos e instáveis. Foi apenas com a decisão do STF de 2011 no sentido de que a manifestação pública contra a existência de um crime não pode ser considerada crime é que se pode então, de forma tranquila, trazer à esfera pública a rediscussão dos fundamentos que sustentam o crime de consumo pessoal de entorpecente.

A forte intervenção do sistema de justiça no caso evidencia os vínculos entre a disputa social e a disputa jurídica. A análise da utilização de instrumentos jurídicos de lado a lado e as respostas do sistema de justiça em diferentes momentos da batalha entre argumentos revela como as posições morais e ideológicas foram traduzidas em disputa jurídica e como essas esferas se influenciaram e se alimentaram mutuamente ao longo dos últimos anos. Da mesma forma, mostra a ambiguidade do direito, ora mecanismo de controle e repressão, ora mecanismo de salvaguarda dos direitos de liberdade e do próprio processo democrático; e as relações da luta social com essas duas facetas do direito.

Analisado sob outra perspectiva, este caso também traz elementos para reflexão sobre nossa auto-compreensão como sociedade política e democrática e sobre a legitimidade

no bloco dos contrários ainda há espaço para o senador Álvaro Dias (PSDB-PR) que recorreu ao argumento de que a maconha é porta de entrada para outras drogas. Acho que não devemos flexibilizar a legislação em relação ao uso da maconha. Eu sou frontalmente contrário. É estimular o vício e dar origem a vícios ainda mais perversos, disse o tucano. Mas há parlamentares que também estão dispostos à reflexão sobre o tema. Quais são as vantagens de termos a possibilidade de uma regulamentação à luz, inclusive, da legislação que recentemente foi iniciada em inúmeros países, dentre os quais o Uruguai? É uma tendência que merece ser seriamente estudada, ponderou Eduardo Suplicy (PT-SP). O senador Randolfe Rodrigues (PSOL-AP) disse que é necessário fazer o debate inspirado em experiências que deram certo ao redor do mundo. Eu acho que o Brasil tem que debater à luz das experiências existentes no mundo. Há experiências nos Estados Unidos, no Uruguai e na Europa. A questão deve ser tratada à luz das experiências, principalmente no que diz respeito à segurança e à saúde pública, defendeu Rodrigues (cf. <http://www.revistaforum.com.br/digital/135/o-brasil-vai-legalizar-maconha/>).

do nosso direito positivo. Isso porque tal repressão jurídica ao exercício do questionamento de uma norma do sistema jurídico é incompatível com os pressupostos do Estado de Direito, para o qual são constitutivos os direitos de cidadania, de liberdade de expressão e de manifestação na esfera pública. Incompatível também com qualquer visão de democracia que não limite seu exercício às instituições formais dos mecanismos de representação política e que considere a dimensão discursiva dos participantes da democracia no processo de criação de normas legítimas.

Se pensarmos que o fenômeno jurídico não se esgota na possibilidade de coerção e que a força do direito está para além dela, ou seja, está ligada a uma esfera de legitimação, é preciso então pensar o direito para além do mero funcionamento das instituições formais – o parlamento, o judiciário e o executivo criando, decidindo e fazendo valer as normas sob ameaça de coerção – e incluir aí os processos sociais de discussão, reflexão, criação de sentido e crítica das normas. Ou seja, uma tal visão do direito - que é pensada pela teoria do discurso do direito, a partir de autores como Jürgen Habermas e Klaus Günther – ao evidenciar processos democráticos de formação das normas, pressupõe uma legitimidade ligada a um poder social que não está constringido ao poder legislativo, como numa visão liberal tradicional da democracia⁷⁹. Não teremos tempo de entrar nesse tema aqui; de qualquer modo, nem é preciso avançar nesse ponto para concluirmos que a situação que descrevemos acima, de bloqueio do debate público pela ameaça de criminalização da expressão da opinião, é de todo incompatível com qualquer ideia ainda que intuitiva de deliberação pública livre de constringimentos.

Nessa perspectiva, a ameaça à democracia representada pela repressão ao debate público tem também efeitos para a legitimidade do direito, no caso, para a legitimidade da própria lei cujo questionamento público foi vetado. Esse ponto fica mais claro se pensarmos o processo democrático a partir da perspectiva dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito, definidos por Klaus Günther como *pessoas deliberativas*.

A ideia de *pessoa deliberativa* vincula as duas dimensões, a da legitimação democrática e a da obediência ao direito, porque abarca os dois papéis dos cidadãos em uma democracia: o *cidadão* como autor de normas jurídicas, e a *pessoa de direito*, destinatários dessas normas (GÜNTHER, 2009: 37).

A *pessoa deliberativa* se caracteriza pela sua imputabilidade, ou seja, sua liberdade e capacidade de se posicionar criticamente diante de seus proferimentos e ações. É essa característica de estar em condições de, com base em razões, realizar ou não um ato que permite que ela responda por seus atos e seja sancionada em caso de descumprimento de uma norma vigente. Da pessoa deliberativa não é exigido que ela aceite as razões que sustentam uma norma; ela pode discordar da norma, embora seja cobrada, sob a ameaça de sanção, de se comportar de acordo com ela, mesmo a rejeitando. A rejeição à norma não pode ser legitimamente manifestada pela violação da norma. A rejeição à norma deve ser levantada nos debates públicos em que os cidadãos discutem as razões que os levam a apoiar ou a rejeitar uma norma. Ao mesmo tempo, é justamente a possibilidade que teve a pessoa deliberativa de participar do debate sobre a norma ou de levantar sua discordância em relação a ela a

⁷⁹ Ao tratar da gênese democrática do direito legítimo, Habermas mostra como o direito moderno se diferencia do direito tradicional justamente pela ausência de valores indisputáveis que o legitime. Na sociedade moderna não há consensos no campo dos valores e dos significados e, justamente por isso, “as normas jurídicas têm de reivindicar sua própria legitimação como o resultado de processos discursivos inclusivos, por meio dos quais a pluralidade das vozes e opiniões que emergem socialmente mostram-se aptas a gerar consensos e acordos temporários, motivados pela ‘força de convencimento’ dos melhores argumentos disponíveis” (SILVA, 2013:142). Para a teoria do discurso, o direito como instrumento de coerção está necessariamente ligado a uma expectativa de legitimidade, alcançada por processos democráticos de formação das normas. Em *Direito e Democracia*, Habermas trata da produção do direito legítimo por meio de uma política deliberativa e dos pressupostos do modelo procedimentalista.

qualquer momento no debate público que torna legítima a exigência de que se obedeça à norma, mesmo em caso de discordância. Isso quer dizer que a pessoa deliberativa é titular de um direito subjetivo de participação política em procedimentos públicos de formação da opinião e da vontade. Procedimentos democráticos são organizados de modo que razões e contrarrazões em relação a propostas de normas possam ser examinados argumentativamente em uma competição pública pelas melhores razões. É da possibilidade do exercício do direito de tomar parte nesses procedimentos que decorre o dever de obedecer a norma. (Cf. GÜNTHER, 2009: 32-35). Se o direito moral de rejeitar a norma não for garantido à pessoa deliberativa no papel de cidadão, a exigência de obediência não será legítima.

Nessa perspectiva, o bloqueio de discussão pública sobre a criminalização do uso de drogas tem efeitos profundos em ambas as dimensões - tanto para o processo democrático, como para a legitimidade das normas que compõem a política de drogas. No limite, é possível argumentar que até a decisão do STF de 2011, que garantiu minimamente o direito dos cidadãos de se manifestarem contra a norma na esfera pública, o dever de obediência à norma não podia ser exigido, ou melhor, não podia ser *legitimamente* exigido. O pacto democrático que legitima o direito e o uso da sanção jurídica estava quebrado. Ao invés de proteger a norma, a tentativa de estabilização da norma pelo silenciamento do dissenso em relação a ela a desestabiliza, pois lhe retira a legitimidade.

A mobilização da Marcha e da litigância pelo direito de manifestação nesse caso foi essencial para restabelecer não somente o espaço da deliberação pública, como a legitimidade do direito. É claro que a deliberação pública ainda deve ser aperfeiçoada, garantindo-se as melhores condições possíveis de participação e diálogo e isso dependerá não somente da ausência de repressão, mas também da qualidade da participação e do quanto as instituições serão porosas aos argumentos da esfera pública. Isso ainda está por ser avaliado, observando-se os processos atualmente em andamento de discussão da política de drogas.

Os casos apresentados colocam em xeque a juridificação de visões estritamente morais em torno da categoria crime: as mobilizações da Marcha da Maconha e da Defensoria Pública de São Paulo provocaram o Judiciário para que ele estabelecesse que os crimes são fenômenos essencialmente políticos e que devem ser discutidos, portanto, na esfera política, por meio do debate público.

De qualquer modo, chamar a atenção para os bloqueios que o debate sobre drogas enfrentou nos parece importante neste momento também porque o bloqueio da participação infelizmente não parece ter sido excepcional no caso da Marcha da Maconha. Depois daí, a repressão ao direito de manifestação pública voltou a acontecer nas manifestações de junho de 2013⁸⁰ e em muitas outras desde então. Violência policial, prisão de manifestantes e uso de

⁸⁰ Entre 2012 e 2013 milhares de brasileiros foram às ruas para protestar, em diversas cidades, contra o aumento das tarifas de transporte público, sobretudo as tarifas de ônibus, constantemente reajustadas nos últimos anos pelas autoridades municipais brasileiras. Em junho de 2013 as mobilizações sociais cresciam cada vez mais e se espalhavam ao redor do país. As manifestações foram capitaneadas, à época: pelo Movimento Passe Livre, em São Paulo; pelo Fórum de Lutas contra o Aumento das Passagens, no Rio de Janeiro; pela Assembleia Popular Horizontal, em Belo Horizonte. As três capitais brasileiras foram os principais focos de mobilização contra o aumento das passagens.

Entre os dias 6 e 13 de junho de 2013 o Movimento Passe Livre organizou quatro protestos contra o aumento das tarifas de ônibus, que havia sido anunciado há pouco tempo pelo prefeito Fernando Haddad (PT/SP). Os atos foram marcados pela repressão policial: muitos manifestantes foram feridos em confrontos com a Polícia Militar de São Paulo, outros tantos foram presos e o cenário de destruição tomou conta da cidade. O avanço tecnológico permitiu com que as cenas de violência policial fossem facilmente gravadas com apenas um celular e, por conta disto, não demorou muito para imagens de abusos e de repressão incondicionada circularem nas redes sociais e nas mídias. Sob o pretexto de coibir atos de vandalismo nos protestos, a repressão policial foi marcada pela utilização excessiva da força indiscriminadamente contra qualquer um que se encontrasse nos arredores das manifestações. A violência era tamanha e tão escancarada que indignou não só os paulistanos, mas todo o Brasil. Os protestos espalharam-se pelo país e as cenas de violência policial se

leis penais para incriminar o exercício de crítica marcam o retorno dessas ameaças e colocam novamente os movimentos sociais diante do desafio de garantir a liberdade de manifestação para então tentarem fazer avançar suas pautas de reivindicação política.

Tal situação põe à prova tanto uma ideia de democracia que valoriza a atividade política dos cidadãos, como o próprio fundamento de legitimidade do Estado de Direito. Independentemente de quais demandas estão sendo silenciadas, tais ameaças ao debate público devem ser observadas com cautela diante dos riscos que representam para o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANISTIA Internacional. Balanço Parcial da Copa. Campanha *Brasil, chega de bola fora*. São Paulo, SP, 2014. Disponível em: http://issuu.com/anistiabrasil/docs/balanc_o_parcial_-_copa_-_final. Acesso: 24/07/2014.
- ARROYO ZAPATERO, Luiz; NEUMANN, Ulfrid; NETO, Adam M. *Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, 2003.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994.
- BOITEUX, Luciana. Tráfico de Drogas e Constituição. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009. Série “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA/08/001.
- BURGIERMAN, Denis Russo. O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011.
- CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

repetiram em várias cidades do país. Através da internet, sobretudo das redes sociais, as lideranças locais convocaram um ato público nacional, no dia 17/06/2013, em favor da liberdade de manifestação do pensamento e contra a criminalização dos protestos. Estima-se que nas 12 cidades em que ocorreu a manifestação passaram mais de 500 mil pessoas, o que certamente significa a maior mobilização pública na forma de protesto da história democrática do Brasil.

A partir de 17/06/2013 a onda de protestos que ocupou as ruas do Brasil passou a incorporar diversos pleitos, transcendendo a questão do transporte público e da efetivação da liberdade de manifestação do pensamento.

Em 2014 o Brasil viu uma nova onda de manifestações públicas na forma de protesto, quase todas focalizadas na crítica à Copa do Mundo, que ocorreu no país. Os protestos foram novamente marcados pela excessiva utilização da força por parte das autoridades policiais, que culminou em várias cenas de violência contra manifestantes pacíficos, contra jornalistas, turistas e até contra quem nada tinha que ver com as manifestações. Os protestos contra a Copa do Mundo no Brasil também foram marcados pela atuação “preventiva” das Polícias Cíveis estaduais, que lograram êxito em conseguir dezenas de mandados de prisão preventiva contra supostos manifestantes violentos. Através do monitoramento das atividades dos manifestantes nas redes sociais as polícias conseguiram identificar militantes que capitaneavam as mobilizações e passaram a persegui-los de toda forma para evitar sua participação nos protestos. Se os protestos de 2013 haviam sido marcados pela forte repressão policial nas ruas, os protestos de 2014 contaram com mais um ingrediente: as inúmeras prisões arbitrárias e injustificáveis de manifestantes.

Estes eventos recentes reforçam a problemática apresentada neste artigo, evidenciando a necessidade de repensar as medidas necessárias para consolidação da democracia brasileira, sobretudo no que concerne ao debate público como meio por excelência de legitimação da opção democrática.

Para mais informações sobre o histórico dos protestos de 2013, cf. http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013.

Para mais informações sobre os protestos contra a Copa do Mundo de 2014, cf. ANISTIA, 2014 (disponível em: http://issuu.com/anistiabrasil/docs/balanc_o_parcial_-_copa_-_final).

CASARA, Rubens Roberto. Convenções da ONU e leis internas sobre Drogas ilícitas: violações à razão e às normas fundamentais, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 30 e ss.

COMPARATO, Fábio Conder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. *In* *Direitos Humanos – Visões Contemporâneas*, edição de Associação Juízes para a Democracia, 2012.

DA LUZ, Yuri Corrêa. Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: Monografia nº 64 apresentada ao IBCCRIM, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Problemas de constitucionalidade da criminalização do tráfico de entorpecentes na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais. *In* *Revista Ultima ratio*, ano 3, n. 4. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, pp. 637-665.

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e Direito Penal Mínimo: Análise Principlológica da Criminalização de Substâncias Psicoativas. *In* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 16, n. 75, nov/dez, 2008, pp. 135-183.

FILGUEIRAS, Fernando. Perceptions on Justice, the Judiciary and Democracy. *In*: *Brazilian Political Science Review*, n. 7, v. 2, 2013, pp. 62-87. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bpsr/v7n2/03.pdf>

FOLHA de São Paulo. Polícia agride repórter e manifestantes da Marcha da Maconha em São Paulo, 22/05/13. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/multimedia/videocasts/919102-policia-agride-reporter-emanifestantes-na-marcha-da-maconha-em-sp-veja.shtml>. Acesso: 15/05/2014.

GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. *Boletim IBCCRIM*. Edição Especial sobre Drogas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

_____. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. *In*. PÜSCHEL, Flávia Portella e MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 27-51.

HABEMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Vols. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

KARAM, Maria Lúcia, Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 10 e ss.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed. (trad. Luís Carlos Borges), 2005.

HAILER, Marcelo. O Brasil vai legalizar a Maconha? *Revista Fórum Semanal*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/digital/135/o-brasil-vai-legalizar-maconha/>. Acesso: 22/07/2014.

KOMETANI, Pâmela. Manifestantes realizam Marcha da Maconha na Avenida Paulista. *Globo*, portal G1. São Paulo, 08/06/2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao->

paulo/noticia/2013/06/manifestantes-realizam-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista.html.

Acesso: 22/07/2014.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. In Boletim IBCCRIM. Edição Especial sobre Drogas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Marcha da maconha: Apologia ou liberdade de expressão*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010. Volume único. 1374C. (Mesas de estudos e debates).

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da Política": deficits explicativos e bloqueios normativistas. *Revista Novos Estudos* 91, novembro 2011. p. 5-19.

O PROGRESSO. Zé Teixeira critica liberação da "marcha da maconha". Dourados, MS, 19/06/2011. Disponível em: <http://www.progresso.com.br/politica/ze-teixeira-critica-liberacao-da-marcha-da-maconha>. Acesso: 22/07/2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Scenarios for the drug problem in the Americas 2013 – 2025*. Drafted by the Scenario Team appointed by the Organization of American States under the mandate given to the OAS by the Heads of Government of Member States meeting at the 2012 Summit of the Americas in Cartagena de Indias.

Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe_de_Escenarios.pdf>. Acesso: 14/07/2014.

OTERO, Lorena. Das ruas ao Supremo Tribunal Federal: a criminalização da Marcha da Maconha no Brasil. 2013. 135fl. Relatório Final de Iniciação Científica – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método". In *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, n. 262 (2013): 95-144.

PETRÓ, Gustavo; PIZA, Paulo Toledo. Manifestantes encerram Marcha pela Liberdade na Avenida Paulista. *Globo*, portal G1. São Paulo, 18/06/2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/06/manifestantes-encerram-marcha-da-liberdade-na-avenida-paulista.html>. Acesso: 20/07/2014.

PINHO, Márcio. Marcha da Maconha chega ao fim em SP sem incidentes, diz PM. *Globo*, portal G1. São Paulo, 19/05/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/05/marcha-da-maconha-chega-ao-fim-em-sp-sem-incidentes-diz-pm.html>. Acesso: 24/07/2014.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PREVIDELLI, Amanda. Marcha da Maconha passa pela Av. Paulista e chega à Consolação. *Globo*, portal G1. São Paulo, 26/04/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/manifestantes-se-reunem-no-vao-livre-do-masp-para-marcha-da-maconha.html>. Acesso: 15/07/2014.

QUEBRANDO o tabu (filme). Direção de Fernando Grostein Andrade. Spray Filmes, 2011. DVD.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004a, p. 131-151.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do poder judiciário in *Dogmática é Conflito: Uma Visão Crítica da Racionalidade Jurídica*, coord. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Ed. Saraiva. São Paulo, 2012, p. 33-54.

ROXIN, Claus. *Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* In: HEFENDEHL, Roland (ed). *La Teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

_____. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (coords.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011, p. 202

SABADELL, Ana Lucia; ELIAS, Paula. Breves reflexões sobre a política internacional de drogas: o papel das Nações Unidas. In BITENCOURT, Cezar Roberto (org.). Direito penal no terceiro milênio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-233.

SARLET, Ingo. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais. Boletim da Faculdade de Direito, v. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 325-386.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). Direito e interpretação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363-380.

SILVA, Felipe Gonçalves. Habermas e a Ambiguidade do Direito Moderno. In: SILVA, Felipe Gonçalves e RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133-153.

SILVESTREIM, Mauro Leno. *Maconheiro tem problema de memória: história do movimento pró-legalização da cannabis no Brasil*. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, julho 2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300970373_ARQUIVO_PaperMauroLeno-SimposioTematico16.pdf. Acesso em 14 de julho de 2014.

STOTZKY, Irwin P. Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary. Colorado: Westview Press, 1993.

VIDAL, Sérgio. *Falta alguma coisa na história da maconha no Brasil e no mundo?* Fonte: European Coalition for Just and Effective Drug Policies: <http://www.encod.org/info/Falta-alguma-coisa-na-historia-da.html>. Publicado em 16 de abril de 2008. Acesso em 14 de julho de 2014.

VIEHWEG, Theodor. *Ideologia y Dogmática Jurídica*. In: *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico*. In: *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997(a).

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, Dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 26 de junho 2014.

WACQUANT, Löic. *From Slavery to Mass Incarceration: Rethinking the 'Race Question' in the US*. In Tonry, Michael. *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*. New York: Oxford Press, 2011, pp. 287-402.

WESTERN, Bruce; WILDEMAN, Christopher. *The Black Family and Mass Incarceration*. The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science. Vol. 621, n. 1, 2009, pp. 221-242

_____; MULLER, Christopher. *Mass Incarceration, Macrosociology and the Poor*. The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, vol. 647 n. 1, 2013, pp. 166-189

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Guerra às Drogas e Letalidade do Sistema Penal, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 113 e ss.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

_____. 2008. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, j. 03/05/2008.

_____. 2008a. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Ação cautelar inominada 2008.001.103260-6, Juiz de Direito Roberto Câmara Lace Brandão, j. 03/05/2008.

_____. 2008b. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança 4744713-36.2008.8.13.0000, desembargador relator Vieira de Brito, j. 07/08/2008.

_____. 2008c. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança 12198963/2-00, desembargador relator Euvaldo Chaib, j. 19/08/2008.

_____. 2009. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. IV Juizado Especial Criminal. Habeas Corpus 2009.001.0900257-7, Juiz de Direito Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, j. 14/04/2009.

_____. 2009a. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 70030025068, desembargadora relatora Genacéia da Silva Alberton, j. 03/06/2009.

_____. 2010. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 70036328334/2010, desembargador relator Cláudio Baldino Maciel, j. 24/06/2010.

_____. 2011. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, ministro relator Celso de Mello, j. 15/06/2011.

_____. 2011a. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança 0100200-35.2011.8.26.0000, desembargador relator Teodomiro Mendez, decisão liminar proferida em 20/05/2011, j. 15/08/2011.

_____. 2011b. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4274/DF, ministro relator Ayres Britto, j. 23/11/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 (em tramitação), relator Ministro Gilmar Mendes. Petição inicial disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso em: 15/07/2014.