

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

RICARDO ÁVILA ABRAHAM

“BOTA NA CONTA DO PAPA”: O SALDO DA GUERRA CONTRA AS DROGAS

Florianópolis - SC

2014

RESUMO

Este trabalho busca uma análise crítica acerca das medidas políticas tomadas pela Organização das Nações Unidas em relação à questão das drogas, bem como seus reflexos nos países-membros e, especificamente, no Brasil. Para tal finalidade, inicialmente foi realizada uma reconstrução histórica de viés moral, político, social e econômico sob o prisma do garantismo jurídico e da teoria do *inimigo* no direito penal. Através da lente garantista de Luigi Ferrajoli, abordou-se o presente momento histórico que situa o Brasil como Estado Democrático de Direito, submetido à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A partir da premissa de vinculação intrínseca ao garantismo jurídico, analisou-se a violação, por Convenções internacionais e leis internas sobre drogas, de garantias individuais consagradas. Demonstrou-se, ademais, o teor da atual legislação internacional acerca do tema, que aponta para a constante repressão ao comércio de substâncias estabelecidas como ilícitas e uma relativa evolução em relação à figura do usuário de drogas. Analisou-se, por conseguinte, o histórico da legislação brasileira referente às drogas. Posteriormente, foram deslumbrados alguns dos princípios fundamentais violados pela vigente Lei de Drogas brasileira para, ao final, situar o estudo proposto com o estabelecimento da figura do *inimigo* interligada à imagem do traficante de drogas, tal qual a teoria desenvolvida pelo penalista e criminólogo E. R. Zaffaroni. Em um segundo momento, discutiu-se o papel da droga na história da humanidade para, posteriormente, demonstrar-se o uso de discursos infundados para legitimar a criminalização. Em seguida, foram explanados o contexto histórico e as nuances político-econômicas europeias quando do *descobrimento* das drogas no período quinhentista, momento em que não houve qualquer tipo de perseguição a substâncias predeterminadas – é sabido que situações fáticas, entretanto, sobrevieram a potências da ONU como Inglaterra e Estados Unidos que, em distintos momentos históricos e razões factuais, propagaram a política proibicionista maliciosamente acobertada por razões de cunho político, moral e econômico. Concluiu-se, alfim, o que se construiu com essa escolha de repressão adotada pela ONU e quais as consequências da nefasta guerra contra uma gama de substâncias psicoativas tidas como ilícitas.

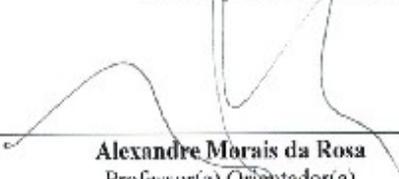
Palavras-chave: Garantismo jurídico. Direitos fundamentais. Inimigo no direito penal. Proibicionismo. Política criminal de drogas. Criminalização.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

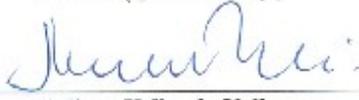
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Bota na conta do PAPA" O saldo da guerra contra as drogas**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Ricardo Ávila Abraham**, defendido em **12/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 12 de Dezembro de 2014



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Juliano Keller do Valle
Membro de Banca



Alexandre Simas Santos
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Paulo, por desde o princípio dedicar-se a capacitar-me, através do estímulo aos estudos e à busca por conhecimento, para um futuro desafiante e instigador e, ademais, ensinar-me, nos pequenos gestos, as valiosas lições de respeito, simplicidade, generosidade e honestidade – marcas de sua invejável trajetória de vida que lhe fizeram homem de valia a qual até hoje não presenciei semelhante.

À minha mãe, Kátia, que se afigura como a personificação da força, coragem e autenticidade harmoniosamente envoltas por uma incomparável áurea de amor, cumplicidade e afeto para com os seus – nobres distinções estas que me serviram de ânimo para sustentar o incansável desejo e entusiasmo na busca por novos horizontes.

Ao meu irmão, Roberto, cuja história se funda em traços de honra, lealdade e hombridade que, moldadas num coração único e personalidade tão grandiosa quanto humilde, o fazem singular.

À minha irmã, Paula, na sua eterna busca por harmonização, união familiar e espírito otimista que tornam ímpares os momentos vividos por nós cinco – por quem de tudo farei, bem como pela honra de meus antepassados.

Aos meus companheiros de classe, por terem demonstrado capacidade apta a elevarem o nível de conhecimento de colegas e professores e indiretamente auxiliarem o fomento do meu aprendizado ao longo destes inesquecíveis anos de graduação.

Aos meus amigos, de variadas origens, etnias, crenças e ideologias, que diariamente possibilitam-me experiências únicas no sentido de conhecer as mais distantes realidades socioculturais e fazem-me enxergar além do que acreditava ser possível.

Aos estimados mestres, em especial, Alexandre Morais da Rosa, Vera Regina Pereira de Andrade e Marcel Soares de Souza que, na preciosa arte de lecionar, plantaram em mim a inafastável e imprescindível semente da curiosidade que me levou a *questionar*, incitando-me a constatar contradições e refutar injustiças, além de situar-me na vereda naturalmente construída para amoldar experiências pessoais às lições aprendidas nos bancos da academia e, de forma bem sucedida, resumir 25 anos da minha existência em cinco anos de preciosa conjugação de ensinamentos dotados de alcance incalculável e ilimitado.

Registro, alfim, lembrança de minha inabalável fé que, para além de qualquer tropeço nos áridos trilhos percorridos, nunca foi esquecida e que através do Senhor me faz encarar a essência da minha existência como o simples e valioso contemplar da beleza do caminho – ora ensolarado, ora tormentoso – que vivemos a percorrer entre o estabelecimento de um objetivo de vida e o cumprimento da missão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DROGAS E POLÍTICA PROIBICIONISTA – GARANTISMO JURÍDICO E O ATUAL INIMIGO NO DIREITO PENAL.....	9
1.1 Brevíssimo contexto histórico e aplicabilidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	9
1.2 Apontamentos pertinentes acerca das Convenções internacionais – violações a princípios fundamentais.....	12
1.3 Enumeração do histórico de conjuntos normativos brasileiros voltados às drogas.....	16
1.4 A Lei n. 11.343/2006 e exemplos de violações a garantias fundamentais.....	20
1.4.1 <i>Princípio da legalidade</i>	27
1.4.2 <i>A injustificável mitigação do princípio da isonomia na Lei n. 11.343/06</i>	30
1.4.3 <i>A Lei de Drogas e o princípio da lesividade</i>	33
1.4.4 <i>A Lei n. 11.343 e a manifesta desproporcionalidade de seus dispositivos</i>	37
1.5 Da análise crítica da atual conjuntura à personificação de um inimigo contemporâneo no direito penal.....	39
2 DROGAS: UMA ABORDAGEM DESMISTIFICADA SOBRE UM APANHADO HISTÓRICO DE SEUS USOS E A SUA CRIMINALIZAÇÃO.....	49
2.1 Entre discursos vazios e a crítica	49
2.2 “Proíbe porque mata”: o vazio argumentativo da criminalização.....	55
2.3 Da <i>descoberta</i> da droga e suas conveniências à origem do proibicionismo.....	59
2.4 Mata porque proíbe: Lei e Ordem? Drogas, intervenções e sangue.....	73
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um tema tão polêmico quanto recorrente. A questão das drogas, para além de efeitos políticos e econômicos de âmbito do Estado, enquadra questões cotidianas urgentes em que se inserem desde graves problemas de saúde pública acarretados por abusos das substâncias psicoativas até os calabouços do sistema carcerário que recebe a clientela advinda da política proibicionista adotada pela Organização das Nações Unidas e seguida pelos Estados-membros.

Qualquer medida tomada em relação à matéria, ademais, acarreta consequências para todos os cidadãos que, diante da inevitável violência que circunda a criminalização das drogas, estão indiretamente envolvidos. O método dedutivo aplicado a partir da revisão bibliográfica de livros, leis, julgados e pesquisas relativas ao tema buscará aprofundar o estudo visando ao questionamento das frequentes análises rasas, simplistas e desconectadas da realidade.

Num cenário de guerra, entrevistas jornalísticas registram mensagens da população indignada com a falta de segurança, com as balas perdidas e com os assaltos. Repórteres captam choros sinceros de quem perdeu parentes por causa da violência, de quem teve seu patrimônio perdido em função de assaltos. Motivos não faltam, diariamente, para que noticiários de todo o país vendam a violência, o sangue e a morte. A resposta para a precária situação imposta é quase sempre a mesma: “impunidade”.

O povo brasileiro tem forte crença de que a causa da violência urbana, dos homicídios, dos roubos e do tráfico de drogas é a impunidade dos criminosos responsáveis. As alegações, vagas, pairam superficialmente desde uma suposta fragilidade das leis penais, passando pela ingerência policial até a mão leve da Justiça. O Brasil não conhece sua própria realidade. O produto que é vendido aos quatro cantos do país não condiz com a realidade.

Não há que se falar em impunidade num país que ocupa o *top 5* de populações carcerárias no mundo. Os sistemas de justiça criminal trabalham incansavelmente e, no cumprimento de suas obrigações, mantêm as cadeias lotadas. Dessa população carcerária de aproximadamente 500 mil pessoas, praticamente 25% adentrou ao sistema por crimes imputados pela Lei de Drogas, notadamente o previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

A política criminal de drogas, nesse contexto, pode ser considerada um grande problema e uma grande solução para os órgãos de segurança pública. Um grande problema,

por razões óbvias, pois as drogas despontam como fator de violência epidêmica no país, além de lotarem o Judiciário e não apresentarem quaisquer perspectivas de mudança a curto prazo.

A grande solução pode ser considerada quando abordamos criticamente o tema. A política proibicionista, em vigor há mais de cem anos, apresenta questões que até o momento não foram respondidas. Por que se criminaliza o uso de determinadas drogas? Por que não se regulamenta a produção, o comércio e o consumo das drogas hoje tidas como ilícitas? As funções não declaradas das agências de controle assumem, neste ponto, posição de importância a ser analisada.

A primeira parte do trabalho destina-se a adequar a política criminal de drogas tal qual adotada no Brasil às teorias do garantismo jurídico, de Luigi Ferrajoli, e do *inimigo* no direito penal, de Eugênio Raul Zaffaroni. No que toca à questão do garantismo, o primeiro capítulo abordará a supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil, alcançada após um movimento pós-Segunda Guerra de fortalecimento de disposições constitucionalmente consagradas. Serão analisadas, ademais, as Convenções internacionais tangentes ao tema e a Lei n. 11.343/06, a Lei de Drogas brasileira, no aspecto de violação de garantias fundamentais. Listar-se-á um histórico da política criminal de drogas brasileira e, ao final do capítulo, será abordado o tema da repressão voltado à figura do traficante de drogas personificado como inimigo, consoante a teoria de Zaffaroni, com o respaldo das construções doutrinárias críticas latino-americanas que problematizaram os pilares do positivismo criminológico.

O segundo capítulo voltar-se-á, inicialmente, a uma análise crítica dos discursos vazios adotados pela grande mídia para amparar a política criminal de drogas adotada que, até o presente momento, não cumpriu o que declarava como objetivo. A seguir, serão também analisados a posição de tutela à saúde pública e combate às drogas em função da dependência por elas causadas, razões essas que legitimam a seleção de um rol de substâncias a serem criminalizadas. Posteriormente, discorrer-se-á acerca da *descoberta* das substâncias psicoativas pelos europeus, no período quinhentista, bem como as origens e razões da repressão. Por fim, será deflagrada a atual política de criminalização e seus resultados, para que se avalie, finalmente, o saldo da declarada “guerra contra as drogas”.

1 DROGAS E A POLÍTICA PROIBICIONISTA – GARANTISMO JURÍDICO E O ATUAL INIMIGO NO DIREITO PENAL

1.1 Brevíssimo contexto histórico e aplicabilidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O período pós-Segunda Guerra acarretou profundas transformações no viés constitucional de aplicação do direito. Antes visto como conjunto de proposições em meio a um emaranhado de normas jurídicas de toda espécie – específicas e, na prática, por vezes preponderantes frente aos mandamentos constitucionais –, os dispositivos da Carta Maior, num processo gradual, passaram a ser, ao menos, concebidos como algo maior que promessas vãs e sem aplicação prática no mundo dos fatos.

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*¹.

De fato, o texto constitucional é hoje reconhecido como pilar indestrutível de todo o ordenamento jurídico, erguido a servir de norte para todo o conjunto normativo remanescente. Mais do que isso, a Constituição Federal é também a própria razão de existir das demais normas infraconstitucionais, no que se inclui Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Drogas, Lei de Execuções Penais, entre outros textos legislativos pertinentes a este estudo.

Em suma, a Constituição

se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262-263.

normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas².

O Estado Democrático de Direito pressupõe um sistema normativo em conformidade com a Constituição Federal. Ante uma iminente e errônea aplicação do conceito de democracia, ultimamente voltado, de forma tendenciosa, à legitimação de incongruências constitucionais na doutrina e jurisprudência brasileiras, é sabido que

os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os Direitos Fundamentais dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do Estado Civil³.

A democracia respira o garantismo jurídico e qualquer discurso que desvincule aquele instituto deste, como se ouve diariamente de forma indireta, não se sustenta no sistema jurídico a que estamos submetidos.

Resta imprescindível, portanto, balizar *ab initio* a absoluta necessidade de vinculação entre Estado Democrático de Direito e garantismo; o garantismo é fundamental conotação funcional do que modernamente se conhece por Estado de direito (FERRAJOLI, 2006, p. 789).

Designa (o termo *Estado de direito*) não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público (legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juizes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juizes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. [...] Não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45.

³ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4-5.

de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores⁴.

Tocante às minuciosas e reveladoras explicações acerca das três veredas do garantismo, ramificadas como *modelo normativo de direito*, *teoria do direito* e *filosofia do direito*, Ferrajoli, uma a uma, respectivamente, descreveu (em síntese):

O caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes⁵.

Não deve haver óbice para a otimização dos enunciados constitucionais e aplicação dos dizeres da Lei Maior. As garantias constitucionais enraizadas no sistema jurídico brasileiro desde 1988, na condição de fundantes e condicionantes das demais estruturas normativas, devem também prevalecer, mesmo em épocas de decisionismos e discursos utilitaristas.

Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas⁶.

A Constituição Federal, permeada por princípios, garantias e mandamentos programáticos a serem otimizados pelo Estado, é a grande guardiã dos direitos fundamentais de cada cidadão encarado na sua individualidade. Problema sério surge quando Convenções internacionais, com reflexos em leis internas dos Estados, violam garantias fundamentais. As consequências, nesses casos, são graves.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão; teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 789-790.

⁵ Idem, p. 788.

⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 25.

1.2 Apontamentos pertinentes acerca das Convenções internacionais de drogas – violações a princípios fundamentais

A Assembleia Geral da ONU, de natureza notadamente política, é quem define os rumos a serem tomados pelas Nações Unidas acerca do manuseio e tratamento do tema *drogas*. Por meio da Assembleia, desde o início do século XX são também propostas e estabelecidas pelos países-membros, de décadas em décadas, as novas medidas a serem tomadas em relação a temas relacionados, tais como o crime organizado, lavagem de dinheiro etc.

De modo geral, pode-se aferir que as Convenções internacionais relativas ao tema *drogas*, até hoje, declararam combate às substâncias consideradas ilícitas e repressão ao uso e ao tráfico, e trouxeram em seus textos dispositivos que expressavam clara afronta aos tratados de direitos humanos subscritos pelos próprios países-membros⁷.

Para os casos de desrespeito dos países-membros da Organização das Nações Unidas, no que tange à aplicação das Convenções, bem como à otimização dos rumos predefinidos pela Assembleia Geral, em 1968 a ONU instituiu o *International Narcotics Control Board – INCB* (Órgão Internacional de Controle dos Estupefacientes – OICS), organismo independente, de cunho jurídico, que tem o poder de estabelecer sanções aos países desviantes das políticas preestabelecidas.

A ONU, por meio do seu órgão executivo *United Nations Office on Drugs and Crime – UNDCP*⁸ (Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional das Drogas – PNUCID), propõe-se a atuar em três áreas: *saúde, segurança pública e justiça*. Destas, deságuam temas como *drogas, crime organizado, corrupção, terrorismo, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas e prevenção ao HIV de usuários de drogas e presos*. A atuação do órgão dá-se no Brasil desde 2001, com amparo em três Convenções sobre drogas: Convenção Única Sobre Entorpecentes (1961), Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988).

⁷A título de exemplo: o Decreto n. 678/92 (*disponível em* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

⁸ONU: Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional das Drogas, *disponível em* <http://www.unodc.org>

A Convenção Única Sobre Entorpecentes (1961), de acordo com a ONU, possui o condão de “combater o abuso de drogas por meio de ações internacionais coordenadas” através da “limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivas para uso médico e científico” e do combate ao “tráfico de drogas por meio da cooperação internacional para deter e desencorajar os traficantes”⁹.

A Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) é uma reação à “expansão e diversificação do espectro do abuso de drogas” e passou a abordar as drogas sintéticas, novidade à época¹⁰.

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988) “fornece medidas abrangentes contra o tráfico de drogas, inclusive métodos contra a lavagem de dinheiro e o fortalecimento do controle de percussores químicos. Ela também fornece informações para uma cooperação internacional por meio, por exemplo, da extradição de traficantes de drogas, seu transporte e procedimentos de transferência”¹¹.

Por meio dessa última Convenção internacional estabeleceu-se, entre os países subscreventes, um acordo de cooperação de forma a combater as drogas e também crimes circundantes ao tema, como a lavagem de dinheiro, proibição de posse de equipamentos destinados à produção de drogas etc., incluindo a possibilidade de confisco de bens de traficantes (aspecto econômico promissor e interessante para os Estados) e facilitação da extradição dos criminosos.

O combate aos plantios que geram tradicionais drogas, principalmente as plantações de coca, voltou as atenções do mundo para a América Latina, que se tornou alvo e explicitou países que até hoje são encarados como *perigosos*, por originarem e abrigarem os atuais *inimigos* do direito penal, como será discutido em momento oportuno.

No artigo 3 (*Delitos e Sanções*), a Convenção estabelece o que hoje se tem, essencialmente, reproduzido na Lei de Drogas brasileira e de demais Estados-membros da ONU:

1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

⁹ ONU: Convenção Única Sobre Entorpecentes, *disponível em* <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

- a) i) a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o envio em trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica, contra o disposto na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971;
- ii) o cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou da planta de cannabis, com o objetivo de produzir entorpecentes, contra o disposto na Convenção de 1961 em sua forma emendada;
- iii) a posse ou aquisição de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica com o objetivo de realizar qualquer uma das atividades enumeradas no item i) acima;
- iv) a fabricação, o transporte ou a distribuição de equipamento, material ou das substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que serão utilizados para o cultivo, a produção ou a fabricação ilícita de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas;
- v) a organização, a gestão ou o financiamento de um dos delitos enumerados nos itens i), ii), iii) ou iv);¹²

Nota-se que a estratégia de imputação dos acusados é a mesma: criar uma lista de verbos, núcleos do tipo, que tornam abrangentes as condições de criminalização secundária por parte das instituições por ela responsáveis e, dessa forma, permitir a arbitrariedade de agentes de polícia para agirem de acordo com suas conveniências.

Outra característica da Convenção é estabelecer o instituto da *ação controlada*, pelo qual a autoridade do Estado, segundo suas conveniências, em casos de crimes praticados por organizações criminosas, pode retardar a ação policial, de forma a permitir uma ação mais abrangente, que envolva mais apreensões, mais prisões e possa, de fato, minar a quadrilha:

No Brasil, o instituto foi consagrado na Lei n. 9.034/95:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

[...]

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.¹³

A referida lei foi revogada em 2013.

¹² Decreto n. 154/91, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm

¹³ Lei n. 9.034/95, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm

Alfim, como último ponto a ser destacado, a Convenção primou pela criminalização do porte de drogas para uso pessoal. Tal escolha tornou-se norte para as leis de drogas internas de países europeus e latino-americanos e acarretou incontáveis graves consequências no sistema judiciário e prisional destes Estados.

Para além da violação de garantias fundamentais, a serem discutidas posteriormente, a escolha da ONU não vislumbrou os efeitos da decisão política que intervém fatalmente na vida de *determinadas* famílias e *determinados* sujeitos, bem como sua inevitável ineficácia ao que se propõe de modo geral.

Apesar de assumirem a posição de seguirem o disposto na Convenção, diversos países europeus, diante da ineficácia das prisões realizadas e das graves consequências em seus sistemas de justiça criminal, passaram a adotar novos rumos jurídicos em relação ao portador de drogas para uso pessoal.

Como exemplo, Portugal, Espanha e Itália, mesmo com a ratificação da Convenção, tomaram medidas distintas para tratar seus usuários. No Brasil, o consumidor de drogas ainda é enquadrado pela lei, no entanto, não recebe pena de prisão e possui tratamento diferenciado, fato que será abordado neste trabalho em outro momento.

Ao apresentar novos instrumentos de *combate*, bem como criminalizar condutas tidas como circundantes dos crimes especificamente relacionados às drogas, a vigente *Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas* tornou-se um novo e refinado instrumento de repressão. O objetivo estabelecido no documento foi dado como desafio global pelas Nações Unidas, desafio este que está a ser diariamente perseguido e deve ser atingido de forma *harmônica* através da interação dos países aderentes.

Nesse contexto proibicionista de declarada repressão, não são levados em conta – assim como nas anteriores Convenções sobre drogas – os demais tratados internacionais que trabalham com temas de direitos humanos, tampouco as Constituições dos próprios Estados-membros.

Cabe o registro que tal incongruência não é encarada sob o filtro do garantismo jurídico (sob a ótica de Luigi Ferrajoli) como modelo de teoria do direito, pois esse enquadramento terminaria por tornar inaplicáveis as normas violadoras de garantias individuais anteriormente consagradas.

1.3 Enumeração do histórico de conjuntos normativos brasileiros voltados às drogas

As Ordenações Filipinas abordavam as drogas como *materiais venenosos*. O *rosalgar* e o *ópio* eram as substâncias perseguidas à época, e seu manuseio era exclusividade dos *boticários*. Proibia-se o porte (sem a menção de finalidade) e a venda de tais substâncias, exceto se o agente tivesse licença para ser boticário e fosse este seu ofício¹⁴.

As *penas* para os *crimes* eram curiosas: o agente que fosse flagrado portando tais materiais ou vendendo-os perderia a propriedade de sua fazenda. A restrição imposta pela pena, portanto, não se voltava à liberdade, mas sim ao patrimônio do criminoso. Ainda mais curioso era o destino dado à propriedade: metade ficaria para o próprio Estado, e a outra metade seria transferida para o delator do crime. Era uma espécie de incentivo à delação.

O Código Filipino foi sucedido pelo Código Penal Brasileiro do Império, de 1830. A nova codificação não abordava a questão das drogas, pois certamente não era recorrente à época. Mesmo sem estipulação legal de legalização de substâncias psicoativas, tampouco havia dispositivos incriminadores do porte para uso ou do tráfico.

Com a Proclamação da República, o Código de 1890 voltou a abordar o tema, *modernamente* classificando a droga, seu uso e comércio como atentatórios à saúde pública.

Juntamente com a incriminação do exercício irregular da medicina (art. 156); da prática de magia e do espiritismo (art. 157); do curandeirismo (art. 158); do emprego de medicamentos adulterados (art. 160); do envenenamento das fontes públicas (art. 161); da corrupção da água potável (art. 162); da adulteração de substâncias destinadas à alimentação (art. 163); e da exposição de alimentos alterados ou falsificados (art. 164), o art. 159 previa como delito “*expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários*”, submetendo o infrator à pena de multa.¹⁵

De fato, o capítulo *Dos Crimes Contra a Tranquilidade Pública*, que abarca os dispositivos supramencionados, prevê atentados contra diversos bens jurídicos. A estrutura do Código, como se vê, é peculiar, e em sua sistemática pouco se parece com o que existe hoje. Mantém-se, no entanto, a valoração de condutas de acordo com aspectos morais, como ocorre

¹⁴ LUISI, Luiz. *A legislação Penal Brasileira Sobre Entorpecentes*. In: *Drogas: abordagem interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais (03). Porto Alegre: Editora Fabris, 1990, p. 152-158.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei n. 11.343/06*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 61.

atualmente. Exemplos disso são a criminalização, no fim do século XIX, do espiritismo, da prática de magia, entre outros.

Na Consolidação das Leis Penais, no ano de 1932, ocorre a “densificação e complexificação das condutas contra a saúde pública” (CARVALHO, 2014, p. 61). São os Decretos n. 780/36 e 2.953/38, todavia, que, num contexto político diferenciado em que vivia o Brasil, através de tipos penais específicos (pela primeira vez há menção ao termo *entorpecentes*), são um marco no combate às drogas no país. Nestes textos nota-se a malícia da pluralidade de verbos incriminadores nos tipos, bem como a introdução da pena de prisão como hoje se chamaria *detenção* ou *reclusão* – na Consolidação das Leis Penais de 1932 era prevista uma pena peculiar, a *prisão celular*.

A década de 40 fortalece a criminalização das substâncias psicoativas definidas como ilegais. O Decreto-Lei n. 891/38 reflete no país a política estabelecida no Convênio de Genebra de 1936 que, liderado pelos Estados Unidos, prevê que os países signatários criem serviços especializados de polícia. O incremento de diversas novas substâncias também é novidade.

Assim, é lícito afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionista sistematizada. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica a preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.¹⁶

Após o Decreto-Lei n. 4.720/42 e a Lei n. 4.451/64, que dispõem, respectivamente, sobre o cultivo e a ação de plantar (CARVALHO, 2014, p. 63), surgem os discursos moralistas que encaram o usuário de drogas como degenerado¹⁷.

Com a superveniência da Ditadura Militar, o ditador Castello Branco, por meio do Decreto n. 54.216/64, subscreve a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961. A década de 60 trouxe a expansão dos movimentos jovens, da *contracultura* e teve no uso de drogas um importante símbolo de rebeldia e insatisfação de toda uma geração. A situação trouxe

¹⁶ CARVALHO, Salo de, op cit., p. 62.

¹⁷ DEL OLMO, Rosa. *Las Drogas y sus Discursos*. In: PIERANGELI, José Enrique (coordenador). *Direito Criminal (05)*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 123.

desconforto ao governo do regime político a que estava estabelecido o Brasil e acarretou novas mudanças.

O Decreto-Lei n. 159/67 atribuía aos entorpecentes a propriedade de gerar dependência física e psíquica. Como no resto do mundo, liderado pelos Estados Unidos, o usuário era considerado *doente*, e o traficante, *criminoso*. Vale lembrar que, desde a primeira metade da década de 60, as drogas não eram mais exclusividade das classes mais pobres.

As definições do Decreto-Lei n. 159/67 baseavam-se nessa dicotomia, denominada *ideologia da diferenciação*, a qual originou no Brasil e nos países vizinhos um discurso mascarado, com fincas em medidas sociopolíticas não declaradas ofuscadas por um declarado *combate ao mal* que, em verdade, somente aplicava as devidas sanções a uma parcela – muito bem definida – da população. Era, pois, impossível *etiquetar* e incriminar toda uma gama de usuários de maconha e cocaína, além das drogas sintéticas, no auge de sua existência.

Se eram os habitantes das favelas (os consumidores das drogas), seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram “meninos do bem”, a droga os tornava apáticos. Daí que aos habitantes das favelas fosse aplicado o estereótipo criminoso e fossem condenados a severas penas de prisão por traficância, apesar de só levarem consigo um par de cigarros; em troca, os “meninos de bem”, que cultivavam a planta em sua própria casa, como aconteceu em inúmeras ocasiões, eram mandados para alguma clínica particular para em seguida serem enviados aos Estados Unidos porque eram “doentes” e seriam sujeitos a tratamento, de acordo com o discurso médico tão em moda.¹⁸

A realidade brasileira e dos demais países da América Latina, não obstante sua *louvável* pretensão de seguir a política proibicionista à moda nos Estados Unidos, por óbvias razões econômicas, não permitia o igualitário tratamento médico-sanitário de todos os usuários de drogas ilícitas, conforme previsto em lei.

Em função de o artigo 281 do Código Penal vigente criminalizar tão somente o comerciante de droga, sem abranger o usuário¹⁹, é publicado o Decreto-Lei n. 385/68, que passa a criminalizar o consumidor com pena idêntica à do traficante. Era o auge, até então, da política proibicionista. O Estado, dessa forma, além de se desonerar do ônus de cumprir os compromissos assumidos ao tratar o usuário como doente, aumentaria sua clientela penal – este objetivo, por óbvio, não é declarado, tampouco admitido.

¹⁸ DEL OLMO, Rosa, op cit., p. 46

¹⁹ Anota Salo de Carvalho (2014, p. 68) que “o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) era o da não abrangência dos consumidores. A descriminalização (judicial) do uso, porém, gerava situação que “[...] suscitava preocupações no âmbito da repressão”.

A estratégia não deu certo, e como em todo o histórico da repressão às drogas, no entanto, a aplicação dos dispositivos ficou fundamentalmente voltada ao sujeito e sua condição social, que era levada em conta desde a abordagem policial até a sua apreciação nas últimas instâncias do Judiciário.

Todo o processo legislativo descrito caminhava para a descodificação da matéria criminal tocante à questão das drogas, ciclo que se completou com a promulgação da Lei n. 5.726/71. A Lei de Drogas de 1971 seguia a ordem mundial vigente, com base na ideologia da diferenciação, pautada no movimento de Lei e Ordem e na ideologia da Segurança Nacional. Era época de discursos efusivos e discriminadores que alavancavam a política proibicionista.

A nova Lei de Drogas trazia a (falsa) sensação de afrouxamento da repressão ao desvincular o *dependente* (doente) da cominação equiparada à pena pelo crime de tráfico. A atribuição de pena equiparada à do traficante, todavia, permaneceu para o *usuário*. A malícia do diploma legal tornara-se quase descarada.

Em verdade, o diploma de 1971 era ainda mais perverso que o anterior. Em 1968, ao menos, a Lei repressora, ainda que formalmente, abarcava a todos, de maneira sumária; era uma repressão falha, por óbvio, como sempre, no que se refere a *drogas*; porém, legava tratamento legal igualitário a todos os envolvidos na questão. Pode-se não concordar com a decisão política desta lei, e até deve-se desconfiar de seus efeitos concretos, mas a atribuição dos dispositivos, ao menos, demonstrava isonomia: todos os envolvidos eram criminalizados. Não havia distinção na valoração da conduta de *usuários*, *dependentes* e *traficantes*.

A Lei de Drogas de 1971, entretanto, além de manter a repressão ao varejista, terminou por reagrupar os consumidores nas categorias de *usuários* e *dependentes*. A estes era dedicado o tratamento médico e àqueles a mesma pena restritiva de liberdade destinada ao traficante.

A malícia está justamente na velha e utilitária escolha realizada pelas agências de controle penal. Quem define, na prática, quem são os dependentes e quem são os usuários – qual seja: quem será encarado como problema de saúde e quem será rebatido para o sistema prisional – é a polícia.

A consequência dessa escolha política já é conhecida, pois sua chama permanece acesa até hoje. Para conferir seu resultado, basta abrir as celas das prisões brasileiras e conhecer sua clientela.

1.4 A Lei n. 11.343/2006 e exemplos de violações a garantias fundamentais

Com a Lei n. 11.343/06, na prática, algumas mudanças foram percebidas. Outros pontos importantes, no entanto, deixaram a desejar, no que se refere à inovação. Pode-se asseverar que a atual Lei de Drogas brasileira adota um modelo proibicionista moderado²⁰, pois estabelece política punitiva com aplicação de penas altas para traficantes (aumento de dois anos no mínimo em abstrato em relação à antiga Lei) e relativos avanços em relação ao portador de drogas para consumo próprio, além de reconhecer alguns direitos e estabelecer uma *nova* (no Brasil) política de redução de danos.

O Regulamento da Lei de Drogas foi dado pelo Decreto n. 5.912/06²¹, que cita as finalidades do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas – SISNAD, bem como seu organograma, que inclui o Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, órgão superior e normativo vinculado ao Ministério da Justiça; a Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, secretaria-executiva do colegiado; os órgãos e entidades públicos, além de organizações, instituições e entidades da sociedade civil que atuem com usuários e dependentes de drogas.

No Projeto de Lei, foram vetados, por inconstitucionalidade, os artigos 6º e 8º a 15º, que obrigavam os Estados a criarem órgãos voltados ao funcionamento do SISNAD e, por conseguinte, violavam o princípio federativo, constitucionalmente consagrado (CF/88, artigo 1º, *caput*).

O artigo 71, por sua vez, foi vetado por violar os artigos 96, II, d, e 125, § 1º, da CF/88, ao estabelecer na organização judiciária (matéria exclusiva do Poder Judiciário), além de, em sua essência, contradizer os princípios da própria Lei, ao centralizar, já no Judiciário, a apuração de infrações ligadas ao porte de drogas para uso pessoal e o tráfico²².

As disposições preliminares do texto legal se iniciam a instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, que é o amparo político e fundamento legal para trazer à legislação ordinária brasileira os fundamentos estabelecidos pelas três Convenções Internacionais sobre drogas: Convenção Única Sobre Entorpecentes (1961),

²⁰ BOITEUX, Luciana. *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*.

²¹ Decreto n. 5.912/06, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm

²² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de Drogas Comentada*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.

Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988).

A Lei de Drogas brasileira *declara*, já em seu artigo 1º, quanto ao usuário, a louvável pretensão de redução de riscos, com políticas de prevenção ao uso de drogas, eliminação da pena de prisão e reinserção social. Em relação ao traficante, é prevista a repressão, com diferenciação entre o varejista e o financiador, e o confisco de bens, nos moldes da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.

Diversamente do esperado, a quase totalidade da Lei de Drogas (principalmente o aplicado, na prática, pelas agências de criminalização secundária) não se adéqua aos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil, tampouco a determinados dispositivos constitucionais – cabe ressaltar que outros artigos da CF/88, de forma contraditória e deplorável, guiados pelo proibicionismo da Convenção de Viena de 1988, estabelecem medidas que não se enquadram ao princípio da proporcionalidade.

É inconcebível que um instrumento internacional, que estabelece regras de controle penal, sobreponha-se a todo um preestabelecido sistema de garantias fundamentais fundado pelos próprios países-membros das Nações Unidas e consagrado, há décadas, nas Constituições internas. De fato, a própria Lei n. 11.343/06 não foge aos princípios que garantem os consagrados interesses individuais e coletivos: a prevenção ao uso e a repressão ao tráfico recebem relevante amparo principiológico, descrito no seu artigo 4º.

No entanto, na prática, ao arrepio das garantias prescritas por Ferrajoli – principalmente no tocante à existência/aplicabilidade/eficácia das normas, o que se percebe é a aplicação dos dispositivos incriminadores da Lei de Drogas como único norte das agências de criminalização de segundo grau, da mesma forma com o que ocorre com a Lei de Execução Penal nas agências de terceiro grau.

O fenômeno carrega um ranço antigo, de aplicação da literalidade da lei, que vem aos poucos sofrendo um processo de modificação e deve, em um tempo relativamente breve, ser superado. Nesse contexto, todo o esforço em fazer valer os mandamentos constitucionais – que, por sua vez, trazem consigo os preceitos previamente estabelecidos nos tratados internacionais de direitos humanos – e otimizar, no mundo dos fatos, seus princípios, faz-se necessário para que se prevaleça a normatividade do constituinte frente às eventuais resistências do *status quo* (BARROSO, 2010, p. 263).

Entre os princípios abordados no artigo 4^a da Lei de Drogas, o que prega o *respeito aos valores fundamentais da pessoa humana*, referente à sua *autonomia* e à sua *liberdade*, demonstra a intenção do legislador de alterar o histórico tratamento concedido ao usuário, deixando de tratá-lo como doente (GOMES, 2014, p. 43). Fora isso, tais expressões soam como uma utopia. Citar *autonomia* e *liberdade* na Lei de Drogas brasileira, de fato, deslegitima a própria política de prevenção ao uso adotado pela lei. Em verdade, não há nada na Lei de Drogas que conceda autonomia ou liberdade. Tais expressões seriam compreensíveis caso o Estado concedesse o livre-arbítrio ao usuário e regulasse o consumo das drogas.

No tocante ao *respeito à diversidade e às especificidades populacionais* e à *promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados*, percebe-se a ramificação do princípio anterior, com a aplicação voltada à coletividade, e não mais apenas ao individual.

Os incisos que citam a *promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do SISNAD* e a *promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do SISNAD* são de suma importância para o fortalecimento e amadurecimento das discussões acerca do tema. Amparadas por estes princípios, possibilitaram-se as atuais discussões brasileiras que colocam em pauta a urgente legalização da maconha para uso medicinal, bem como as novas propostas de políticas a serem adotadas em relação ao uso recreativo da droga.

O *reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito* é um importante mergulho à realidade vivenciada no submundo criado pelo proibicionismo. Apesar de tal inciso legar sua existência à própria opção do legislador, de não regular a produção, distribuição e o comércio de drogas, é importante ressaltar a realidade que se cristaliza cotidianamente: o *mundo da droga*, enquanto produto de política repressiva e de controle penal, tem como engrenagem as mais baixas camadas econômicas da sociedade. Os selecionados do sistema, entre os usuários e os traficantes, têm estereótipos predefinidos. A consequência de tal fato é que, grosso modo, não raro o usuário de hoje é o traficante de amanhã, ou vice-versa. A sensibilidade que permitiu tal constatação pode ser considerada importante avanço alcançado pela lei.

A integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito corresponde à conduta dos Estados em atenderem às determinações firmadas nas Convenções internacionais. Não obstante o alinhamento da legislação brasileira com a política adotada pelos países subscreventes das Convenções sobre drogas, há de se adotar, segundo este princípio, posições relativas à realidade local de cada nação. A integração, conforme proposto pelo princípio, evita a intervenção padronizada das agências centrais, que “torna a diversidade refém de respostas absolutas para situações marcadas pela diferença, impedindo intervenções pautadas no respeito à autonomia cultural e à liberdade individual”²³.

De forma semelhante ao princípio supracitado, o inciso VIII do artigo 4º da Lei n. 11.343/06 sugere a *articulação entre órgãos do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Poder Legislativo* de forma a otimizar as atividades do SISNAD. Dessa forma, campanhas publicitárias, entre outras formas de abordagem ao tema, quando organizadas de igual forma entre diferentes instituições, podem dar resultados mais abrangentes.

A adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas encara os envolvidos na questão *drogas* dentro de sua individualidade, mas inseridos num contexto externo inerente ao tema. A abordagem transdisciplinar possibilita que se dê aos fatos concretos a diretriz predeterminada pela lei, no que se refere ao usuário de droga, ao empresário da droga e à própria droga.

A observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social pode ser considerado importante passo no sentido de adequação à realidade social. A repressão, por si só, pouco acrescentou em relação ao que declarava como objetivo; as drogas permanecem, bem como seu uso e distribuição, ainda que ilegalmente. Ao usuário cabe, portanto, a redução de danos. O que busca o SISNAD, por conseguinte, é este equilíbrio de atos praticados pelo Estado no sentido de satisfazer à demanda estabelecida nas Convenções e na Lei de Drogas.

²³ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2006, p. 235.

A observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD dá azo ao Decreto n. 5.912/06, que em seu artigo 4º estabelece as competências do Conselho.

O artigo 5º da Lei em comento, por sua vez, assere os objetivos do Sistema, que já recebem menção genérica em dispositivos anteriores. Consta como primeiro objetivo a prevenção. A forma de se prevenir é através da inclusão social, que, segundo a Lei, torna o sujeito menos *vulnerável* à entrada no mundo das drogas, no que se inclui o uso de substâncias ilícitas e participação no tráfico. Tais medidas são estabelecidas a partir de estudos que apontam fatores de risco, responsáveis por levarem cidadãos – em função de sua individualidade ou meios externos – às drogas.

A promoção da construção e socialização do conhecimento sobre drogas, segundo objetivo do SISNAD, é de suma importância para se definir a meta a ser traçada pelo Estado, além de se verificar a eficácia das ações realizadas e a extensão dos resultados (GOMES, 2014, p. 55).

Outro objetivo do SISNAD é *promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios. Ações otimizadas para um mesmo fim, provenientes do Executivo, tais quais as supramencionadas campanhas publicitárias, são importantes para um maior alcance do que propõe o sistema.*

Por fim, o Sistema tem como meta *assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o artigo 3º da Lei de Drogas.*

Os princípios e objetivos do SISNAD, objeto principal do Título II da Lei n. 11.343/06, são a prova de que a Lei de Drogas, por si só, não apresenta unicamente o caráter repressivo tal qual vivenciado no dia-a-dia pelos alvos do sistema. Pelo contrário: entre o rol de princípios e objetivos do Sistema Nacional de Drogas busca-se muito além disso, mas uma verdadeira política preventiva e de redução de riscos.

A partir do Título III, a Lei funciona analogamente a uma *escada de níveis de atuação do Estado*. O *primeiro degrau*, de atuação leve do Estado, volta-se à prevenção do uso de drogas. Nesse ponto, o Estado propõe-se a reduzir a vulnerabilidade e aumentar a proteção ao cidadão para evitar que o mesmo se aproxime das drogas ilícitas. A “prevenção

primária” (GOMES, 2014, p. 62) carrega também uma série de princípios, previstos no artigo 19 da Lei.

O *segundo degrau*, de atuação moderada do Estado, visa aos usuários ou dependentes de drogas ilícitas, no ensejo de reinseri-los à sociedade. Os artigos 20 a 26 da Lei de Drogas buscam meios de melhorar a qualidade de vida e reduzir os riscos e os danos advindos do uso de drogas.

No *terceiro grau*, a partir do capítulo *Dos Crimes e das Penas*, o Estado passa a ter atuação mais aguda. Este capítulo aborda a figura do usuário de drogas sob o prisma *criminal*. Cabe ressaltar, como já mencionado, a mudança da postura do legislador para com este sujeito. O modelo *tolerância zero*, de moldes norte-americanos (GOMES, 2014, p. 111), importava para o Brasil uma política de encarceramento, hoje não mais defendida pela Lei de Drogas. O modelo da *redução de danos*, adotado na Europa, é a atual tendência mundial, de forma a encarar os dependentes como um problema de saúde pública e privada e, em relação a estes, preconizar, gradualmente, drogas mais leves para substituir as mais pesadas (GOMES, 2014, p. 113).

Em relação à vigente Lei de Drogas brasileira, existem sérias divergências acerca da posição tomada em relação à figura do usuário. Em concreto, tem-se que o portador de droga para uso pessoal é tutelado pelo Capítulo 3 do Título III da Lei, que versa sobre *Crimes e Penas*. Dá-se a entender, portanto, que o porte de droga para uso pessoal seria crime.

O artigo 1º da do Decreto-Lei n. 3.914/41, a Lei de Introdução ao Código Penal, todavia, estabelece que crime é “a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa²⁴”.

O tipo legal do artigo 28, todavia, estabelece penas diversas da reclusão/detenção. Qual a política criminal adotada, portanto, ao portador de droga para consumo pessoal?

Luiz Flávio Gomes entende que a posse de droga para consumo pessoal pode ser classificada como uma infração penal *sui generis*. Não caracteriza um crime – a conduta foi, de fato, formalmente descriminalizada –, porém, ao mesmo tempo, não se pode afirmar a legalização do porte (GOMES, 2014, p. 118).

²⁴ Decreto-Lei n 3.914/41, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm

O STF, por sua vez, até o presente momento, considera o artigo 28 como crime²⁵. Em dezembro de 2011, todavia, o Tribunal admitiu a existência de repercussão geral sobre a controvérsia relacionada com a posse de drogas para uso pessoal (GOMES, 2014, p. 131).

Não obstante esta atual e importante discussão, cabem alguns registros: o estabelecimento de uma das penas do artigo 28 em caso de transação penal, retira-lhes o caráter “penal”, livrando o usuário da alcunha de criminoso. Em caso da imposição da sanção em sentença final do magistrado, entretanto, a pena fica com o caráter “penal” e gera antecedentes criminais e reincidência.

Na Argentina, a descriminalização deu-se sob o argumento da ausência de ofensividade na conduta do agente. Cabe frisar que o princípio da ofensividade (lesividade) está explicitado no artigo 19 da Constituição Argentina (GOMES, 2014, p. 132). No México, o porte para uso pessoal está legislativamente autorizado, desde que não exceda as quantidades predeterminadas. No Uruguai, a Lei n. 19.172/14 regula a produção, a distribuição e o comércio da maconha do país, numa postura inédita e inovadora liderada pelo presidente José Mujica. Na Colômbia, a Corte Suprema, em 2009, reiterou o posicionamento a partir do qual o a criminalização do porte de droga para uso pessoal é inconstitucional. O Peru e a Costa Rica descriminalizaram a posse para uso próprio há mais tempo que os vizinhos latino-americanos (GOMES, 2014, p. 133).

O *topo da escada*, que representa o ápice da atuação estatal em relação ao tema, vislumbra-se a partir do Título IV da Lei de Drogas, momento em que o legislador traça as medidas repressivas em relação às drogas, exatamente nos moldes estabelecidos pelas Convenções internacionais acerca do tema.

O modelo de combate ao tráfico, desde o varejista até o financiador, permanece como escolha política da ONU, norteadora das leis internas de praticamente todas as nações do planeta. O texto legal da Lei n. 11.343/06, vigente no Brasil, segue a política internacional voltada ao tema que, por si só, é violadora de garantias fundamentais. Evidente que, diante deste quadro, nossa Lei de Drogas também fere princípios consagrados constitucional e internacionalmente. A seguir, citam-se algumas destas violações (as mais notáveis), que terminam por atingir direitos fundamentais estabelecidos e atentar contra a própria ideia de Estado Democrático de Direito.

²⁵ STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.02.2007.

1.4.1 Princípio da legalidade

A *reserva legal* (CF/88, art. 5º, XXXIX), encarada como ramificação do princípio da legalidade, assevera a segurança do cidadão ante a possíveis atentados contra sua liberdade individual.

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei²⁶.

A Lei n. 11.343/06 apresenta, em sua quase totalidade, artigos que fazem referência ao termo *drogas*. O primeiro dispositivo do texto, contido no título I, *Disposições preliminares*, apresenta uma norma explicativa, já com a expressão *drogas* isenta de definição:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.²⁷

O artigo que aborda o tratamento legal ao usuário, culminando-lhe *pena*, tem natureza incriminadora e, da mesma forma, carece de definição necessária ao termo:

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

[...]

§ 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.

²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda, 1996. p. 67.

²⁷ Lei n. 11.343/06, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm

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

[...]

O principal artigo da lei a dar tratamento jurídico ao traficante, da mesma forma, não se define por si só, ao inserir o termo *drogas*, legando sua interpretação a outro texto que, todavia, expedido por órgão do Poder Executivo, não tem força de lei.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012).²⁸

²⁸ Idem.

Com a mesma falha técnica, o Decreto n. 5.912/06, que regulamenta a Lei de Drogas, institui o SINAD, bem como os Conselhos que o compõem, além de, como de praxe, dar novas providências. Não há, todavia, em nenhum dos textos legislativos, menção à definição e especificação do termo *drogas*, tampouco indicação da seleção arbitrária das drogas selecionadas como ilícitas.

À primeira vista, nada de anormal; não há quem não conheça a seleção que elegeu as substâncias ilegais. Contudo, em momento algum o texto da lei apresenta o que são e, principalmente, quais são essas drogas combatidas.

Os dispositivos contidos na lei, não obstante as louváveis funções declaradas (ANDRADE, 1997, p. 292) do legislador, caracterizam-se como incompletos, ambíguos, por não definirem, em completude, o tipo, e por não descreverem e tampouco selecionarem o que são drogas. As normas penais do texto da Lei n. 11.343/06, portanto, apresentam-se em *branco*.

Para que tenha aplicabilidade no mundo dos fatos, portanto, a lei precisa de complementação. A complementação existe e, como já mencionado, é dada por órgão do Poder Executivo: a portaria n. 344/98, da ANVISA²⁹, é a responsável por selecionar as drogas proibidas no Brasil e, implicitamente, inseri-las no rol de substâncias combatidas pela Lei de Drogas.

No entanto, as disposições constitucionais que estabelecem o princípio da legalidade atrelam-se à própria essência do Estado de direito, especialmente ligadas aos princípios democráticos e da separação de poderes: de um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em uma lei. De outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática (MENDES E BRANCO, 2012, p. 545, APUD DIAS, 2004, p. 289).

Na prática, o Ministério da Saúde, órgão administrativo do Poder Executivo federal, todavia, é quem define, através de uma portaria, quais são as drogas selecionadas como ilícitas e, por fatal consequência, quem compõe a grande massa carcerária do sistema prisional brasileiro. Tal fato resulta claramente inconstitucional, uma vez que o art. 22, I, em complemento com o art. 48, da CF/88, concede exclusivamente ao Congresso Nacional o poder de legislar sobre matéria penal. O fato de uma portaria de uma agência nacional –

²⁹ Ministério da Saúde, disponível em www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf

amparada por uma *relativização* do princípio da reserva legal – complementar a norma penal em branco urge como irreparável inconstitucionalidade. Tal fato retira do Legislativo a responsabilidade de sua decisão política em relação a tema tão controverso.

Não resta dúvida, no direito brasileiro, de que toda atividade do Estado se sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição (SILVA, 2007, p. 420).

Não houve processo legislativo para definir quais drogas seriam englobadas pela lei repressora. Por motivos abordados anteriormente, o que houve foi clara afronta à CF/88 quando um órgão administrativo, sem competência legislativa, definiu, por portaria, as substâncias tidas como ilícitas.

A lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal e, além disso, abriu as portas para a analogia e para a aplicação retroativa, motivos suficientes para considerá-la inconstitucional. Se se acrescentar a isso o fato de que ela representa hoje uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do poder legislativo e que rompe a cláusula da *ultima ratio*, parece não haver muita coisa que discutir a seu respeito. O argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua inconstitucionalidade, ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal: não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva; por outro lado, essa é precisamente a irrenunciável função constitucional do legislador. As únicas leis penais em branco cuja constitucionalidade é tolerável são as chamadas *impróprias*, ou seja, as que remetem a outra norma emanada da mesma fonte (*complementação homóloga*) [...] ³⁰

Arremata o criminólogo Zaffaroni, portanto, que o legislador, ao abster-se de definir as substâncias criminalizadas, esquivava-se de sua função como representante direto do povo e, exatamente da mesma forma que outras agências de criminalização, *lava as mãos* e transfere a responsabilidade das consequências de sua (ausência de) decisão política.

1.4.2 A injustificável mitigação do princípio da isonomia na Lei n. 11.343/06

Os supramencionados artigos 28 e 33, que dispõem do tratamento jurídico dado a usuários e traficantes, lhes concedem graves restrições – pelo simples fato de inseri-los em rol enquadrado pela matéria penal – além de culminar-lhes pena (ressalvada a discussão acerca

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 206.

do caso do art. 28) que, tratando-se do sujeito que *importa, exporta, remete, prepara, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, tem em depósito, transporta, traz consigo, guarda, prescreve, ministra, entrega a consumo ou fornece drogas*, possui um dos maiores mínimos em abstrato de toda a legislação penal brasileira.

Por ramificação da afronta ao princípio da legalidade, de igual sorte, as normas penais em branco – que não definem as drogas a serem combatidas, repassando tal função ao Executivo federal, que o faz através de órgãos administrativos – da Lei de Drogas terminam por violar, indiretamente, o princípio da isonomia, ao permitirem que os produtores, comerciantes e consumidores das drogas tidas como lícitas estejam isentos de enquadramento legal.

Se a lei penal, de regular processo legislativo, não define o que são drogas, tampouco pode aferir quais comerciantes serão criminalizados. Em função de abster-se da definição das drogas ilícitas, o legislador deixa de apontar qual tipo de comércio sofrerá repressão.

A situação piora quando da análise do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 11.343/06:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Não obstante a transferência da responsabilidade de apontar as substâncias criminalizadas para o Executivo, a Lei de Drogas ainda predetermina e ilustra a ideia do que será combatido. Uma vez que não há, como já reiterado, a listagem de drogas proibidas na lei, resta à básica hermenêutica encarar tais substâncias como *produtos capazes de causar dependência*. Nesta ótica, produtos como o café, o chocolate e outros que causam, comprovadamente, mais dependência do que a maconha, por exemplo, poderiam ser criminalizados, mas não se incluem na lista da ANVISA.

O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem

tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça³¹.

A Lei de Drogas apresenta claro tratamento desigual a situações iguais. A título de reflexão: uma cervejaria e uma boca de fumo possuem o mesmo fim, distribuir drogas – a afirmação vale-se do fato de que a Lei *não define* as drogas! No entanto, o tratamento jurídico dado às situações, que são idênticas, é distinto. O vendedor de maconha é enquadrado, o empresário da cervejaria, não.

Na mesma linha de raciocínio age o magistrado. Ao prender o traficante de maconha, cocaína e crack, trata desigualmente os distribuidores de drogas. Não se vê mandados de prisão a serem executados em fábricas de cervejas e destilados – com lastro na Lei n. 11.343/11 –, todavia, as ações policiais e cumprimentos de mandados de prisão são recorrentes em bocas de fumo. Na primeira situação de distribuição de drogas o legislador e o magistrado não interferem. Na segunda situação, praticamente idêntica juridicamente, há aplicação da lei penal.

A Constituição Federal de 1888 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas

[...]

O princípio da igualdade consagrado pela constituição se opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social

[...]

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 218.

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – *limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular*. O *legislador*, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal³².

O desenrolar deste trabalho demonstrará a clara posição, acerca desse excerto, de que o ideal não seria a aplicação da lei de forma igualitária a produtores, distribuidores e consumidores de drogas, mas sim a *não aplicação*³³.

1.4.3 A Lei de Drogas e o princípio da lesividade

O princípio da lesividade/ofensividade impede que sejam penalizadas condutas que não afetem concretamente ou não coloquem em perigo bens tutelados pelo direito³⁴, tampouco ideias e convicções ou ações que não ultrapassem o limite do próprio autor. Determinados artigos da Lei de Drogas, no entanto, encaram a lesividade de seu conteúdo por presunção, retirando hipóteses de valoração, nos casos concretos, dos atos tipificados. Essa generalização impede a necessária aplicação do princípio.

A questão sobre a qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas, também, para a Ciência do Direito Penal. Há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta. A crítica veemente a um governo, a prática de convicções religiosas forâneas ou um comportamento privado que se afaste da norma civil serão circunstâncias incômodas para uma autoridade que põe especial interesse em cidadãos obedientes, conformistas e facilmente dirigíveis³⁵.

Esse excerto, em hialina contextualização histórica, ressalta implicitamente o caráter da conveniência quando da criação de tipos penais voltados a outros fins que não a proteção de bens tutelados juridicamente. Tal prática deve ser emergencialmente vedada, sob pena de risco de incorrer em consequências ainda mais graves do que uma penalização injusta, e esta

³² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001, p. 62-63.

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009, p. 37.

³⁴ Acerca do termo “bem jurídico tutelado”, bem como das implicações de seu uso: ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA E SLOKAR, 2011, p. 227.

³⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

afirmação tem respaldo nos usos do direito penal para legitimar ações de cunho político, religioso, moral etc.

A história – também –, inclusive, a atual – conhece muitos exemplos de uma justiça penal que busca a repressão de um comportamento semelhante. Entretanto, de acordo com o estandar alcançado por nossa civilização ocidental – e minhas apreciações se moverão somente neste marco –, a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador.

[...]

A ciência do Direito Penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico. A ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções ideológicas do mundo ou simples sentimentos. O projeto alternativo alemão do ocidente de 1966, do qual fui coautor, e que pretendia opor-se ao projeto do governo de então com uma política criminal alternativa moderna rezava, programaticamente, no artigo 2º, § 1º: “As penas e as medidas de segurança servem para proteção de bens jurídicos e à reinserção do autor na comunidade jurídica”³⁶.

Para além da proteção voltada exclusivamente a bens juridicamente tutelados, o princípio da ofensividade amplia seu leque para lesões tão rasas a ponto de tornarem-se irrisórias, mesmo que voltadas a bens tutelados pelo direito.

No mundo dos fatos, tais lesões sequer chegam a violar direitos de terceiros. Esta abordagem da ausência de lesividade, sob o prisma quantitativo, é também abarcada pelo “princípio da insignificância” que, no caso da aplicação da Lei de Drogas, encontra ecos na jurisprudência que trata o porte de drogas para consumo próprio, em determinados casos, como “crime de bagatela”. Muito além de classificar o crime com tal expressão, o intérprete, ao assumir esta posição, aplica a *insignificância* à conduta, que a vincula à ausência de lesividade, determinando, por derradeiro, a inaplicabilidade do artigo 28 da Lei n. 11.343/06 e entendendo-o inconstitucional por violação ao princípio em comento.

O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal. Em outras palavras, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico.³⁷

³⁶ ROXIN, Claus, op cit., p. 11.

³⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Editora Conceito Editorial, 2012, p. 26.

A própria doutrina, portanto, apresenta a diferença no objeto de aplicação do princípio da ofensividade, ora voltado: *a) à (des)necessidade da tutela jurídica de determinados bens*, ora *b) ao tamanho da ofensividade que, em determinadas situações, torna a lesão praticamente nula e caracteriza a conduta ensejadora da microlesão como desalojada do campo de aplicação do direito penal.*

Assim, do ponto de vista qualitativo (natureza do bem jurídico lesionado), o princípio da lesividade impede criminalização primária ou secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, garantidas pela Constituição da República acima de qualquer restrição da legislação penal. Essas liberdades constitucionais individuais devem ser objeto da maior garantia positiva como critério de criminalização e, inversamente, da menor limitação negativa como objeto de criminalização por parte do Estado.

Do ponto de vista quantitativo (extensão da lesão do bem jurídico), o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos. Nessa medida, o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc., não constituem crime³⁸.

Outro registro merecedor de destaque é que, sob pena de restrição da liberdade individual e, por conseguinte, da própria ideia de democracia, é vedada ao Estado a restrição de bens jurídicos pertencentes ao próprio autor da conduta que, a simples dizeres, tem o direito de a/contra si (unicamente) fazer o que bem entender.

Os atos preparatórios para o cometimento de um crime cuja execução, entretanto, não é iniciada, não são punidos. Da mesma forma, o simples conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de um crime não será punido, se a sua execução não for iniciada. Temos aí aplicações dessa função do princípio da lesividade, que também comparece como fundamento parcial da impunibilidade do chamado crime impossível. O mesmo fundamento veda a possibilidade da autolesão, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente em bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor; como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas³⁹.

Não obstante os pacíficos e consagrados pilares doutrinários que apontam no sentido de se considerar a importância do aludido princípio, a Lei de Drogas, forçosamente, atribui ao artigo 28 da Lei n. 11.343/06, que aborda o portador de drogas para consumo pessoal, a

³⁸ Idem.

³⁹ BATISTA, Nilo, op cit., p. 92.

conotação de lesão à saúde pública, em clara imposição de justificativas ao injustificável e cotejo à arbitrariedade. Resta evidente, com este dispositivo, que o texto legal ultrapassa a esfera jurídica, em típico caso de ofensa ao princípio ora discutido.

O estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente. Por essa razão, o estado paternalista é imoral. Em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral, possibilitando o mérito de seus cidadãos, que surge quando eles têm disponibilidade da alternativa imoral: tal paradoxo leva à certa afirmação de que o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral. Os textos da Constituição revelam que ela optou por esse modelo de estado e de direito.

[...]

As penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia ética que o estado deve garantir, mas sim sobre condutas que a afetem. De acordo com essa opção pelo estado moral (e o conseqüente rechaço do estado paternalista imoral), não pode haver delito que não reconheça, como suporte fático, um conflito que afete bens jurídicos alheios, entendidos como os elementos de que outrem necessita para a respectiva autorrealização (ser aquilo que escolheu ser, de acordo com sua consciência)⁴⁰.

Esclareça-se, portanto, que a principal interligação do Estado com a moral advém justamente da contradição de este permitir uma conduta imoral (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 225), proveniente da esfera privada dos cidadãos, desde que não atinja bens protegidos juridicamente ou que, em caso de lesão, seja esta de natureza ínfima. É, portanto, vedado ao Estado, em ligeira leitura do art. 5º, IV, VI, VIII, IX e X (CF/88), criminalizar condutas por mera conveniência.

Em uma democracia, o Estado não pode tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los. Ninguém pode ser coagido a ser protegido contra sua própria vontade. Intervenções do Estado supostamente dirigidas à proteção de um direito contra a vontade de um indivíduo que é seu titular contrariam a própria ideia de democracia, pois excluem a capacidade de escolha na qual esta ideia se baseia. Quando não traz um risco concreto, direto e imediato para terceiros – como é o caso da posse para uso pessoal de drogas ilícitas –, ou quando o responsável pela conduta age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico – como acontece na venda de drogas ilícitas para um adulto que quer comprá-las – o Estado não está autorizado a intervir⁴¹.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, op cit., p. 225-226.

⁴¹ KARAM, Maria Lucia. Palestra na abertura do Seminário “Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização”, promovido por Law Enforcement Against Prohibition – Agentes da Lei Contra a Proibição (LEAP BRASIL), em conjunto com o Fórum Permanente de Direitos Humanos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), o Fórum Permanente de Especialização e Atualização nas Áreas do Direito

1.4.4 A Lei n. 11.343 e a manifesta desproporcionalidade de seus dispositivos

O princípio da proporcionalidade, consagrado já no século XVIII na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (art. 12) e implícito na CF/88 (BONAVIDES, 2002, p. 395), contempla toda a legislação infraconstitucional brasileira.

O princípio da proporcionalidade se apresenta como um princípio geral do direito que proíbe que o indivíduo sofra ônus desnecessários quando se comporte de forma inadequada em face da norma jurídica. Devem ser considerados dois pressupostos: o da necessidade (de natureza técnico-instrumental) e o da adequação (normativo). É um princípio que se destaca por “proibir o excesso” da intervenção do Estado sobre o cidadão sendo, portanto, guardião da liberdade. Sua fundamentação está relacionada com sua natureza vinculante. Em algumas ordens jurídicas, como a alemã, o princípio da proporcionalidade deriva diretamente do Estado de Direito, pois nenhum cidadão deve ser onerado além do necessário quando descumprir um preceito jurídico. Considera-se, assim, que, no direito brasileiro, a partir da CF/88, passa-se a admitir o controle da proporcionalidade das leis por força do artigo 5º, LIV, ampliando-se o espectro da proteção aos direitos fundamentais e o campo de atuação do legislador. Tal princípio, no entanto, deve ser utilizado de forma moderada, com vistas a atender aos objetivos do Estado Democrático de Direito, respeitados os limites entre as competências legislativas e a discricionariedade judicial, sob pena de não se assegurar verdadeiramente uma ordem jurídica democrática⁴².

Uma rápida análise do Título IV (*Da repressão à Produção não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas*) da Lei n. 11.343/06 mostra-nos a latente desproporcionalidade quando da cominação das penas. Sob o falso prisma de proteção à saúde pública, quem, a título de exemplo, meramente *guarda, gratuitamente*, aparelho destinado à preparação de drogas (art. 34, Lei n. 11.343/06) – ainda que seja para consumo próprio, em razão da omissão do dispositivo –, tem pena mínima em abstrato (reclusão, de 3 a 10 anos) maior do que o condenado por corrupção passiva (CP, art. 317: reclusão, de 2 a 12 anos, e multa).

A lesividade de um crime como a corrupção passiva acarreta efeitos concretos e diretos à administração pública, levando a prejuízo um incontável número de pessoas. O tipo penal do art. 34 da Lei de Drogas, por si só, sequer indica qualquer lesividade a bem jurídico alheio, razão pela qual sua pena é notadamente desproporcional.

e do Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e o Instituto Carioca de Criminologia (ICC) – Rio de Janeiro-RJ – 4 abril 2013. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/textos>

⁴² BOITEUX, Luciana. *Tese de doutorado: O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Faculdade de Direito da USP, 2006.

A criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de lesividade ínfima ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da *suspensão* do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau de lesão que tenha provocado. Temos aí o *princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão*. Com esse princípio, não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta a sua irracionalidade, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou⁴³.

O Art. 35 da Lei n. 11.343/06, por sua vez, tipifica uma *especialização* do tipo penal de formação de quadrilha, voltada especificamente aos crimes previstos na Lei de Drogas, com os seguintes “acréscimos”: diminui o requisito para enquadramento no tipo (menos pessoas) e comina pena mínima em abstrato maior. Tal valoração à quadrilha voltada apenas aos crimes da Lei de Drogas, que torna o tipo penal mais severo, mostra-se, também, claramente desproporcional.

Não é somente interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.

Impossível evitar todas as desordens, no universal combate das paixões humanas. Crescem elas na proporção geométrica da população e do entrelaçamento dos interesses particulares, que não é possível dirigirem geometricamente para a utilidade pública. A exatidão matemática deve ser substituída, na aritmética política, pelo cálculo das probabilidades⁴⁴.

O artigo 36 da Lei de Drogas, numa suposta tentativa do legislador de punir os grandes financiadores do tráfico, alcança o ápice de cominar pena mínima em abstrato maior do que o crime de homicídio, que tutela o maior dos bens jurídicos. Numa leve reflexão, chega-se à conclusão de que o legislador que reproduziu a guerra contra as drogas acaba por conceder mais importância ao crime supramencionado do que ao artigo 121 do Código Penal.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, op cit., p. 230-231.

⁴⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4ª edição traduzida. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 42

Tal esclerose legislativa beira ao absurdo e mitiga cabalmente o princípio da proporcionalidade.

[...] uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos. Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal “desproporcional”⁴⁵.

1.5 Da análise crítica da atual conjuntura à personificação de um *inimigo* contemporâneo no direito penal

Não é novidade entre os penalistas a comparação entre a história das penas e a história dos delitos (FERRAJOLI, 2010, p. 355). Momentos históricos crueis recentíssimos levaram a genocídios praticados por governos legítimos que, por vezes, foram cometidos sem qualquer tipo de amparo legal, terminando por acalorar o debate que tem como principal conclusão a de que o histórico da violência programada e legitimada do Estado, através de seus sistemas de controle penal, é mais cruel do que a própria história dos crimes.

O holocausto não teve base legal sequer na própria legislação nazista, a não ser o vergonhoso *Führerprinzip*. A eliminação dos prisioneiros poloneses pelo stalinismo tampouco a teve. A famosa *Noite das Facas Longas* não foi mais do que o assassinato seletivo de *hostis* judicatos ou dissidentes. As leis penais destes autoritarismos mostravam só a cara visível do sistema penal formal e alguma coisa do sistema penal paralelo, enquanto que, por trás dos panos, funcionava o mais terrível, o subterrâneo, sem lei e sem limites⁴⁶.

Ainda que juridicamente amparada – como ocorre em regra geral –, a violência do sistema de controle penal permanece mais horrenda e sangrenta do que a história dos delitos.

Seria impossível fornecer um inventário, ainda que sumário, das atrocidades no passado concebidas e praticadas sob o nome de “penas”. Pode-se dizer que não tem havido aflição, desde os sofrimentos mais refinados até as violências mais brutais, que não se tenha experimentado como pena no curso da história. Sem voltar à crueldade dos antigos ordenamentos, do Egito à Assíria, da Índia à China, bastará recordar a longa relação das penas capitais – *gladius, securis, crux, furca, culleum*

⁴⁵ ROXIN, Claus, op cit., p. 27.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2007, p. 55.

(*cum cane et gallo et vipera et simia*), *saxum tarpeium*, *crematio*, *bestiis obiectio*, *fames*, *decollatio*, *fustuarium* – previstas e praticadas em Roma; o incremento incontrolado do número das execuções capitais e de suas técnicas de execução – o afogamento, a asfixia na lama, a lapidação, a roda, o desmembramento, a incineração de pessoa viva, a caldeira, a grelha, o empalamento, o enclausuramento, a morte por fome, ferro quente e outras – nos ordenamentos da Alta Idade Média, as fogueiras erguidas para os hereges e as bruxas pela intolerância e pela superstição religiosa; as torturas, as forcas e os suplícios que martirizaram a Europa, principalmente na Idade Moderna até o fim do século XVIII. Parece que a fantasia humana não tem tido limites nem freios para inventar as formas mais ferozes da pena de morte e em aplicá-las inclusive às infrações mais leves: como o furto, o adultério, a fraude, o falso testemunho, a falsificação de moedas, além das inumeráveis formas de heresia, felonias, lesa-majestade, traição e semelhantes⁴⁷.

A política de guerra às drogas segue a mesma lógica de violência consagrada nos sistemas punitivos, ainda que tenha, em seus textos legais, afirmado a prevalência dos direitos humanos garantidos pelas Convenções internacionais.

[...] embora possa se afirmar a assiduidade do extravasamento do poder punitivo em sua tendência à lesão e não à preservação dos direitos e garantias fundamentais, o discurso penal da modernidade, manifestando-se em essência como fala sobre sua falta, inexoravelmente primou pelo respeito às bases liberais do projeto de racionalização da intervenção punitiva. A sublevação ilustrada dos princípios contra o Príncipe, ou seja, da razão de direito à razão de Estado, estabilizou, ao menos no plano retórico e/ou formal, regras do jogo mínimas para aferição de legitimidade à violência estatal monopolizada⁴⁸.

As ações de sistemas criminais são amparadas por teorias não lineares que sustentam juridicamente as escolhas das agências de controle. O positivismo criminológico dos séculos XIX e XX, contrário à escola clássica de Beccaria e Carrara, tratou de buscar na figura do próprio agente a origem da criminalidade e dos delitos.

A ciência à época retirava de estudos realizados em sistemas penitenciários as razões ensejadoras de suas conclusões; utilizava-se da própria clientela penal para declarar as razões etimológicas que legitimavam a dogmática penal estabelecida. A teoria lombrosiana, pautada no determinismo e no naturalismo, como não poderia ser diferente, encontrou a *espécie* que buscava: o *criminoso nato*.

A criminologia crítica consagrou-se por identificar e condenar as diferenças entre as funções *reais* e *declaradas* dos sistemas repressivos. Sob a observação do estabelecimento de um sistema punitivo como um todo, concebido a partir de sua estrutura montada desde o

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi, op cit., p. 29.

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei n. 11.343/06*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

legislador até o mero aplicador da lei nas ruas, como observou Vera Regina Pereira de Andrade (2003), nasceu o *labelling approach*. A criminologia crítica reconheceu o fenômeno e descobriu na seletividade das agências de sistema penal a raiz de sua real função, logicamente *não declarada*.

A seletividade funciona sob três níveis bem definidos. A *criminalização primária* dá-se na identificação, estruturação e valoração do bem jurídico tutelado. A Lei de Drogas brasileira comina penas com mínimo em abstrato maiores do que crimes contra a vida, no que se demonstra – além de clara violação ao princípio da proporcionalidade – quem são os criminosos *alvos* do sistema criminal.

Após esta etapa, o Ministério Público, a polícia e a justiça continuam o trabalho iniciado anteriormente e *etiquetam* os sujeitos a serem lançados aos sistemas penais. O *etiquetamento* é, em verdade, o trabalho mais sutil e malicioso de todo o sistema, pois resta evidente, inclusive para o saber popular, que nem todos os crimes recebem a mesma valoração, tampouco a mesma persecução por instituições como a polícia e o Ministério Público.

Os *crimes de colarinho branco*, neste contexto, apesar de devidamente tipificados no Código Penal, não são alvo de “seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária”⁴⁹ e, isolados das estatísticas oficiais, ensejam a cifra oculta (CARVALHO, 1996, p. 120-121 APUD CASTRO, 1983), que é o resultado dos crimes reais subtraídos pelos crimes cujos autores são selecionados. Tem-se como exemplo uma enorme gama de crimes diariamente praticados contra a administração pública que jamais chegam à apreciação de instituições judiciárias, tampouco serão conduzidos à reação social, conforme lição de Vera Regina Pereira de Andrade (2003). Trata-se de sonegações fiscais, lavagens de dinheiro e esquemas de corrupção que tornariam *de bagatela* todo o crime praticado pelos maiores narcotraficantes do planeta.

Posteriormente à criminalização secundária, a prisão lança eterno estigma ao sujeito – tal qual as marcas medievais feitas nos corpos dos hereges, *inimigos* à época – que, neste estágio de criminalização, já se encontra completamente alheio aos interesses da sociedade. O Estado, através de instituições executivas, procede à criminalização terciária e termina por predispor o criminoso etiquetado a uma carreira criminosa e provavelmente sem saída. A

⁴⁹ PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *A Ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 260.

declarada *ressocialização da pena* é, de fato, o mais inoperante discurso declarado do direito penal.

Declaradamente, aliás, o controle penal visa a proteger bens jurídicos predefinidos e fundados na Constituição, que representam valores tidos como relevantes para a sociedade em determinado recorte de tempo e espaço – respeitados os princípios básicos suscitados pela própria dogmática, tal qual a legalidade, a lesividade, a proporcionalidade, entre outros.

O que se observa historicamente, todavia, a partir dos caracteres dos sistemas criminais, é a proeminência das funções *obscuras* do sistema, com vistas, principalmente, à garantia de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da exploração e da opressão das classes subalternas, de forma a manter o *status quo*; isto desconstrói qualquer discurso jurídico oficial do direito penal e o coloca como peça chave na engrenagem do controle social (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 9). O sistema penal operante, em verdade, leva em conta a *classe* e a *cor* ao tornar certa gama da sociedade mais vulnerável à sua ação.

Neste ponto é que se percebe que o controle criminal destina-se a funcionar como peça de um sistema muito maior (ZAFFARONI, 1991), responsável por buscar a hegemonia e o consenso e, em caso de impossibilidade, *forçar* os que não se integram à ideologia dominante.

Sem dúvida, a política de controle social instituída pelo Direito Penal e implementada pelo Sistema de Justiça Criminal inclui o conjunto do ordenamento jurídico e político do Estado, além de outras instituições da sociedade civil, como a empresa, a família, a escola, a imprensa, a Igreja, os partidos políticos, os sindicatos, os meios de comunicação etc. As formas jurídicas e políticas do Estado e as organizações da sociedade civil convergem na tarefa de instituir e reproduzir uma determinada formação econômico-social histórica, em que os homens se relacionam como integrantes de classes ou de categorias sociais estruturais da sociedade. O Direito Penal e o Sistema de Justiça Criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômico e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo⁵⁰.

As instituições em geral, portanto, trabalham através de um conjunto de órgãos – no qual o sistema penal, com suas agências, representa apenas um segmento – com a tendenciosa característica que visa à seleção e à marginalização, originando o fenômeno que se ocupa de

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2000, p. 209.

estabelecer o *controle social*. O poder de vigilância disciplinar, no centro das favelas brasileiras, restringe o vai-e-vem de territórios em que se encontram *classes perigosas*, de forma a restringir áreas de lazer, reuniões e festas comunitárias (D'ELIA FILHO, 2007, p. 30-31), o que de forma alguma ocorre em regiões de classes sociais mais consideradas nos centros das cidades.

Tal disparidade deve ser sempre objeto de crítica institucional, porque é a única maneira de controlar a racionalidade do poder, pois, em caso contrário, (se a discussão se mantiver ao mero nível das funções manifestas), o controle seria de pura racionalidade do discurso. O poder estatal com função manifesta não-punitiva e funções latentes punitivas (ou seja, que não exprime discursivamente suas funções reais) é muito mais amplo do que aquele que ostensivamente tem a seu cargo as funções punitivas manifestas. Nos extremos, há de um lado poder estatal desprovido de funções punitivas manifestas ou latentes, como pode ser a administração hospitalar ou escolas, e de outro lado há poder estatal em que ambas as funções são claramente punitivas, como aquele exercido para criminalizar o autor de um homicídio. Mas fora dessas situações claras e extremadas, a maior parte do poder estatal tem funções manifestas não-punitivas e latentes que são ou podem ser punitivas. Nesse enorme espaço de poder observam-se: a) situações em que a função latente punitiva é quase invariável e clara (institucionalização de crianças e adolescentes infratores sob função manifesta de tutela); b) situações mais confusas, porque a função punitiva latente é eventual, dependendo do uso atribuído ao exercício desse poder em cada caso (qualquer privação de liberdade anterior à sentença pode ter por objeto evitar a continuidade da lesão ou impedir um conflito maior, mas ela também pode ser utilizada como pena antecipada)⁵¹.

A dogmática penal atribui ao sistema criminal a exclusividade do direito de punir, no que se configura uma fraude. Num Estado Democrático de Direito, legítimo e juridicamente amparado a punir, de fato, existe apenas o Estado. O que se descobre na realidade não se coaduna com a teoria legal.

Ademais, a ideia de periculosidade, uma atribuição estranha à dogmática penal, ultrapassa a esfera da conduta dos indivíduos e se coaduna perfeitamente com a ideia de controle social. As práticas extrapenais contradizem a *programação* do sistema penal quando se mostram os resultados de sua *operacionalização*⁵²: o sistema penal não atinge sua legitimidade social.

O controle dos indivíduos, essa espécie de controle social punitivo dos indivíduos ao nível de suas virtualidades não pode ser efetuado pela própria justiça, mas por uma série de outros poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia e toda uma rede de instituições de vigilância e correção – a polícia para a vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas e pedagógicas para a correção.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op cit., p. 88.

⁵² PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, op cit., p. 181.

É assim que, no século XIX, desenvolve-se em torno da instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos ao nível da sua periculosidade, uma gigantesca série de instituições que vão enquadrar os indivíduos ao longo da sua existência; instituições pedagógicas como as escolas psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a polícia etc.⁵³

Dessa forma, o sistema penal, por conseguinte, *lava as mãos*: o *trabalho sujo* já foi realizado quando da criminalização primária e o *filtro* exercido por todas as agências de controle social encontra-se em pleno funcionamento.

Não há dúvida de que, não obstante a realidade que demonstra as funções *latentes* do sistema, o discurso humanitário-racionalizador (CARVALHO, 2014, p. 123) serve, ao menos, de denúncia às condutas dos agentes (jurídicos ou administrativos) que comandam a dinâmica do sistema penal.

Dificuldade maior surge quando as funções *latentes*, maliciosamente implantadas no sistema de forma obscura e não admitida pelos órgãos de controle penal, passam a ser objeto de processo de legitimação por parte do Estado. “A transferência da programação real do direito penal do terror ao nível enunciativo potencializa inominavelmente o incremento da violência na nova realidade que se deseja criar” (CARVALHO, 2014, p. 123). O desejo de discriminar um segmento de pessoas e colocá-lo à margem da sociedade e da própria proteção do direito penal condensa-se do estado de latência para uma realidade admitida inclusive por doutrinadores.

A *nova realidade*, para que seja juridicamente amparada, exige um Estado de exceção apto a albergar os indivíduos não tutelados pelo direito penal *comum*: por certo, o Estado de Direito não aceitaria este tipo de utilitarismo. Estes indivíduos, que receberão tratamento *especial*, são os *inimigos*. As *não-pessoas* (ZAFFARONI, 2007, p. 18), recebem o rótulo da *periculosidade* (FOUCAULT, 2001, p. 85) e são, já por nomenclatura, distintas às pessoas.

Explicado o amparo jurídico do Estado de exceção, cuidemos do argumento legitimador. Para além dos infratores esporádicos e comuns, tutelados pelo direito penal, “*quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratar-lo ya*

⁵³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2001, p. 85-86.

*como persona, ya que lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas*⁵⁴”.

Aceita-se que em algumas circunstâncias

[...] na inexistência do mínimo de garantia cognitiva de condutas pessoais estabilizadoras da vigência das normas, seria lícito realizar processo de despersonalização do desviante, no qual a perda da personalidade política (cidadania) deflagraria exclusão dos direitos a ela inerentes. Como o direito penal de garantias seria privilégio exclusivo dos integrantes do pacto social, àqueles que se negam a participar do contrato ou pretendem destruí-lo seria incabível o *status* de pessoa⁵⁵.

Quem, por princípios, age de modo desviado, não pode ser tratado como cidadão (JAKOBS, p. 55) e são estes que legitimam a guerra, pois é um direito dos cidadãos a garantia de sua segurança. A garantia da segurança das pessoas é o enjaulamento (D'ELIA FILHO, p. 118) e controle arbitrário, declaradamente à margem da lei, das *não-pessoas*, das *feras*. As não-pessoas são os *inimigos* do direito penal.

O conceito de inimigo, ocupado ao longo da história por bruxas, hereges e outros *gêneros*, maculados pela aplicação de penas devidamente amparadas juridicamente – inclusive aquelas mais sádicas, que constituem lembrança mais sangrenta que os próprios crimes –, lastreia-se hoje no modelo de direito penal de autor (CARVALHO, 2014, p. 127), e encontra uma lacuna quando de sua designação. Em verdade, o inimigo atual, para além das caracterizações terroristas, originárias do conceito e que permanecem à moda, abarca “a todos aqueles indivíduos cujas atitudes, através de incorporação em organização criminosa ou não, demonstrem possibilidade de reiteração delitiva (periculosidade)⁵⁶”

Nesse contexto, *encaixam-se* uma *gama de figuras*:

[...] en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, em el caso de 'delitos sexuales y otras infracciones penas peligrosas', así como, em general, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos

⁵⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, p. 38.

⁵⁵ CARVALHO, Salo de, op cit., p. 126.

⁵⁶ Idem, p. 127.

de modo decidido, del Derecho, es decir, pero no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro⁵⁷.

As *exceções* tornam-se, dessa forma, deveras numerosas, e das grandes teias das *organizações criminosas* passam a fazer parte também os narcotraficantes. O caracter etiológico acima exposto e, ao redor do mundo, utilizado como exemplo sem pudor algum, resgata traços garofaleanos e mitiga a ideia de Estado Democrático de Direito: isso não mais importa, desde que funcione para *nós*. Neste caso, *apenas para nós*.

Analogamente aos *inimigos*, que se tornam numerosos, o Estado de exceção, previsto constitucionalmente em situações objetivamente definidas, passa a se tornar mais corriqueiro, com vistas a *salvaguardar os cidadãos* de iminentes e perigosos atentados à democracia.

O desenvolvimento atual de sistemas repressivos na intermitência sombria entre democracia e autoritarismo parece explicar a aproximação entre o direito penal do inimigo e a ideia do Estado de exceção permanente. A hipótese ganha relevo ainda maior se atrelada à volatilidade de conceitos como criminalidade organizada e terrorismo. Assim, importantes as lições de Riquert e Palacios quando sustentam que “(...) *el mega concepto 'criminalidad organizada', pilar básico de la justificación a la aplicación de la teoría del derecho penal del enemigo, incluye desembosadamente a la llamada 'lucha contra el terrorismo', 'lucha contra el narcotráfico', y la 'lucha contra el inmigrante ilegal'. Es decir, aquellas luchas, - em teoría – excepcionales por la 'emergencia' o por lo 'anormal' de las mismas por las cuales la 'civilización occidental' busca justificar y legitimar el hecho de dejar de lado sus más preciadas 'conquistas' tales como la universalización de los derechos humanos y los principios de un derecho penal y procesual penal liberal que se basa en el respecto a los derechos humanos*”⁵⁸.

A ideia do narcotraficante identificado como *inimigo*, devidamente amparada pelo direito, segue o *script* do positivismo criminológico estabelecido ao longo do século XX. O direito penal voltado ao autor, ao arrepio dos criminólogos críticos, vige até hoje nas agências responsáveis pela criminalização secundária.

Não há dúvidas quanto à prática da *observação lombrosiana* na abordagem policial de suspeitos por crimes da *Lei de Drogas*. A *abordagem etiológica* é regra e torna comum uma sequência de atos posteriores infralegais, principalmente por parte das forças policiais. Instâncias acima, já no Ministério Público e Tribunais, a estigmatização se acentua. O Poder

⁵⁷ JAKOBS, Günther, op cit., p. 38-40.

⁵⁸ CARVALHO, Salo de, op cit., p. 135.

Judiciário, todavia, considera-se fora do recorte epistemológico estigmatizador; o *etiquetamento* já fora realizado muito antes, bastando aos magistrados punir – afinal, *não lhe cabe outra escolha* – está cumprido seu papel como importante engrenagem do sistema de justiça penal.

A especificidade do traficante, neste contexto, diz respeito à facilidade de sua identificação (seleção), ao contrário do ocorrido com a “criminalidade de massas”⁵⁹.

A resignificação do inimigo, não apenas como metarregra mas alçado a signo oficial de interpretação e aplicação do direito penal, entra em sintonia com o projeto político criminal de beligerância. Nos países periféricos latinos, em face das inconsistências de percepção do fenômeno terrorista, a criminalidade organizada do narcotráfico abre espaço para a recepção do estigma legitimador do direito penal de emergência⁶⁰.

O traficante, empurrado pelo *discurso do medo*, passa a ser (não)pessoa sem limite moral, que ganha a vida com base na desgraça alheia. O discurso moral também ganha força, levado a cabo inclusive pelo Papa Bento XVI (não o referido no título deste trabalho) quando de sua declaração “Deus vai-lhes exigir satisfação” no Jornal *O Globo* de 13/5/2007 (D'ELIA FILHO, 2007, p. 119).

Em verdade, a grande massa de traficantes de drogas no Brasil apresenta perfil social frágil e perfil econômico de risco. Ao contrário do que se explicita nos meios de comunicação, assevera o Delegado da Polícia Civil do Rio de Janeiro Orlando Zaccone D'Elia Filho que a maioria dos traficantes são extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma (D'ELIA FILHO, 2007, p. 11-12).

Os agentes da criminalidade ligada às drogas, perseguida por meios de comunicação e fortemente combatida com aplausos pelas agências de controle, são “aviões”, “olheiros”, “mulas”, “esticas”, “fogueteiros” e outros membros de baixíssimas camadas da estratificação hierárquica das facções criminosas.

Conhecidos traficantes como Elias Maluco, Marcinho VP, Fernandinho Beira-Mar e Nem da Rocinha, por ostentarem condição econômica um pouco superior a outros membros da articulação do tráfico, não passam de bode expiatórios de uma política de estigmatização

⁵⁹CARVALHO, Salo de, op cit., p. 136.

⁶⁰CARVALHO, Salo de, op cit., p. 137.

que legitima genocídios em favelas com fundamento na *defesa da comunidade*, o que se revela uma fraude.

Apesar dos pesares, a demanda segue gerando a oferta de drogas e o que prevalece, de fato, é a forte confiança no direito penal como solucionador da questão ligada às drogas – problema criado exatamente por ele. O aumento na repressão ganha força no discurso midiático que trabalha invariavelmente contra o amadurecimento da democracia no Brasil.

A percepção acrítica da situação (distintamente do século XIX, em que o positivismo criminológico era minuciosamente sustentado cientificamente, apesar da mencionada falha epistemológica), somada à “vontade de punitividade” (CARVALHO, 2014, p. 139), reforça a ideia do autoritarismo, do militarismo, e enseja a atualíssima política criminal de drogas brasileira.

2 DROGAS: UMA ABORDAGEM DESMISTIFICADA SOBRE UM APANHADO HISTÓRICO DE SEUS USOS E A SUA CRIMINALIZAÇÃO

2.1 Entre discursos vazios e a crítica

A questão das drogas é alvo de acalorados debates em todos os meios sociais, pois, se há unanimidade no assunto, é o fato de que qualquer medida tomada em relação ao tema reflete na vida de todos: consumidores ou não consumidores.

A política proibicionista hoje adotada estabelece e divulga as drogas como um mal em si mesmas. O marco inicial de qualquer discussão corriqueira sobre o tema, em qualquer meio em que se funde, não foge desta premissa. Cabe, neste contexto, questionar algumas premissas iniciais, tais quais as razões da demonização de algumas substâncias psicoativas, bem como da conotação pejorativa intrinsecamente voltada às mesmas ou a quem as usa.

A estigmatização do tema chegou a ponto de se ignorar a história das substâncias, seus usos culturais, ritualísticos e religiosos, bem como a consequência de seu uso e a comparação de danos entre substâncias (incluindo-se as lícitas). A discussão sobre drogas, no entanto, para além de um apanhado de informações técnicas a respeito de substâncias individualmente encaradas, tal qual é comumente feito, deve inserir, entre outros temas, a relação histórica dos seres humanos com *fármacos* e com a própria história da medicina.

O cotejo ao tema deve ser, portanto, a) *minimizado*, para que se reconheça a droga (independente do conceito a ela atribuído, que por si só já envolve polêmica) como um mero objeto sem vida, portanto, apto a ser encarado, manipulado e usado pelo ser humano da maneira a qual lhe convier. Não se pode atribuir rótulos e/ou definições terminativas sobre *coisas*, que necessitam de maiores valorações relacionadas à sua imagem, história, sociedade, contexto histórico-político-econômico e que, por si, só nada significam.

Por outro prisma, a questão deve ser por certo b) *maximizada*, no sentido de se adequar as drogas às incontáveis perspectivas históricas às quais é relegada; considerá-la como filo de centenas de gêneros de milhares de espécies espalhadas e encaradas historicamente das mais distintas formas pelas mais diversas civilizações no planeta, não se podendo, portanto, em hipótese alguma, realizar conjecturas generalizadas e simplistas perante o tema.

A milenar utilização de drogas, voltada para incontáveis fins, exige uma análise global, desvinculada de pareceres previamente estipulados. A completa desvinculação do tema com qualquer medida e/ou rotulação a ele atribuída, somada a uma análise aprofundada e imparcial a respeito dos diversos aspectos morais, políticos, religiosos, sociais e econômicos relacionados à matéria, faz-se necessária para uma reflexão que leve a uma elucidação aceitável.

Milhares de anos atrás já há conhecimento de exemplos de usos de substâncias psicoativas. É sabido que antes de Hipócrates não há como distinguir a farmácia – o termo *phármakon* significa remédio e veneno⁶¹ –, umbilicalmente ligada à terapêutica empírica, das práticas mágicas e das crenças religiosas. É predominante, hoje, a ideia de que a medicina científica surgiu posteriormente aos encantamentos e tratamentos ritualísticos. Vale ressaltar, ademais, que tanto as técnicas da primitiva medicina quanto os rituais eram utilizados, inclusive de forma conjunta, no auge do racionalismo grego.

Sin embargo, el examen de los datos etnológicos y culturales ha ido haciendo más y más precaria esta construcción de una pura medicina que se despliega lenta pero autónoma em relación con los ritos y encantamientos. Hacia mediados de siglo dicho empezó a considerarse una 'falacia sanitaria', pues si bien los terapeutas arcaicos pudieron disponer de métodos objetivamente eficaces su fundamento no era racional, sino mágico. En efecto, hasta la medicina más empírica aparece siempre ligada a ensalmos en la Antigüedad, y todavía durante el siglo IV a.C. - en plena expansión del racionalismo griego – Platón hace decir a Sócrates que el *phármakon* devolverá la salud si al usarlo se renuncia el ensalmo oportuno⁶².

Não obstante as substanciais distinções entre os povos antigos acerca de ritualísticas religiosas, observa Escohotado que entre elas havia em comum o temor aos deuses – respeitadas as particularidades de cada cultura –, bem como o desejo de purificação, através de rituais específicos. Lado a lado ao desejo e ao temor, coexistia nos povos a ideia temerosa dos castigos divinos.

Entre as formas de interação entre as divindades e o homem, nesta época, Escohotado identifica duas hipóteses:

A) La tesis del regalo expiatorio constata en el sacrificio el obsequio de una víctima a la deidad. El móvil del acto es congraciarse con ella mediante un trueque más o

⁶¹ RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: uma guerra na guerra*. São Paulo: Editora Negativo, 2003, p. 19.

⁶²ESCOHOTADO, Antonio. *La Historia General de las Drogas*. 7ª edição. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 21-22.

menos simbólico, gracias al cual un individuo o un grupo pueden ofrecer algo a cambio de sí mismos. Lo así ofrecido abarca desde un cabello que el celebrante se arranca de la cabeza (diciendo 'pague él por mi deuda') hasta un animal o una víctima humana. Dentro ya de esta perspectiva hay varias construcciones ulteriores, cuyo examen supondría un desvío excesivo.

B) La tesis del banquete sacramental concibe el sacrificio como un acto de 'participación', que no solo establece un nexo entre lo profano y lo sagrado, sino una unidad más alta entre los miembros de un grupo⁶³.

O primeiro caso mostra-se como um ritual realizado através de um sacrifício, enquanto a segunda hipótese demonstra uma comunhão realizada entre homens. Apesar do ponto em comum entre os dois casos apontar para a crença da aproximação homem/deuses, percebe-se a diferença quando da análise da segunda hipótese, que consagra um ato coletivo pelo qual, para além da ligação com o divino, demonstra-se a *congregação entre os homens*; está divinamente concretizada a *unidade entre os semelhantes de mesma(o) tribo/clã*.

Tal hipótese, conforme descrição do especialista, pode dar-se através de uma planta ou de um animal. A fim de situar a contextualização realizada ao estudo das *drogas*, afirma Escohotado

que el complejo religioso ligado ao modelo B emplea de modo sistemático y muy particular sustancias psicoativas, uso que quizá se remonta a los paleohominidos, durante los cientos de miles de años previos a la revolución agrícola y urbana del Neolítico⁶⁴.

Tal derradeira constatação permite-nos aferir que a política proibicionista, de pouco mais de um século de existência e menos de meio século de engajamento, pode ser considerada *menos que recente*, quiçá *recém-nascida*, a partir de uma perspectiva de análise lapso-temporal, na qual, para reportar-se a rituais de cunho sagrado com uso de substâncias psicoativas, fala-se em *Período Neolítico e Pré-História*.

A ideia da fuga da realidade através das drogas (não diferenciadas, neste momento, as tidas como *lícitas* ou *ilícitas*) é, talvez, a mais antiga ideia que se pode dizer ainda atual. O álcool, a maconha, o ópio, o tabaco e as demais drogas são associadas, pelos seus usuários e pelos cientistas, como meios de abstração, ainda que momentânea, das tensões cotidianas, através de um ritual em que o homem, após drogar-se, em geral, volta à sua realidade sem maiores embargos. Não se deve olvidar das propriedades das substâncias psicoativas que,

⁶³ Idem, p. 22-23.

⁶⁴ Idem, p. 27.

encaradas na sua particularidade, foram desenvolvidas de forma a permitir ressignificações cognitivas e outros relevantes fenômenos explicados pela neurociência.

As relações humanas sempre permitiram isso, desde a Pré-História, como lembra-nos Escotado. As congratulações festivas regadas a substâncias psicoativas, devidamente aceitas no meio social à época, coexistem com a própria espécie humana: difícil, hoje, é negar o fato de que a história das drogas caminha lado a lado com a história da humanidade.

La fiesta es sagrada, siempre que sea breve. Puede considerarse que su función es fortalecer cierto sistema de prohibiciones, proporcionando la válvula de escape para la tensión que son transgresiones periódicas (de acuerdo con la tesis psicoanalítica), o bien que constituye sencillamente un momento donde se suspende la rutina de la existencia. Sea como fuere, los datos antropológicos, los documentos escritos y la experiencia inmediata indican que la fiesta tiende a una renovación del mundo reforzada por el acompañamiento de música, danzas y algún fármaco⁶⁵.

O resgate de Escotado introduz seu ideal a respeito da ideia formada sobre as drogas. Em verdade, sua visão em relação ao tema foge completamente à atual forma com que se o aborda, atualmente, de maneira praticamente unânime e notadamente simplória.

Para além da questão da legalização, é certo que aplaudidas campanhas como *Drogas, nem morto* ou *Crack, nem pensar* soam hoje como óbvias, *esclarecedoramente naturais*: a droga é *naturalmente* mal vista. A existência de (certos tipos de) drogas é umbilicalmente associada a uma série de malefícios.

A difusão negativa, com base no discurso trágico em relação ao tema, serve para amparar uma inviável/impossível/inexistente guerra contra as drogas. Diz-se *inexistente* pois não existe guerra contra drogas, contra *coisas*, senão contra pessoas (Maria Lúcia Karam, 2013). A legitimação do discurso perverso contra as drogas em si mesmas consideradas significa a legitimação da guerra contra as pessoas maliciosamente associadas às drogas maliciosamente e arbitrariamente qualificadas como ilícitas.

Aunque parezca imposible un mundo sin drogas, hay quien piensa que sería lo idóneo; tiene demasiado cerca la ganda prohibicionista para observar que las sustancias psicoativas no se inventaron para hundir al ser humano, esclavizándole y mutilando su dotación orgánica, sino para ayudarlo a sobrellevar desafíos vitales, mejorando su autocontrol y em definitiva, su libertad y su dignidade personal⁶⁶.

⁶⁵ Idem, p. 30-31.

⁶⁶ ESCOTADO, Antonio. Artigo *Sobre Ebriedad*, disponível em <https://escotado.org>

Não parece que tal constatação de Escotado, todavia, encontre algum eco entre os discursos atuais. O tema *drogas*, frise-se, guarda discórdias e promove sérias e importantes discussões quando se fala de sua proibição, quando se fala em isonomia entre substâncias, quando se fala em legalização total ou parcial do uso ou de regulação de produção, comercialização, distribuição ou comércio.

Acerca da substância propriamente dita, entretanto, é quase unânime a ideia de imediata reprovação. Entre os que defendem a legalização do uso ou regulação do comércio, inclusive, é comum o forte argumento que os *danos advindos do uso são menores do que os danos provenientes da repressão*; como se os danos fossem inevitáveis, intrínsecos ao uso de substâncias psicoativas; como se fossem as drogas *naturalmente* maléficas ao ser humano.

Escotado problematiza a questão e coloca as drogas em patamar neutro, considerando que podem elas aferir ao ser humano efeitos positivos ou negativos, a depender, obviamente, da racionalidade e da forma com que são usadas. O único que pode controlar o benefício/malefício da *coisa* é o próprio homem. Qualquer análise desprovida desta perspectiva não encontra amparo na racionalidade.

O uso de drogas, como mencionado, que remonta a antigas civilizações, era encarado com funções distintas as quais hoje se julga.

Hacia el siglo VI antes de Cristo, Hipócrates – creador de la medicina científica-recomendaba *dormir sobre algo blando, embriagarse de cuando en cuando y entregarse al coito cuando se presente ocasión*. Preconizaba opio para tratar la histeria y concebía la euforia (de *eu-phoria: ánimo correcto*) como algo terapéutico. Para él, como para Teofrasto y Galeno, las drogas no eran sustancias buenas o malas, sino *espíritus neutros*, oportunos o inoportunos atendiendo al individuo y la ocasión⁶⁷.

A menção à ebriedade eventual como algo natural e até mesmo benéfico traz informações que impressionam pelo choque com a atual realidade. A contemporânea conjectura que reprova as drogas hoje tidas como ilícitas e aceita as demais, como o álcool e o tabaco, nem sempre prevaleceu.

Ademais, num viés econômico, é sabido que drogas hoje combatidas, em outras épocas, devidamente reguladas, ajudaram a sustentar grandiosos regimes político-econômicos.

⁶⁷ Idem.

Durante la era pagana, el vino y las bebidas alcohólicas son las únicas drogas que sugieren degradación ética e indigna huida ante la realidad. Ecos del reproche se remontan al primer imperio egipcio, prosiguen en la vieja religión indoiraniana y llegan a la cuenca mediterránea como dilema: ¿Quiso Dioniso-Baco regalar a los mortales algo que enloquece o algo que ayuda a vivir?. Los usuarios de cualesquiera otras droga no interesan para nada al derecho ni a la moral y cometeríamos un error creyendo que eran escasos. En la Roma de Augusto y Tiberio, por ejemplo, había casi 900 tiendas dedicadas de modo exclusivo a vender opio, cuyo producto representaba el 15% de toda la recaudación fiscal y el opio era una mercancía estatalmente subvencionada, como la harina, para impedir especulaciones con su precio; sin embargo, no hay palabra en latín para opiómano, mientras se acercan a la docena las que nombran al alcohólico y ni un solo caso de adicto al opio aparece mencionado en los anales de la cultura grecorromana. Lo mismo debe decirse de quien usa marihuana, hachís, beleño, daturas, hongos visionarios y demás drogas antiguas⁶⁸.

Sem adentrar às razões que demonizaram a ebriedade ou criminalizaram a conduta de drogar-se, ou ainda que passaram a reprimir algumas substâncias minuciosamente discriminadas de outras por fatores que não a nocividade à saúde, a guerra às drogas, como pretexto para maliciosos fins não declarados mas perfeitamente operacionalizados, ultrapassa a esfera da substância. A guerra às drogas, tal qual hoje é concebida, é necessária ao enriquecimento de um mercado negro sequer suscitado quando da discussão do tema.

La cruzada contra las drogas ha tenido y tiene el mismo efecto que la cruzada contra las brujas: exacerbar hasta extremos inauditos un supuesto mal, justificando el sádico exterminio y el expolio de innumerables personas, así como el enriquecimiento de inquisidores corruptos y un próspero mercado negro de lo prohibido, que en el siglo XVI era de ungüentos brujeriles y hoy es de heroína o cocaína. No quebrantaremos el círculo vicioso de la cruzada sin sustituir las pautas de barbarie oscurantista por un principio de ilustración. Las drogas son cosas que siempre estuvieron entre nosotros, que sigan estándolo y que van a continuar así. Dado el clima de alarmismo contraproducente, donde para los jóvenes usar lo ilícito es en parte rito de pasaje hacia la madurez y en parte coartada que sugiere declararse irresponsable, nuestra alternativa es excitar un consumo irracional de productos adulterados, o apoyar un uso informado de sustancias puras⁶⁹.

As cifras advindas de mercados ocultos por operações secretas e lavagens de dinheiro em grandes instituições financeiras sustentadas pela venda ilícita de substâncias psicoativas, por sua vez, ignora o contexto social que lhe contempla, escancarado, no Brasil, com uma política criminal que mata absurdamente mais do que declara prevenir. Esta política de guerra, todavia, surgiu quase tão abruptamente quanto a manipulação das drogas pelos europeus.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

De fato, o desenrolar da história mescla os primeiros contatos dos europeus com algumas substâncias e a criminalização de outras, e a todo este contexto aglutina-se uma série de aspectos econômicos, políticos e morais que devem ser valorados para que se proceda a uma análise séria a respeito da questão tal qual é encarada atualmente.

2.2 “Proíbe porque mata”: o vazio argumentativo da criminalização

A Organização Mundial de Saúde define droga como “qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas produzindo alterações em seu funcionamento”⁷⁰. Determina a ONU, portanto, o conceito de droga a partir de suas características químicas. Esta escolha, apesar de recepcionada pelas legislações internas dos países, não constitui uma unanimidade entre os estudiosos.

É possível, para além das propriedades químicas das drogas, classificá-las consoante seus efeitos no organismo humano. Parece esta ser uma iniciativa mais coerente, uma vez que as drogas, em si mesmas, quando da comparação entre suas propriedades químicas, em nada interessa; mas, sim, e tão somente, quando da consequência de seu uso pelo homem e, por conseguinte, dos seus efeitos no organismo.

Com base nessa ideia, Escotado⁷¹ decidiu por classificar as drogas entre: a) *alucinógenas*, que no organismo humano alteram as percepções sensoriais dos seres humanos (ex.: maconha, ecstasy, LSD); b) *estimulantes* (ex.: café, crack, tabaco, chocolate, cocaína) e, por fim, c) *apaziguadoras* (ex.: álcool, ópio e lança-perfume).

A política proibicionista surgiu com o intuito de acabar com o consumo de drogas por ela tidas como ilícitas. Nesta saga, a partir de *noções obscuras*, definiu o rol de substâncias proibidas sob o argumento de proteger a saúde das pessoas em função de uma série de malefícios acarretados pelas drogas e de uma suposta dependência causada pelas substâncias psicoativas selecionadas.

Independente do critério utilizado para conceituar e classificar as drogas, todavia, não há discordância científica em relação à dependência e aos malefícios causados à saúde humana quando da comparação do álcool ou do tabaco com a maconha, por exemplo. O

⁷⁰ Organização Mundial de Saúde, disponível em http://www.abc.org.br/article.php3?id_article=3602

⁷¹ ESCOTADO, Antonio, op cit., p. 46-49.

pretexto de proteção da saúde pública cai por terra quando da análise estatística das consequências dos (ab)usos de cada droga.

O mais recente estudo *Global status report on alcohol and health*⁷², publicado em maio de 2014 pela Organização Mundial de Saúde, demonstrou – entre outros dados alarmantes – que, em 2012, 3,3 milhões de mortes tiveram relação com o álcool. Isso significa que, em função de acidentes, de dependência ou de doenças adquiridas em função da substância, o álcool, em 2012, foi responsável por 5,9% das mortes em todo o planeta.

Da mesma forma, é inegável que substâncias tidas como lícitas, como o tabaco, até alimentos como o chocolate (para Escohotado, *droga estimulante*) e os ricos em sódio provocam males gravíssimos à saúde humana. A longo prazo, doenças adquiridas por hábitos alimentares instaurados são grande causa de mortes e doenças graves.

Argumento comum que se aventava, ademais, é o da “porta de entrada”. Determinadas drogas, como a maconha, apesar de não serem tão prejudiciais quanto outras lícitas, *devem permanecer criminalizadas pois levam ao consumo de outras substâncias*. Tal argumento, quando aprofundado, não subsiste.

Fisiologicamente, por óbvio, não há nada que associe o consumo da maconha e uma posterior espécie de *vontade sobrenatural* de se usar cocaína, por exemplo. Sob a lente social, afirmar que um usuário de maconha pode ser levado, por circunstâncias fáticas ao consumo de drogas pesadas, notadamente é tão real quanto óbvio.

O desejo do entorpecimento e seu determinado grau só pode ser estabelecido pelo próprio usuário. Da mesma forma, um *usuário de cerveja* pode, também, aderir a uma *vontade irresistível* de consumir o crack. Ou vice-versa. Não há argumento científico que chegue a qualquer conclusão plausível sobre tais associações.

As pesquisas que associam o uso da cocaína ao anterior uso da maconha jamais levam em consideração o anterior uso de outras substâncias, como o álcool e o tabaco. Ninguém ousaria, todavia, associar o uso destas substâncias lícitas ao uso de *drogas letais*.

Não se deve olvidar, registre-se, da questão das drogas lícitas de uso controlado. Uma gama de remédios *tarja preta*, sob o escudo de *proteção* à saúde, movimentam astronômicas cifras e causam mais dependência que qualquer outro fármaco. Essas drogas, chamadas *medicamentos*, têm no homem ação análoga às drogas tidas como ilícitas.

⁷²Disponível

http://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/msb_gsr_2014_3.pdf?ua=1

Os anti-psicóticos, soníferos, tranquilizantes, ansiolíticos e anti-depressivos despontaram desde os anos 1950 como carros-chefes não só da indústria, como de estilos de vida, em que o uso de pílulas tornou-se um hábito considerado normal, não só como suplementos vitamínicos ou fortificantes mas como reguladores mentais, moduladores psíquicos, capazes de alterar o humor, o sono, a tensão e a motivação⁷³.

Drogas psicolépticas causam *efeito sedativo* e dão a sensação buscada pelos usuários de drogas ilícitas *apaziguadoras*. *Drogas psicoanalépticas* causam *efeito excitante, estimulante*, a exemplo do que buscam os usuários de cocaína. Inclusive os males advindos do uso destes medicamentos são parecidos aos causados pelas drogas tidas como ilícitas.

As terminologias utilizadas para as drogas ilícitas (*entorpecentes, narcóticos* ou simplesmente *drogas*) tratam de diferenciar formalmente os males causados por todas as drogas (lícitas ou ilícitas), colocando as ilícitas na posição de maléficas, pois ignoradas pelo capital legal, e as lícitas como medicamentos, comuns de serem utilizados consoante simples prescrições médicas – muitas vezes ignoradas, fato este que não coloca o *doente* (encarado neste prisma como aquele que usa remédios tarja preta sem autorização) na pejorativa posição social do usuário de drogas ilícitas, apesar de ambos buscarem os mesmos efeitos (estimulantes, apaziguadores etc.) de formas não legítimas: ora pelo uso de drogas ilícitas ora pelo uso de drogas lícitas sem a necessária autorização médica.

Neste caso, para as drogas lícitas de uso controlado, no entanto, o princípio da lesividade é levado em conta: ninguém é enquadrado por utilizar remédio tarja preta sem prescrição médica. O tratamento dado ao consumidor de maconha nas favelas brasileiras, quando surpreendido pelas forças policiais, apresenta *certa* diferença, apesar de, segundo a ANVISA, que orienta o legislador na matéria de drogas, o efeito à saúde individual poder ser igual.

Na mesma esteira de *moralização do entorpecimento lícito*, enquanto as drogas combatidas, sob a égide da Lei n. 11.343, agem sobre usuários (criminosos, segundo o STF) ou dependentes (com a alcunha de *doentes*), os *remédios, medicamentos*, de uso lícito causam um terço de todas as intoxicações no país (CARNEIRO, 2002, p. 4), e quem deles abusa recebe alcunha de *hipocondríaco*; denominação esta que não pode ser afastada do eufemismo de *drogado*.

⁷³ CARNEIRO, Henrique. *As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX*. Revista Outubro, IES, volume 6: São Paulo, 2002, p. 6.

No que toca ao argumento da *dependência*, maior sorte não há à política proibicionista: drogas ilícitas como o alucinógeno LSD não causam dependência alguma. O critério, a partir deste dado, já poderia ser descartado. Entretanto, esse consenso científico (ácido não causa dependência) tem sua importância agigantada quando da constatação de que alimentos ricos em gordura, cuja possibilidade de criminalização sequer é aventada, têm propriedades aptas a gerar a malfadada dependência.

Um estudo da *Nature Neuroscience*⁷⁴, em 2009, demonstrou que os efeitos da dependência de *junk foods*, doces e outros alimentos agem no homem de forma similar à cocaína, instigando-o ao consumo regular. Insta ressaltar, ainda nessa discussão, que as drogas lícitas de uso controlado são responsáveis por maior número de dependentes no Brasil do que as ilícitas (CARNEIRO, 2002, p. 4), o que nos leva à curiosa conclusão de que o número de *hipocondríacos* é maior do que o de *drogados*. Tal afirmação demonstra o vazio fático do parágrafo único do artigo 1º da Lei de Drogas e ressalta os prejuízos acarretados pela violação do princípio da legalidade, por permitir a bizarra realidade que impõe restrições às substâncias que comprovadamente causam menos males do que as substâncias lícitas.

A tendência do discurso, neste ponto, inclina-se a demonizar as drogas lícitas, fazendo dos *medicamentos* diariamente consumidos livremente o verdadeiro mal a ser combatido. Tal conduta levaria ao mesmo erro que incitou a guerra às drogas; é fundamental, pois, que se leve em conta que nenhuma substância é maléfica por si só.

Assim como as drogas ilícitas, os *remédios* são também fonte de alívio psíquico e físico, com efeitos colaterais. Tal constatação deveria, esta sim, ser objeto de ampla divulgação midiática, a fim de se esclarecer que as drogas – todas as drogas – trazem também benefícios e, se bem utilizadas, podem agregar em muito à espécie humana. Aliás, isso foi o que de fato ocorreu durante milhares de anos, não obstante o recém-nascido discurso de demonização tentar demonstrar o contrário.

Um a um, argumentos da política proibicionista caem por terra, trazendo nisto a indagação: o que leva o legislador, portanto, a discriminar substâncias que causam consequências tão parecidas? Por que se proíbem determinadas substâncias? O que levou países desenvolvidos a unirem-se e, em eloquente discurso, promoverem a demonização de determinadas drogas?

⁷⁴Disponível em <http://www.scientificamerican.com/article/addicted-to-fat-eating/>

2.3 Da *descoberta* da droga e suas conveniências às origens do proibicionismo

Diz-se que o termo *droga* provém da expressão holandesa *droog*, que significa *folha seca*. É reconhecido que, atualmente, há várias espécies de *droogs*, destinadas às mais distintas propriedades e finalidades. O que será aqui discutido são alguns fatos que demonstram a histórica habitualidade do uso das drogas hoje tidas como ilícitas em continente europeu, o que comprova que os motivos declarados para a criminalização arbitrária de uma gama de substâncias não condiz com os fundamentos declarados na dogmática penal.

Na tarefa de reconstrução do histórico de utilização de substâncias psicoativas – como continuação do já abordado no tópico anterior –, a constatação de datas ou períodos que revelariam um determinado *marco inicial da criminalização* mostra-se obscura. O sistema repressivo se reinventa, sempre no intuito geral de se potencializar a repressão e, dessa forma, normais penais incriminadoras se repetem em distintas épocas, acompanhando contextos históricos análogos.

Em decorrência de se entender o processo de criminalização das drogas como produto eminentemente moralizador, incorporado à perspectiva de punição de opções pessoais e de proliferação de culpas e ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais, a investigação (*da origem da criminalização*) procura apontar as discontinuidades dos discursos legitimadores das políticas proibicionistas. O problema de pesquisa, portanto, é relacionado ao campo retórico, às linguagens, às imagens e aos demais elementos que compõem a criminalização, visto serem elementos de formação da subjetividade e de construção da realidade e dos sintomas sociais. A opção por estes elementos configuradores possibilita visualizar, de maneira sempre parcial, o mosaico discursivo, o conjunto dos elementos justapostos que sustenta os discursos criminalizadores⁷⁵.

É certo, no entanto, que as ofensivas às substâncias perseguidas – a despeito da tentativa de estabelecimento de um marco histórico de início da repressão – perpassam momentos simbólicos e bem delineados. O aprofundamento de alguns destes momentos revela contextos fáticos determinantes para o planejado estabelecimento de estigmas, os quais, em parte, se mantêm vivos até hoje.

O período quinhentista ampliou os horizontes do Velho Mundo e deslumbrou o europeu. Entre as novidades dos *recém-chegados* americanos e asiáticos – essenciais para a origem da pirataria, dos saques e o retorno da escravidão –, estavam o açúcar, o chá, a

⁷⁵ CARVALHO, op cit., p. 58.

pimenta, o cravo, a canela, e também a coca, o tabaco, o ópio etc.; todas substâncias inclusas no mesmo rol de *novidades aproveitáveis* recentemente *descobertas*.

O tabaco, traficado pelos jesuítas, após uma resistência inicial dos protestantes e dos orientais, foi aceito e valorizado, juntando-se ao álcool, ao açúcar, ao café, ao chá e ao chocolate para constituírem o universo das drogas oficiais da vida cotidiana moderna, enquanto outros como cactos e cogumelos alucinógenos americanos foram proibidos pela Igreja no período colonial, assim como os derivados do ópio, da coca e da maconha, a partir do século XX, conheceram o estatuto da proscricção, nas diversas formas de proibicionismo.[...] algumas das substâncias mais perigosas são permitidas devido ao seu uso tradicional no Ocidente cristão. O cigarro, por exemplo, incorporou-se desde a guerra da Criméia, à ração dos exércitos e aos hábitos do povo. O chá e o ópio, à dieta da Inglaterra vitoriana. E o álcool, na forma de vinho, da cerveja e dos destilados, continua sendo a bebida nacional de muitos povos⁷⁶.

Nota-se que não havia, portanto, criminalizações – tal qual ocorre hoje, sem qualquer pudor ou argumentação plausível – no sentido de coibir uns ou outros produtos. Caso houvesse, à época, conhecimento científico suficiente a sustentar a repressão a alguma dessas drogas citadas, talvez vivêssemos hoje uma guerra às drogas em função da repressão do chocolate ou do café, por exemplo, em razão de suas propriedades tendentes à dependência e, no caso do café, vinculadas ao desenvolvimento de sintomas cancerígenos.

A análise do quinhentismo, para além da desconstrução da seleção de substâncias hoje tidas como ilícitas, demonstra a desvinculação da reprovação moral às drogas hoje combatidas. O mais alto clero vivia em meio a uma Europa em furor pelas novas substâncias. Para além do olhar de novidade, drogas como a coca foram inseridas nas altas sociedades e tiveram seu uso propagado inclusive por artistas. A novidade não tardou a despertar interesses econômicos nas instituições de controle em evidência à época.

A Igreja cobrava impostos sobre a droga. O inca Garcilaso de la Vega nos diz, em seus ‘comentários reais’, que a maior parte da renda do bispo, dos cônegos e demais ministros da igreja de Cuzco provinha dos dízimos sobre a coca, e que o transporte e a venda deste produto enriqueciam a muitos espanhóis⁷⁷.

Como já debatido, o olhar sobre a droga não residia em aspectos morais. Sua coexistência com a humanidade, pelo contrário, trouxe por milhares de anos uma relação serena e descomplicada, na qual as propriedades das substâncias eram devidamente utilizadas

⁷⁶ CARNEIRO, op. cit., 116-117.

⁷⁷ GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 58.

para fins determinados: a ebriedade (ESCOHOTADO, 1998, p. 30), a prevenção/cura de enfermidades, festividades recreativas, rituais religiosos, manifestações culturais etc.

É reconhecido pela antropologia que “o uso de drogas pode ser considerado universal, uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizaram/utilizam de alucinógenos”⁷⁸. Fato é que situações supervenientes modificaram a visão acerca do tema e contextos histórico-econômicos transformaram a discussão do papel das drogas, de forma a demonizar uma gama delas.

Para além dos interesses político-econômicos, não se deve perder de vista o caráter de cunho moral, desde sempre presente em todo tema que vincula as drogas. Como já restou comprovado em tópicos anteriores, cabe registrar que a escolha arbitrária de determinadas substâncias a serem perseguidas pela política repressiva e beligerante tem como base diversos motivos – desde a declaração de um inimigo-nação (externo), ou inimigo-estereótipo (interno), até expansão política e, mais recentemente, interesses econômicos sobre territórios; o malefício do uso da droga, em si, passa quase despercebido nesse trabalho, pois, de fato, não é levado em conta quando da escolha política da criminalização. A demonização da cocaína é tão intensa que parece insano afirmar que o uso de seus derivados, quando da descoberta e da origem da substância apta a ser consumida, era visto como corriqueiro e até benéfico.

A finales del siglo pasado se calculaba que unos diez millones de indios mascaban coca en América del Sur. Sin embargo, los datos sobre producción y consumo serán escasos y poco fiables hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la creación de Naciones Unidas impulse los primeros esfuerzos estadísticos. Hasta entonces, prácticamente nadie em América creía que ese hábito fuese más nocivo que beber café, té o mate, o que mascar cat, cola o betel. De ahí que la coca no resultara mencionada por ninguna de las leyes internacionales sobre estupefacientes hasta la Convención Única de 1961. Fue uno de sus apartados el que estipuló un plazo de veinticinco años para suprimir la masticación de sus hojas.⁷⁹

No século XIX, a população da China registrava um histórico do uso do ópio há oito séculos. Em 1839, a *East India Company* legava altíssimos lucros à Coroa Britânica. A exploração da droga chegou a representar um sexto da economia da monarquia⁸⁰. O consumo

⁷⁸ GAUER, Ruth Maria Chittó. *Fascículos de Ciências Penais. Uma leitura antropológica do uso de drogas. Drogas: abordagem interdisciplinar*. Volume 3, 1990, p. 60.

⁷⁹ ESCOHOTADO, Antonio, op cit., p. 704.

⁸⁰ KARAM, Maria Lúcia, op cit., p. 35.

tornou dois milhões de chineses dependentes⁸¹, além de ser livremente praticado em *opiários* por toda a Europa⁸².

No início do século XIX, a China decidiu adotar a política de repressão à droga. Em 1839, “provavelmente em nome da saúde pública”⁸³, sem olvidarmos, no entanto, das questões político-culturais do oriente, o imperador chinês destruiu um carregamento de 1.360 toneladas de ópio. O ocorrido fez com que a Coroa Britânica declarasse guerra à China.

O fim da guerra trouxe a vitória à Inglaterra, que ficou com o território de Hong-Kong. Poderosas forças europeias (a Inglaterra contou com o apoio da França), há menos de dois séculos, empenharam exércitos e custearam sangrentas e históricas batalhas em nome do livre comércio das drogas. As mesmas nações, hoje, reprimem o direito pelo qual guerrearam anos atrás.

Na América, a visão a respeito do tema era distinta. Os Estados Unidos, na posição de protagonistas do capitalismo moderno, não viam com bons olhos os avanços da Grã-Bretanha. Com o fim da Guerra Civil americana em 1865, “começaram a se organizar grupos aglutinados em torno das igrejas e associações protestantes que clamavam por ações do governo para coibir a produção, o comércio e o uso de substâncias psicoativas, incluindo o álcool”⁸⁴, no que se teve eco com a desastrosa Lei Seca da década de 20.

A base da posição proibicionista norte-americana tinha pilares no moralismo, nos bons costumes e na tradição puritana consagrada no cristianismo protestante. O conservadorismo proposto pela religião dominante pregava ideias rigorosamente contrárias aos atos praticados por usuários de drogas. A mesma postura conservadora dava-se a temas como a prostituição e aos jogos de azar⁸⁵.

Tal posição estadunidense, com respaldo nas escolhas morais do Estado, pode significar a enfática razão que ensejou a guerra às drogas e mantém inerte e desinformada a maior parte da população. A opção norte-americana ignora as diferenças nas propriedades das drogas, suas origens, a contextualização histórica que ocasionou a polêmica acerca do tema, bem como as causas e consequências da repressão. A diferenciação moral entre substâncias psicoativas lícitas e ilícitas traduz usuários e traficantes destas como doentes e inimigos.

⁸¹ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 77.

⁸² Idem.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem, p. 81.

⁸⁵ RODRIGUES, Thiago, op cit., p. 26.

Na condição de líder capitalista, os EUA lideraram, através da Liga das Nações (embrião da ONU), o que se definiu como *política da proibição*, em 1909, através da Comissão de Xangai. Foi esta a primeira legítima definição política internacional pautada na proibição e repressão ao uso e ao comércio de substâncias definidas como ilícitas: no caso, o ópio.

Três anos depois, através da Convenção de Haia, uma nova reunião de poderosas nações internacionais consagrou a posição adotada em Xangai, “onde a droga é vista como 'inimiga' e o traficante – objeto central de interesse deste discurso – como 'invasor', conquistador, ou mais especificamente como 'narcoterrorista' e 'narcoguerrilheiro'” (DEL OLMO, 1990, p. 27).

Os pretextos moralistas e de *salvação do povo chinês* serviram de amparo para a posição liderada pelos EUA e ratificada pelos demais países. A função *declarada* do proibicionismo, no sentido de estabelecer políticas de repressão ao comércio de drogas e buscar neutralizar seu consumo, portanto, foi anunciada há cerca de um século.

As funções *não declaradas* da política proibicionista demonstravam também muita familiaridade com o observado hoje. As questões econômicas, morais e étnicas estiveram presentes desde o início.

Com o início da revolução industrial, que necessitava de uma mão de obra produtiva, disposta a trabalhar por mais de 12 horas diárias, as drogas “entorpecentes”, como o ópio e seus derivados (morfina e heroína), eram substâncias indesejáveis em seus efeitos. A letargia, “estado de profunda e prolongada inconsciência”, como efeito do uso do ópio e seus derivados já não era mais interessante do ponto de vista econômico.⁸⁶

O movimento proibicionista tinha raízes na tradição puritana do protestantismo, interpretação do cristianismo radicalmente contrária à busca do prazer em vida e que pregava uma conduta extremamente severa.⁸⁷

[...] Era preciso deslocar a mão de obra chinesa – únicos fumadores (de ópio) da época – quando se tornou ameaçadora sua competição no mercado de trabalho. Assim observamos como para a sua criminalização predominou o interesse econômico sobre o médico.⁸⁸

O início da proibição das drogas no EUA tem relevância no entendimento de alguns pontos do atual estágio da política internacional de repressão, entre eles a difusão do esteriótipo moral, cujas consequências se revelam não só no “distanciamento cada vez maior entre drogas permitidas e proibidas, mas, sobretudo, entre os que consomem umas e outras.”⁸⁹

⁸⁶ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone, op cit., p. 79.

⁸⁷ DEL OLMO, Rosa, op cit., p. 81.

⁸⁸ DEL OLMO, Rosa, op cit., p. 26.

⁸⁹ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone, op cit., p. 81.

Na Convenção de Haia, em 1912, a inclusão de outras substâncias no rol a ser combatido foi proposta pela Inglaterra (principal prejudicada com a criminalização do ópio) e aceita com muita resistência pelos demais países. Interessava-lhes, por óbvio, o aproveitamento econômico da cocaína, entre outras drogas; o pretexto de tutela à saúde pública jamais se mostrou verdadeiro.

Como em Shanghai, Turquia siguió negándose a asistir, y Austria-Hungría tampoco acudió. Inglaterra sólo quería hablar de morfina y cocaína, y Alemania protestaba en nombre de sus poderosos laboratorios, alegando que Suiza no estaba presente y aprovecharía las restricciones en su privado beneficio. Portugal defendía su industria de opio en Macao, y Persia sus ancestrales cultivos. Holanda estaba implicada en el tráfico de opio y morfina, y producía miles de toneladas de coca en Java. Francia se encontraba dividida entre los ingresos provenientes del consumo de opiáceos en Indochina y el temor a verse inundada por los productos de sus colonias. Japón fue acusado de introducir masivamente morfina, heroína e hipodérmicas en el territorio chino como parte de sus propósitos invasores, aunque negó cualquier vínculo con semejante cosa. Rusia tenía una considerable producción de opio, pero inferior a la de Siam. Italia, que sólo compareció el primer día, puso como condición para participar que se incluyera el tema del cáñamo, condición rechazada por la mayoría; ya por entonces (como sigue sucediendo hoy) tenía los índices de cocainismo más altos de Europa.⁹⁰

Os reais interesses da política proibicionista, impulsionada por uma minoria e seguida por uma maioria, demonstravam-se voltados a questões desvinculadas da tutela à saúde. Analisando a conjectura da época, que originou o quadro presente hoje no planeta, é no mínimo preocupante a forma com que, em pleno século XXI, defende-se a proibição tal qual foi concebida: alicerçada em interesses obscuros, herdados de políticas muito mal mascaradas e reveladas na própria história do século XX e início do século XXI.

As recentes construções legislativas estadunidenses, de certa forma *inovadoras*, explicam bem a excessiva *preocupação* à saúde pública com a tutela da vida privada de sua população. Poucos anos antes da Convenção de Haia, o *Food and Drug Act* (Lei de Alimentos e Drogas), em 1906, já com o embrião do consequente proibicionismo que logo viria, regulava questões sobre os produtos⁹¹.

Com a ratificação do convênio em Haia e a oficialização da cooperação mundial para a repressão ao comércio de drogas, estavam finalmente os Estados Unidos da América

⁹⁰ ESCOHOTADO, Antonio, op cit., p. 470.

⁹¹ SZASZ, Thomas. *Nuestro Derecho a las Drogas: En defensa de um Mercado Libre*. Barcelona: Anagrama, 2001, p. 81.

munidos do *instrumento* apto aos seus interesses: diferenciação étnica, imposição de normas moralistas e controle econômico.

A *Harrison Narcotic Act*, aprovada nos EUA em 1914, simplificou no termo *narcóticos* todas as substâncias psicoativas selecionadas, as quais receberam a insígnia da proibição – excetuadas as prescritas em receitas médicas.

Bem sucedida, a manobra (assinatura da Convenção de Haia) auxiliou na aprovação, em 1914, do Harrison Narcotic Act, lei mais complexa e severa que os acordos internacionais já assinados e que investia na proibição explícita de qualquer uso de psicoativos considerados sem finalidades médicas. Da Lei Harrison, deve se mencionar uma importante novidade: o texto criava as figuras do traficante e do viciado, respectivamente aquele que produz e comercializa drogas psicoativas irregularmente e aquele que consome sem permissão médica. O traficante deveria ser preso e encarcerado; o usuário, considerado doente, deveria ser tratado (mesmo que compulsoriamente)⁹².

O controle médico-estatal previsto em legislação vinha ao encontro dos interesses de sempre: controlar as diferentes e diversificadas classes do país, respaldadas por fortes, populares e recentes leis e, de quebra, norteadas por acordos internacionais. Os chineses eram associados ao ópio; a maconha, aos mexicanos; a cocaína, aos negros; o álcool, aos irlandeses⁹³.

¿Era delito la posesión de las drogas controladas por la ley Harrison? Según el NCD, la sección 8 de la ley determinaba que el poseedor debía probar que los había obtenido 'legalmente', y dada esa circunstancia la respuesta debía inclinarse por la afirmativa. Por otra parte, ese tipo de prueba no era admisible en derecho; ya los medievales la habían llamado *probatio diabólica*, porque demostrar una negación supone dificultades extraordinarias e invierte el curso racional del proceso, donde la carga probatoria incumbe a quien acusa.⁹⁴

A novidade legislativa trazia problemas, portanto, inclusive ao campo do processo penal. O processo inquisitório descrito por Escotado se coaduna com o que ainda hoje é presenciado.

Não é coincidência a incrível semelhança dessa política criminal com a adotada ainda hoje, no Brasil, mais de um século depois. Estavam estabelecidas as *etiquetas* dos

⁹² RODRIGUES, Thiago, op cit., p. 30

⁹³ Idem, p. 31.

⁹⁴ ESCOTADO, op cit., p. 479.

usuários e dos traficantes, e definida a “associação entre determinadas drogas e grupos sociais”⁹⁵.

Todo el problema residía en interpretar el adverbio «legalmente», y tanto Richardson como la Asociación Médica Americana parecían inclinarse por una distinción farisaica. Si el sujeto había obtenido la droga tras una consulta rápida y barata, con un médico de clientela pobre, la posesión complacía impulsos inconfesables de *dope fiends*. Si el médico dispensaba a pocos adictos una pequeña cantidad cada vez, con una minuta adecuada a clientelas distinguidas, su conducta podía aceptarse como «tratamiento». En otras palabras, se estaban derivando de una norma fiscal y registral conceptos sobre ética médica, lo cual planteaba una situación de inseguridad jurídica para los ciudadanos en general. Esto hizo reaccionar a algunos juzgadores.⁹⁶

O poder da política criminal estadunidense estabelecida na segunda década do século XX teve tamanha força que, mesmo criada a partir de fracos amparos morais e pontuais situações econômicas presentes à época, ainda dita os rumos das leis internas da maioria dos países no mundo cem anos depois.

Na senda do proibicionismo, sobrevieram os rumores da Lei Seca, com a criminalização da produção, circulação, estocagem, importação, exportação e venda de bebidas alcoólicas no território norte-americano. As consequências são conhecidas em todo o mundo. Surgiram, da proibição, organismos criminosos e grandes traficantes. O mercado ilícito atraía a demanda de consumidores. Uma das figuras notórias do período, Al Capone, definiu o momento:

“Soy un hombre de negocios, y nada más. Gané dinero satisfaciendo las necesidades de la nación. Si al obrar de ese modo infringí la ley, mis clientes son tan culpables como yo [...] Todo el país quería aguardiente, y organicé el suministro de aguardiente. En realidad, quisiera saber por qué me llaman enemigo público. Serví los intereses de la comunidad”.⁹⁷

A respeito da lei, o Senador Volstead, defensor da proibição, disse à época:

“Esta noche, un minuto después de las doce, nacerá una nueva nación. El demonio de la bebida hace testamento. Se inicia una era de ideas claras y limpios modales. Los barrios bajos serán pronto cosa del pasado. Las cárceles y correccionales quedarán vacíos; los transformaremos en graneros y fábricas. Todos los hombres

⁹⁵ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone, op cit., p. 82.

⁹⁶ ESCOHOTADO, op cit., p. 479.

⁹⁷ ESCOHOTADO, Antonio, op cit., p. 489.

volverán a caminar erguidos, sonreirán todas las mujeres y reirán todos los niños. Se cerraron para siempre las puertas del infierno”⁹⁸.

Para além do cunho moralista da política proibicionista, não há de se negar os aspectos econômicos da proibição. A década de crimes, mortes, e mercado negro estadunidense marcou a história do país.

El impuesto federal sobre alcoholes está produciendo una media anual de 200 millones de dólares —dos tercios del ingreso neto del Tesoro—, pero las de ese capítulo en los presupuestos. Si bien los *wasp* llevan el peso de la cruzada como tal cruzada, el estamento terapéutico e importantes sectores de la industria abogan ya por una prohibición que reduzca el absentismo y los accidentes laborales. Según los cálculos del *Prohibition Party* hay casi un millón de leprosos-alcohólicos, prácticamente inútiles para cualquier trabajo y con unas expectativas muy precarias de vida, que provocan incidentes domésticos y extradomésticos constantes. Aun descontando lo estrictamente farmacológico, nadie niega que el alcohol es con gran diferencia la causa más importante de delitos contra la propiedad y las personas, y de la mayoría de los accidentes. Nadie niega tampoco que el alcoholismo constituye una condición más penosa aún, física y psíquicamente, que la morfomanía o la opiomanía.

En 1919 entra en vigor la Enmienda XVIII, que permite aprobar la llamada Ley Volstead o Seca. En virtud de la excepción que impone al espíritu constitucional, la venta y fabricación de alcoholes se castiga en lo sucesivo con multa y prisión —seis meses para la primera infracción y cinco años para la siguiente—, previéndose el cierre durante *un* año de los establecimientos donde se hubiese detectado el consumo. Sólo el vinagre y la sidra quedan exentos, autorizándose 'el uso médico' de las demás y el “uso del vino para la santa misa”.⁹⁹

A reação social perante a medida, além de outros motivos econômicos, fizeram com que a lei fosse revogada em 1933. O redirecionamento do proibicionismo, com o fracasso da Lei Seca, voltou-se à maconha. A criminalização da substância, essencialmente relacionada aos mexicanos, refez o ímpeto proibicionista, com a diferença de apontá-lo a um novo grupo de *etiquetados*.

O *Marijuana Tax Act* (Lei Tributária sobre a Maconha), promulgada por Franklin Roosevelt, em 1937, proibia o cultivo e comercialização de *cannabis* em solo estadunidense. A grande depressão americana parece ter sido o impulso econômico para a criminalização da maconha, que era usada naquela época de forma muito restrita pela população dos EUA, mas que tinha grande aceitação e consumo junto aos mexicanos que, a partir da quebra da bolsa de valores norte-americana, passou a ser mão de obra competitiva, não desejada em razão da crise econômica.¹⁰⁰

⁹⁸ Idem, p. 484.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone, op cit., p. 84.

É notável que quando se aborda o contexto histórico determinante da criminalização de certas substâncias, pouco ou nada se fala em relação à tutela à saúde pública. Resta muito claro que as razões prevaletentes (ou únicas) são sempre pautadas em critérios étnicos, econômicos, ou morais. Os estereótipos morais e médicos, afinal, estiveram presentes desde o início das políticas de proibição estadunidenses, e “apresentavam um alvo seletivo, que associava substâncias perigosas às classes perigosas, colocando sob suspeita toda uma faixa da população que, por seus hábitos e sua pobreza, já costumava ser vigiada e controlada pelos aparatos repressivos do Estado”¹⁰¹.

A Lei Seca, que poderia ter argumentos mais convincentes no tocante à saúde pública, em função da maior nocividade do álcool em relação às demais drogas em geral, não funcionou. Em resposta, a política criminal norte-americana optou pela criminalização da maconha. Haveria alguém, no país, à época, que acreditaria no argumento de tutela à saúde pública?

En Nueva Orleans, la ciudad donde se detectaron las primeras señales de alarma a propósito del cáñamo, un fiscal de distrito realiza un trabajo monumental, revisando fichas sobre unos 17.000 delitos graves y 75.000 leves, a fin de establecer correlaciones entre consumo de marihuana y crimen. Sin embargo, no fue posible fundar esa pretensión, ni demostrar un nexo de causa a efecto entre el uso de la droga y homicidios o delitos sexuales. La misma conclusión se extrajo de un estudio bastante posterior, que repasó 14954 sentencias de los tribunales de Nueva York. El trabajo fundamental antes de la Segunda Guerra Mundial se debe al doctor Murphy, otro médico militar que, cubriendo una literatura farmacológica y psiquiátrica exhaustiva, termina afirmando: “Ninguno de los sujetos estudiados mostró una dependencia física, o tendencia a aumentar la dosis, y la mayor parte de ellos tendían a ser absolutamente moderados en sus peticiones o a reducir la dosis, incluso disponiendo de cantidades ilimitadas”.

En 1944, cuando se publica parte del Informe solicitado por La Guardia sobre la incidencia social de la marihuana en Nueva York, vuelve a no hallarse vínculo entre la droga y la delincuencia o la adicción. Intimidado por la prensa a responder lo oportuno, Anslinger (Senador norte-americano) comenta: “Es un documento realmente desafortunado, cuya frivolidad y falacia denuncié de inmediato la FBN. Ese Informe es el arma favorita de quienes hacen proselitismo a favor de los estupefacientes”.¹⁰²

Tampouco outros argumentos – ainda que ilegítimos – que poderiam amparar uma forçosa criminalização dessa droga psicoativa, portanto, sobreviviam. A necessidade de redirecionamento do proibicionismo, entretanto, venceu novamente.

¹⁰¹ Idem, p. 83.

¹⁰² ESCOHOTADO, Antonio, op. cit., p. 520-521.

Em 1925, a Convenção de Genebra manteve o mesmo molde político estabelecido em Haia, segundo o qual os países somente poderiam utilizar as drogas para fins médicos e científicos. A novidade em Genebra foi a criação de uma comissão de oito pessoas para vigiar o cumprimento das políticas acordadas pelos países. Desses membros, dois seriam indicados por Estados Unidos e Alemanha. Outra novidade da Convenção foi a inserção da heroína e da maconha e derivados no rol das substâncias perseguidas.

É de se desconfiar que os motivos para a inclusão das novas drogas têm relação direta com economia, política e moral: a tutela da saúde pública não passa de subterfúgio. Explica-se:

A heroína era droga em destaque em uma classe de *risco*, portanto, por consequência da calorosa novidade, foi-lhe rapidamente atribuído a ela o caráter de subversiva. Mais tarde, nos Estados Unidos, o tratamento da substância tornou-se sensivelmente *especial*.

O aumento do uso de heroína entre negros foi o estopim para uma nova e difusa associação entre depravação moral e degradação física. O fervilhante mundo do jazz e os guetos de negros passaram a ser vistos pela América branca como antros de cultivo ao vício. O clima de histeria anti-heroína foi importante para alavancar a aprovação de duas leis, o Boggs Acts, de 1951, e o Narcotics Control Act (Lei de Controle dos Narcóticos), de 1956, que condensavam as leis antidrogas aprovadas desde a Lei Harrison de 1914 e instituíam medidas severas como, por exemplo, previsão de cinco anos para traficantes primários (sem antecedentes criminais) e pena de morte para traficantes maiores de idade que vendessem drogas ilícitas a menores de dezoito anos.¹⁰³

A maconha e seus derivados, inclusos na política repressiva por iniciativa da Inglaterra, não eram considerados perigosos. Os demais países, inclusive, consideravam-nas drogas primitivas, em comparação aos alcalóides; o THC, princípio ativo da maconha, não havia sido ainda isolado pelos cientistas e tinha propriedades desconhecidas e misteriosas. (ESCOHOTADO, 1998, p. 525-526).

Pero la delegación inglesa elevó a cuestión esencial incluir el haschisch porque se había convertido en símbolo de una actitud 'subversiva' (em realidade, simplemente opuesta a su colonialismo), que comenzaba a cobrar fuerza en todo Egipto y especialmente en El Cairo, los egipcios enarbolaban su droga contra el whisky y la ginebra, contra el tabaco em cigarrillos, contra la heroína con la que pagaban los contratistas de obras a los peones y, en general, contra todo lo que representara a la potencia colonial.¹⁰⁴

¹⁰³ RODRIGUES, Thiago, op cit., p. 38.

¹⁰⁴ ESCOHOTADO, Antonio, op cit., p. 526.

Por motivos de conveniência, os demais países europeus, que pouca ou nenhuma relação tinham com a maconha, apoiaram a decisão proibicionista da Inglaterra. Apenas na Ásia e na África o cânhamo era mais conhecido, especialmente ligado a rituais religiosos. Todavia, estes continentes tinham ínfima representação na Convenção, portanto, a criminalização da substância foi facilmente ratificada.

Em 1931 houve nova Convenção em Genebra, que teve a finalidade de aplicar na prática as diretrizes do que fora estabelecido na Convenção anterior. Os Estados Unidos, ao contrário do último encontro, fizeram-se presentes.

A Convenção de 1936, de maior importância, foi denominada *Convênio para supressão do tráfico ilícito de drogas nocivas*. Foi, de fato, a imposição do modelo americano (D'ELIA FILHO, 2007, p. 84) ante as demais nações.

El resultado de la Conferencia celebrada en Ginebra durante el verano de 1936 es un triunfo personal de H. J. Anslinger, y el comienzo de una perfecta identidad entre los criterios imperantes en Estados Unidos y los defendidos por la autoridad internacional. A pesar de su nombre, se trata de una norma que obliga a los Estados a perseguir no sólo el tráfico sino cualquier implicación en 'drogas nocivas', y que recomienda a todos crear 'servicios especializados de policía'.¹⁰⁵

Toda a política proibicionista, inicialmente estabelecida principalmente por condições econômicas pontuais de alguns países, teve peculiaridades em relação a algumas drogas, no que se refletiu a arbitrária escolha entre drogas lícitas e ilícitas, tal como existe hoje. O moralismo norte-americano, o interesse inglês, a questão da África, a resistência chinesa, entre outros motivos, fizeram com que todo o planeta ficasse sujeito a uma conjectura que se mantém atualmente. A demonização das drogas legitima a política proibicionista que, por sua vez, estabeleceu-se por motivos desconhecidos pela grande parte dos comentaristas e formadores de opinião.

O período imediato ao fim da Segunda Guerra esmoreceu os debates da política proibicionista. Todavia, as leis internas norte-americanas, pontuais, eram norteadas pela mesma ideologia de repressão ao comércio das substâncias consideradas ilícitas.

A partir de 1960, iniciou-se um singular movimento mundial, voltado à juventude, que produziu o que se chama de *contracultura*. Neste contexto, ocorreu a Revolução Cubana,

¹⁰⁵ ESCOHOTADO, Antonio, op cit., p. 529.

a Guerra do Vietnã e outros movimentos que marcaram a História. Nesta época, as drogas também foram incrementadas, e novas substâncias passaram a ser conhecidas.

Estava-se transformando o American Way of Life dos anos anteriores; mas sobretudo era o momento do estouro da droga e também da indústria farmacêutica nos países desenvolvidos, especialmente nos Estados Unidos. Surgiam as drogas psicodélicas como o LSD com todas as suas implicações, e em meados da década aumenta violentamente o consumo de maconha, já não só entre os trabalhadores mexicanos, mas também entre os jovens de classe média e alta.¹⁰⁶

A *ideologia da diferenciação* (DEL OLMO, 1990, p. 33) surgiu para evidenciar (e criminalizar) o traficante. Esta era a peça chave da política proibicionista. Era certo que havia de se voltar às atenções ao produtor, ao distribuidor, ao comerciante, ao varejista da droga, tal qual se faz hoje, para que se legitimasse a guerra. O *traficante*urgia como verdadeiro *inimigo* do direito penal, e tal tese era desenvolvida consoante moldes maliciosos, tal qual discutido e explanado no capítulo anterior.

Ao *consumidor* da droga, conotação melhor não lhe cabia: o usuário era intrinsecamente considerado *doente/dependente*, que necessitava tratamento. O mundo das drogas, pelo menos no que toca aos seus consumidores, havia se expandido consideravelmente. Muito mais do que simplesmente a maconha dos mexicanos, o ópio fumado dos ingleses e a heroína dos negros nos Estados Unidos, o consumo de substâncias psicoativas havia atravessado as fronteiras das camadas sociais.

Contrariamente ao que aconteceu nas décadas anteriores, o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando sua visibilidade e, conseqüentemente, gerando o *pânico moral* que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal. Neste quadro, campanhas idealizadas pelos empresários morais e por movimentos sociais repressivistas aliadas aos meios de comunicação justificarão os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes.¹⁰⁷

O quadro descrito por Salo de Carvalho, nessa época, passa a retratar um esboço da questão de drogas tal qual é tratada hoje. As drogas estão nas ruas, à disposição de ricos e pobres. Esta situação faz com que se prepare uma resposta voltada à demonização das substâncias psicoativas, operacionalizada em ação conjunta arquitetada por agências de controle social.

¹⁰⁶ DEL OLMO, Rosa, op cit., p. 33.

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo de, op cit., p. 65.

O Movimento de Defesa Social, que dá amparo técnico à repressão, molda-se em frágeis critérios. A generalização de normas a serem otimizadas em diversas nações ofusca o real objetivo dos mandamentos, e termina por servir como instrumento de política voltada ao etiquetamento.

(O Movimento de Defesa Social): ideología caracterizada por una concepción abstracta y ahistórica de la sociedad donde se destacan fundamentalmente los principios del bien y del mal y de la culpabilidad, necesaria en ese momento como centralizadora y unificadora de las 'normas universales' que debían imponerse.¹⁰⁸

Como assinalou Del Olmo, a droga estava associada a movimentos políticos e culturais inéditos na humanidade. O mundo redescobria a droga e as substâncias já não eram mais exclusividade de classes excluídas ou imigrantes odiados.

Para frear este quadro, o proibicionismo, como é constante em sua trajetória, precisou se reinventar, a fim de estabelecer postura que se propusesse a criar falaciosos discursos justificadores de uma repressão já operacionalizada e fundamental para seus interesses.

O problema da droga se apresentava como uma “luta entre o bem e o mal”, continuando o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais confusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato do discurso jurídico enfatizar na época o estereótipo criminoso, para determinar as responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo como “delinquente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do estereótipo da dependência, de acordo com o discurso médico que apresentava o já bem consolidado modelo médico-sanitário.¹⁰⁹

O mencionado argumento médico-sanitário – ou *médico-sanitário-jurídico* (DEL OLMO, 1984, p. 105) era a legitimação do discurso proibicionista. O usuário, que passara a ser também jovem de classes média e alta, não poderia ter tratamento desumano ou degradante. A condição de doente passa a considerar o usuário como vítima e o uso de droga como problema de saúde pública, pela primeira vez na história.

¹⁰⁸ DEL OLMO, ROSA, *América Latina y su Criminología*. México: Editora Siglo Veintiuno, 1984, p. 90.

¹⁰⁹ Idem.

Percebe-se, com isto, que inclusive o tratamento jurídico dado ao tema é maliciosamente amparado por questões fáticas pontuais. Não fosse a *contracultura*, que despontou como protesto à ordem vigente e acarretou a expansão das drogas, a diversificação das substâncias, das formas de uso e, com isso, da possibilidade da inserção de jovens ricos estadunidenses e europeus, poderia o usuário de drogas, ainda hoje, ter tratamento jurídico formalmente relegado ao direito penal – na prática, em determinadas situações, sabe-se que ainda o é. Resquícios dessa política ainda existem, como em alguns casos de internação compulsória.

Com base nessas premissas adotadas pelo proibicionismo, referentes ao modelo *médico-sanitário-jurídico*, que respaldou a *ideologia da diferenciação* e deu azo a uma ilusória luta do *bem contra o mal*, encarando a droga como perigo para humanidade, em que o traficante é inimigo e o usuário é doente, foi assinada a *Convenção Única sobre Entorpecentes*, em 1961. A política proibicionista permaneceu encarada da mesma forma durante muitos anos.

Já na década de 70, a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) manteve os mesmos alicerces já definidos, além de incluir novas drogas no rol de substâncias proibidas. Era a fase *Law and Order*, na qual se fortaleceu o discurso de combate às substâncias perseguidas e principalmente aos narcotraficantes. O inimigo contemporâneo estava, mais do que nunca, sob a *mira* dos holofotes do direito penal.

As drogas eram questão de segurança nacional e o discurso médico-jurídico amparava a proteção dos jovens/vítimas e a criminalização dos jovens/delinquentes, de acordo com suas posições econômico-sociais.

A escolha política de criminalização de drogas, que já ultrapassava cem anos, conseguira como resultados a criação de novas e nocivas substâncias, a perseguição incansável a pequenos varejistas e a descarada diferenciação de tratamento em situações similares, de acordo com a conveniência.

2.4 Mata porque proíbe: Lei e Ordem? Drogas, intervenções e sangue

O fim da Segunda Guerra, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, trouxe grandes transformações em todo o planeta. Anteriormente, trabalhou-se com algumas

modificações no tocante à questão jurídica, politicamente voltadas a dar resposta ao clamor público proveniente das consequências geopolíticas do fim das batalhas. O mundo encontrava-se oficialmente dividido, e o discurso do *inimigo*, mais em voga do que nunca.

Somando-se a este contexto o expansivo aumento da repressão às drogas, surgido de diversos fatores tais quais a resposta aos movimentos da década de 60, os protestos de classes médias-altas da juventude europeia e norte-americana, a simbolização das drogas ilícitas – principalmente as novíssimas drogas sintéticas – e o novo avanço da heroína, estava formado o binômio a ser combatido pelas nações lideradas pelos Estados Unidos: os “inimigos principais” (DEL OLMO, 1990) eram os comunistas e os narcotraficantes.

A subversão comunista que ameaçava a democracia (ZACCONE, 2007, p. 92) estava muito bem delineada. Identificados os alvos a serem combatidos, urgiu a figura do presidente norte-americano Richard Nixon. A imponência do estadista tinha como principal ação de marketing a enérgica batalha contra as drogas e os inimigos a ela interligados.

O binômio comunismo-drogas era tudo o que os Estados Unidos precisavam para agirem de acordo com suas táticas predefinidas sem que fossem questionados em suas ações. Quem ousaria defender os países vinculados ao comunismo? Quem questionaria a intervenção em outras nações que produziam as drogas que estavam *assolando* a vida dos jovens norte-americanos? A estratégia estadunidense é tão antiga quanto apta a se atualizar: para cada interesse político-econômico, uma nova situação fática, bem contextualizada, a servir de fator legitimador para uma aplaudida intervenção.

A ideologia da Defesa Social, estruturada legitimamente a partir do movimento de Lei e Ordem, revigora-se, nesta fase, para amparar a atuação geopolítica estadunidense. As *every day theories* (BARATTA, 2000, p. 42), fincadas no senso comum, atreladas à nova escola penal positivista, contêm uma série de princípios legitimadores que dão fundamento à intervenção norte-americana na Amazônia e na Colômbia (ZACCONE, 2007, p. 95) e instrumentalizam os aparelhos repressivos em plena oposição ao discurso de proteção dos direitos fundamentais e fortalecimento da estrutura seletiva do sistema de controle social (CARVALHO, 2014, p. 91).

O Estado que cria a estrutura beligerante dos seus sistemas de segurança pública e a ela adéqua seu sistema penal e processual penal (CARVALHO, 2014, p. 97), entretanto, ergue-se sob a guarda de pilares definitivamente assimilados na sociedade pelo discurso da Defesa Social. Agem estes Estados sob o *princípio de legitimidade*, como forma de reação das

agências de controle penal às insurgências desviantes; o *princípio do interesse social*, de maneira a tutelar bens jurídicos encarados na sua coletividade, o *princípio do bem e do mal*, que se deita no simplório maniqueísmo criado sob um pretexto de repulsa aos novos inimigos; o *princípio da igualdade*, que mira na minoria desviante, que passa a ser o seletivo alvo do sistema penal; o *princípio de culpabilidade*, de cunho moral, voltado a tutelar os valores e normas *intrínsecos* à sociedade e o *princípio da finalidade* (BARATTA, 2000, p. 42-43), que dá à política sangrenta o condão de *prevenir* a expansão das drogas.

Os meios de comunicação de massa permitem a criação de estereótipos que, catalogados, tornam-se socialmente reconhecíveis e são diariamente expostos¹¹⁰. Esta mídia é a que reapresenta com pontual frequência os delitos grosseiros de fins lucrativos para os criminosos (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA E SLOKAR, 2011, p. 47), com a finalidade de lucro empresarial.

Neste quadro, os resultados das campanhas deflagradas pelos movimentos de Lei e Ordem, em sua relação simétrica com a mídia, podem ser considerados desde o ponto de vista interno e externo. Nas conjunturas nacionais, produzem efeitos irreversíveis no tecido social, fundamentalmente com a proliferação do pânico (moral) e a divulgação de medos.

[...]

Desde o ponto de vista externo (transnacional), tais ações reproduzem a crença no sistema penal como único meio eficaz de combate à criminalidade, logrando, entre outros efeitos, a criação de demandas às agências internacionais de controle, a deteriorização de valores vinculados aos direitos humanos e às suas garantias e a promoção de fratura artificial da sociedade (bem *versus* mal).¹¹¹

A década de 80 chega com os auspícios dessa opção político-criminal, e países como China e Colômbia, desde o início vinculadas às drogas produzidas em seu território, são as bolas da vez.

A partir de 1976, uma substância específica passa a ocupar com destaque o discurso de proibição, dando novos contornos à declaração de guerra. A cocaína é observada como droga em ascensão no que diz respeito ao consumo e disponibilidade dos EUA, superando a heroína. A indústria da coca estava se instalando nos países andinos, adquirindo características próprias e criando para todo o continente um novo alarde, aos moldes dos que ocorreram com a maconha (anos 30) e heroína (anos 50). Estava criado o estereótipo da cocaína, que preparava novos “inimigos externos” para a guerra que já havia sido declarada na década anterior.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991, p. 26.

¹¹¹ CARVALHO, Salo de, op. cit., p. 102.

Os Estados Unidos, portanto, utilizaram-se de uma pretensa *neutralidade* no novo cenário mundial de drogas, colocando-se como defensor de nações contra a iminência do avanço das novas substâncias: na *ocasião*, a cocaína.

Aceita-se oficialmente a existência de países produtores de drogas ilícitas e países consumidores, atitude que cumpria o papel de exteriorizar o problema do tráfico de drogas, colocando Estados e regiões do então Terceiro Mundo como agressores e os Estados Unidos na posição de vítima: criminosos asiáticos e latino-americanos levariam heroína, cocaína, maconha e LSD para corromper a juventude americana.¹¹²

O projeto eficientista de repressão (CARVALHO, 2014, p. 155) permanecia em expansão e apoiava-se num novo modelo doutrinário: a *teoria das janelas quebradas*. Por meio dela, a política de segurança pública em Nova Iorque primava, em discurso, pela primazia da ordem. A cada *janela quebrada*, uma *nova janela* a ser colocada imediatamente no local, após a *limpeza* da área.

O novo modelo sanitaria voltava-se ainda mais para o direito penal da insignificância, de forma a tutelar ínfimos patrimônios através do combate a pequenos delitos de rua. Quem está nas ruas? Quem comete os pequenos delitos? Novamente, insurge-se a figura do estereótipo perseguido. No entanto, a estratégia *declarada* era, através do combate de crimes menores, evitar maiores patologias criminais¹¹³.

A Tolerância Zero, declaradamente voltada, portanto, a combater crimes de menor potencial ofensivo, harmoniza-se perfeitamente ao movimento de Lei e Ordem, como subterfúgio para evitar ações criminosas mais agudas.

Percebe-se, pois, nítida simetria entre as propostas político-criminais propugnadas pelos Movimentos de Lei e Ordem e as oferecidas pelos defensores das políticas de Tolerância Zero. Todavia, enquanto os modelos de Tolerância Zero primam pela repressão à criminalidade de rua e bagatelar, por processos de higienização social a partir de normas penais sancionadoras de comportamentos individuais (*behaviorismo penal*), os Movimentos de Lei e Ordem reivindicam alta punibilidade às graves ofensas dos bens jurídicos interindividuais, sobretudo os delitos contra a pessoa e contra o patrimônio. Nesta fusão de perspectivas, entende-se a intolerância como o único mecanismo de prevenção da desordem social.¹¹⁴

¹¹² RODRIGUES, Thiago, op cit., p. 42.

¹¹³ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001, p. 25.

¹¹⁴ CARVALHO, Salo de, op cit., p. 156-157.

O momento vivido *exigia* uma forte intervenção moldada em ações repressivas. Além de o consumo de drogas alcançar números recordes, *incomoda* a ascensão do inimigo à mesma altura que o consumo da *coca*. O capital, enfim, cedera à expansão do milionário negócio, e o produto tão valioso passa a, infralegal e descaradamente, mover enormes fortunas.

As fugas de capital em direção às contas bancárias nos paraísos fiscais faziam conexão com o novo negócio bilionário, criado a partir de um atrativo mercado consumidor, em condições geopolíticas que facilitaram o *boom* da cocaína e o surgimento de organizações e redes de poder.¹¹⁵

O dinheiro do tráfico internacional era lavado em instituições financeiras e reaplicado. O inimigo, nativo dos Andes e há muito conhecedor da folha de coca, tinha o *know how* do novo negócio¹¹⁶, e a atração por sua rentabilidade era motivo relevante para o investimento no ofício. O combate das agências repressivas, para além da pretensa tutela à saúde pública, voltava-se também agora para os aspectos econômicos do tráfico (DEL OLMO, 1990, p. 57).

Num cenário de Guerra Fria cada vez mais polarizada, o enfraquecido comunismo saía de cena aos poucos e deixava em aberto lacuna a ser preenchida com urgência. O traficante ocupa este vácuo, legitima a política repressiva intervencionista norte-americana e dá ênfase à ideologia de Segurança Nacional.

As engrenagens repressivas, emanadas a partir de conceitos vagos, mas com utilidade policialesca inominável (v.g. Segurança nacional, inimigo interno entre outros), moldam intervenções punitivas que invertem os postulados legitimadores do Estado de Direito, pois assentadas na coação direta exercida por três sistemas penais repressivos distintos: o formal, o administrativo e o subterrâneo.¹¹⁷

O sistema penal subterrâneo cria uma espécie de *não declarado* Estado de Exceção, apto a agir de forma infralegal legitimado, somente na prática, pelas ideologias utilitaristas já mencionadas.

¹¹⁵ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone, op cit., p. 94.

¹¹⁶ RODRIGUES, Thiago, op cit., p. 51.

¹¹⁷ CARVALHO, Salo de, op cit., p. 97-98.

O auge destes (ab)usos repressivos com vistas a intervenções urge quando da tentativa de interligação entre a figura do decadente comunista com o ícone do traficante de drogas.

[...] o então embaixador dos EUA na Colômbia, Lewis Tambs, afirma haver nesse país uma associação direta entre guerrilhas marxistas, em luta pelo poder no país desde os anos 1960, e as organizações narcotraficantes. No pronunciamento, Tambs classificou tal associação como *narcoterror*. A posição do diplomata foi reforçada com a edição de um documento (a National Security Decision Directive – NSDD 221) pelo presidente Ronald Reagan, já em 1986, que registrava oficialmente que, para o governo, comunismo e narcotráfico agiam em conjunto para minar a democracia e a saúde das populações.¹¹⁸

Entre as intervenções norte-americanas na América Latina, cite-se o lançamento de veneno por aeronaves oficiais que visavam a atacar as plantações na Colômbia e Bolívia: “nas áreas em que os fuzileiros navais norte-americanos despojaram suas poderosas drogas, que arrasam as plantações de coca e adjacências, começam a nascer agora crianças deformadas”.¹¹⁹

As ações resultaram em utilização de drogas contra outras drogas que resultaram em mortes decorrentes de outras mortes. Na mesma esteira intervencionista, o Plano Colômbia, posto em prática pelos Estados Unidos à sombra dos direitos humanos e amparado por uma guerra há muito legitimada, acarretou um verdadeiro genocídio no país, cujas mortes englobavam guerrilheiros, líderes do narcotráfico e civis.¹²⁰

O maniqueísmo sem disfarces, travestido de tutela a uma quase *segurança mundial*, veste farda, *arma-se* com argumentos frágeis e institui forças militares no avanço da repressão. A então política que age na América Latina não demora a instituir-se no Brasil.

A consolidação da lógica militarizada nas estruturas formais de segurança pública no Brasil durante a Ditadura Militar, decorrência do treinamento das Polícias (Militares e Civis) de acordo com a cartilha da ideologia de Segurança Nacional, sustenta sistema verticalizado, com alta capacidade de capilarização, afeito à constante violação da legalidade.

Moldadas no militarismo, as agências de controle alimentarão o desejo insaciável de poder punitivo, conformando aquilo que poderia ser denominado como *vontade de suplício*, em virtude de sua expansão ilimitada e imune a qualquer tipo de controle.

¹¹⁸ RODRIGUES, Thiago, op cit., p. 73.

¹¹⁹ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990, p. 62.

¹²⁰ Disponível em <http://oglobo.globo.com/mundo/cia-ajudou-colombia-matar-lideres-das-farc-diz-jornal-11135676>

Tudo porque “no plano da política interna, a segurança nacional destrói as barreiras das garantias constitucionais: a segurança não conhece barreiras [...]”.¹²¹

Qualquer similaridade entre o quadro ora descrito, vigente na década de 80, e o tratamento criminal dado à questão das drogas, no Brasil, mais de trinta anos depois, não é mera coincidência.

Dessa forma, enfim, os Estados Unidos são legitimados para intervenções como o ocorrido no Afeganistão, na Colômbia e em demais países andinos. Os falsos pretextos permanecem como tática tão antiga quanto eficaz, como já mencionado, e cada vez mais geopoliticamente valiosa.

O novo modelo repressivo bélico passa a estabelecer sistemas penais potencialmente genocidas na América Latina, que ganham força a partir do incremento dos Movimentos de Lei e Ordem, os quais estabelecem o fomento do medo e terror para legitimar a “ideologia da diferenciação”, onde o traficante de drogas passa a ser considerado inimigo público número um, ao mesmo tempo em que a seletividade punitiva escolhe, através de esteriótipos, alvos para as ações do sistema penal. Assim, a posição precária no mercado de trabalho, as deficiências de socialização familiar, o baixo nível de escolaridade, muito antes de se constituírem como causas da criminalidade, aparecem como características desfavoráveis, que identificam seus portadores com o esteriótipo do criminoso.¹²²

A Convenção de Viena, de 1988, *Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*, é a preestabelecida política proibicionista moldada nos movimentos e ideologias já expostos.

Os inimigos, reagrupados, estão dentro dos países perseguidos, descontextualizados de conotações políticas mas pertencentes a classes subalternas e submetidos a um direito penal de autor. O fim da Guerra Fria não significa o fim das guerras internas.

Os moradores de rua, dependentes de drogas, prostitutas, bicheiros e traficantes compõem a nova clientela do sistema penal. A guerra não acaba, pois o inimigo jamais sucumbe; tão somente se recria, sob novos formatos, novas denominações, e novos contextos políticos, mas submetido às mesmas violações de garantias fundamentais.

¹²¹ CARVALHO, Salo de, op cit., p. 99.

¹²² D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone, op cit., p 99-100.

A política criminal de drogas, tal qual mundialmente estabelecida, criminaliza a pobreza e, através de discursos repressivos, legitima a violência contra classes escolhidas. A guerra contra as drogas sobrevive porque há interesse em sua perpetuação.

CONCLUSÃO

Nenhuma atribuição de conceitos, classificação ou análise em relação às drogas pode abster-se de uma prévia contextualização. É comum o enquadramento do tema de forma simplista e desvinculada das nuances históricas envolvidas. Tal conduta fatalmente incorre em suscitações preconceituosas (valorações pejorativas acerca de substâncias psicoativas em si encaradas e julgamentos de fatos e casos adornados de moralismo) e erros de dados (afirmações sem respaldo na prática).

A história da humanidade caminha lado a lado com a história das drogas. A *Pré-História* apresentou ao homem as substâncias psicoativas que o levariam às *viagens*, ao *entorpecimento*, à *drogadição* etc. Nada obstante a frequente alteração de termos atribuídos, o uso de drogas é comum e não há registro, na humanidade, de tendência à sua diminuição absoluta ou ao seu desaparecimento.

Apesar das rotulações negativas vinculadas a (determinadas) drogas e seus usuários, o culto a divindades, a ebriedade eventual, a alteração de percepções, as mudanças cognitivas foram sempre razões ensejadoras do uso e abuso de psicoativos, fenômeno este que remonta há milhares de anos e registros perdidos na História.

Percebe-se, portanto, a urgente necessidade de *informação*. Em pleno século XXI, é completamente descabido o discurso de demonização de determinadas substâncias psicoativas, como se fossem elas um mal em si mesmas, ignorando que seus efeitos existem de acordo com a liberdade de escolha e informação do usuário. São inconcebíveis também argumentos vagos como o da *porta de entrada* para drogas mais pesadas – argumento este que, sem qualquer amparo científico ou factual, relaciona drogas mais *leves* como prefácio para o *mortal* uso de drogas mais *pesadas*.

A desinformação sobre drogas talvez seja, premeditadamente, um dos temas de maior atraso no atual estágio da humanidade. Haverá o dia em que a forma com a qual se aborda a matéria, hoje, será de lembrança triste e remota. É necessário, portanto, que se disseminem informações acerca das substâncias psicoativas, sejam elas lícitas ou ilícitas, desde o potencial medicinal do ópio e da maconha, passando pela função estimulante da cocaína, até os caracteres alucinógenos dos ácidos.

A ideia da informação não deve estar vinculada à ideia do uso, mas tão somente apontada no ideal de trazer racionalidade e ciência à discussão. Não há quem beba álcool e

desconheça seus efeitos. Com os tradicionais cigarros, da mesma forma. Campanhas publicitárias na mídia, televisão e incentivos à discussão em família são fundamentais para que se encarem as consequências (benéficas e maléficas) advindas do uso das drogas ilícitas, tal como é feito com as drogas lícitas.

Para muito além de se conhecer e conscientizar, a informação traria à baila o que foi construído, a partir de meados do século XIX, com a medida de repressão a determinadas substâncias. A *descoberta* da droga, na modernidade, afinal, trouxe à Europa ares de novidade e requinte. A América e a África, recentes mercados consumidores à época, tinham nas ditas substâncias parcela significativa da economia que enriquecia os europeus.

Algumas questões pontuais, alguns séculos depois, fizeram com que a abordagem do tema passasse a se modificar gradualmente, com o crescimento da criminalização, que perdura até hoje. Não foram poucos os motivos não declarados que, individualmente, construíram situações fáticas que propiciaram a longo prazo, em conjunto, a política de repressão a uma gama de drogas consideradas ilícitas.

O desenvolvimento de nações europeias, no período colonialista, apoiava-se em grande parcela nessas substâncias. Contra esse desenvolvimento, pode-se aferir que os Estados Unidos iniciaram o que se conhece hoje por proibicionismo. O avanço econômico da Inglaterra, fortalecido pelo comércio do ópio, passou a ser rechaçado pelo Estado norte-americano. A Igreja Protestante e os ideais puritanos estruturaram a base dos costumes estadunidenses e passaram a condenar a substância por enxergá-la intrinsecamente apegada aos vícios, aos abusos, à ebriedade e a um modo de vida inaceitável. Estes costumes, confrontados com o uso de drogas fora e dentro do país (avanço da heroína) somaram-se aos interesses políticos em frear o desenvolvimento inglês. Estabeleceu-se na Convenção de Haia, no início do século XX, a semente da guerra contra as drogas.

Com os discursos morais e a propagação do medo através de discursos médicos, o proibicionismo se desenvolveu e, na década de 60, germinou com a declaração de guerra às substâncias psicoativas selecionadas pela Organização das Nações Unidas. Paralelamente a essa decisão política, sobreveio o *boom* da indústria farmacêutica que, afastada da insígnia do proibicionismo e das negativas alcunhas moralistas, gerou um mercado econômico promissor, ofertando à clientela produtos que davam aos seus consumidores sensações similares às drogas ilícitas: bem-estar, tranquilidade, alívio das dores, da ansiedade, otimização do prazer etc.

Nesse contexto, a clandestinidade das drogas ilícitas gerou um mercado negro perigoso e rentável. Os Estados, para frearem o avanço das drogas combatidas, nos moldes das Convenções internacionais, investiram preço alto. Não se registrou, todavia, diminuição do comércio e uso de drogas. Pelo contrário: movimentos rebeldes da década de 60 propagaram a *contracultura* e encontram em novas substâncias, como o LSD, um símbolo para a resistência da ordem vigente e enfrentamento ao *status quo*.

Nesse ínterim, a global política criminal de drogas apostou na recuperação de usuários/doentes (a droga chegara às camadas mais altas da população), bem como na mais poderosa repressão à produção e ao comércio. Alguns países, notadamente latino-americanos, a pretexto de produzirem drogas importadas clandestinamente pelos Estados Unidos, passaram a se tornar alvo de restrições internacionais.

Permanece, hoje, a política de repressão fortemente apoiada na desinformação e amparada por uma perigosa descontextualização histórica que situa o problema das drogas como situacional e promove propostas de ação alarmistas e não planejadas. Com base nisto, Convenções internacionais originam políticas internas de países-membros (incluindo o Brasil) que, moldadas na repressão, contradizem consagrados ditames de direitos fundamentais.

Como consequência desta escolha, urge o traficante e o financiador do mercado ilícito das drogas como o contemporâneo *inimigo* no direito penal. A teoria de Zaffaroni enxerga a figura do inimigo como protagonista de posturas de repressão legitimadas por governos de modo a criminalizar uma determinada parcela da população. Na Idade Média, as bruxas e os hereges; no século XX, os comunistas. Atualmente, o varejista do mercado de drogas criminalizadas ocupou a lacuna em aberto.

No Brasil, a imagem estigmatizada do traficante está em voga. No ano de 2010, as invasões das Forças Armadas nas favelas do Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, amplamente televisionadas e divulgadas mundo afora, foram vendidas como uma *vitória* do Estado contra a criminalidade. Zaffaroni já mencionara que o *autoritarismo cool* é a contemporânea tendência em identificar e aceitar o *inimigo* para enfatizar o discurso da repressão, ainda que não haja fundamentos para tal. No Brasil, discutir a regularização da produção, comercialização e comércio de drogas pelo Estado ainda é um tabu.

Os números evidenciam que o tráfico de drogas movimenta aproximadamente 750 bilhões de dólares ao ano. Em 2007, o Relatório Mundial de Drogas apontou que 5% da população mundial faz uso de drogas ilícitas ao menos uma vez ao ano. O mercado sobrevive,

pois a demanda nunca deixou de existir. A astronômica circulação de dinheiro de origem ilícita passa por grandes instituições financeiras que reconhecem a necessidade da política proibicionista para a manutenção da estabilidade financeira do mercado.

Na outra face da moeda, longe dos negócios obscuros e bilionários, das lavagens de dinheiro e dos dólares do narcotráfico, segue o Brasil numa quase inocente perpetuação da política beligerante de proibicionismo. Em terras brasileiras, todavia, o cenário insurgente é diverso. Forças policiais, nas baixas camadas de um sistema econômico desigual, são colocadas em guerra contra o mercado negro que se instala nas favelas. No Brasil e na América Latina saltam aos olhos as consequências da política adotada em Convenções na Europa, ainda mais desconectadas às realidades socioeconômicas dos países menos desenvolvidos.

O saldo da guerra aponta para um número de mortes na guerra ao tráfico no Rio de Janeiro que supera o número de mortes da Guerra do Iraque. No espaço público, estima-se que 70% dos homicídios registrados originam-se a partir de conflitos oriundos do tráfico, entre disputas de facções rivais ou confrontos com a polícia.

O discurso que se ouve no cotidiano é o de *resistência* a uma degenerada ofensiva do *crime organizado* contra a sociedade civil. Comenta-se que o cidadão brasileiro vive ameaçado e a segurança pública é um caos ante o poderio das *gangues criminosas*. A realidade, contudo, aponta o traficante de drogas como vulnerável socialmente, pobre e negro.

As grandes quantias supramencionadas não circulam no submundo que gera o saldo da guerra contra as drogas. A *linha de frente* do crime, das periferias distantes de São Paulo aos morros cariocas, compõe-se pessoas marginalizadas da sociedade. Quem faz circular o mercado da droga são “fogueteiros”, “mulas” e varejistas de posição econômica vulnerável à ação repressora do Estado.

A política de drogas, que declara combate às drogas em si mesmas reprimindo a produção, distribuição e comercialização, prevenindo o uso e tratando o usuário, mostrou-se falida. A conclusão a que se chega é a de que a criminalização das drogas não atingiu seu objetivo. Pelo contrário: há cada vez mais tráfico, mortes e ofertas de drogas. Novas drogas, não reguladas pelo mercado e criadas na clandestinidade, agravam o problema de saúde pública que a política criminal visa a tutelar. O *crack* mata indistintamente e foi criado no submundo do proibicionismo, sem qualquer tipo de controle estatal.

Ainda mais grave que o *crack* (usado a título de exemplo) e o uso de todas as outras drogas é a questão da saúde pública, da violência e da criminalidade instaurada pelo próprio Estado em nome da proibição. No Rio de Janeiro, favelas *pacificadas* e controladas pela Polícia Militar convivem com violações de direitos fundamentais dos seus moradores e um desmascarado controle social das *classes perigosas*, sem qualquer respaldo tocante à diminuição do tráfico e da oferta de drogas.

O encarceramento em massa de classes subalternas transforma os pequenos criminosos em soldados do tráfico, numa verdadeira carreira do crime que se avulta nos precários e lotados sistemas prisionais brasileiros.

O filme *Tropa de Elite* (direção de José Padilha, 2007) retrata o cotidiano de policiais militares na década de 90, na cidade do Rio de Janeiro. Na ocasião, estava prevista na cidade a visita do Papa João Paulo II. A Polícia Militar do Rio de Janeiro, por meio do seu Batalhão de Operações Especiais – BOPE, recebeu, portanto, a determinação do governo para garantir a segurança da maior autoridade da Igreja Católica. Iniciou-se, nesse momento, uma onda de *higienização* dos territórios de risco, atingidos pela atividade do tráfico de drogas. Numa das ofensivas policiais a uma dessas comunidades, o Capitão Roberto Nascimento ordena o assassinato de um traficante detido pelos seus soldados. Para justificar a morte, o Coronel emana a frase: “bota na conta do Papa”.

A cena é emblemática e marca as consequências de uma guerra sem vencedores. Não há, de fato, justificativa, para o assassinato do traficante. Na visão do policial, todavia, a figura do criminoso é responsável pela onda de violência que assola a cidade. Na guerra, ambas as partes, vulneráveis, são colocadas em confronto. A morte que vai para a “conta do Papa” não é contabilizada, mas existiu e é fruto do direito penal subterrâneo que vige num cenário de guerra: não havia como esperar algo diferente da morte.

O grupo musical Racionais MCs é oriundo das periferias da zona norte da cidade de São Paulo no final da década de 80. No território em que foi fundado o grupo, os moradores convivem com as batalhas do tráfico e conhecem os resultados do proibicionismo. Há uma música do grupo que descreve: “Desde o início, por ouro e prata/Olha quem morre, veja você quem mata/Recebe o mérito, a farda que pratica o mal/Me ver pobre, preso ou morto já é cultural [...] Pesadelo? É elogio!/Pra quem vive na guerra, a paz nunca existiu/No clima quente, a minha gente sua frio/Vi um pretinho, seu caderno era um fuzil”.

O trecho resume a realidade advinda do proibicionismo. A política adotada mantém a desigualdade, o esmorecimento das classes sociais mais vulneráveis e oferece às suas crianças uma carreira criminosa e sem futuro. O aumento da repressão, do controle e o enfraquecimento das ações sociais voltadas principalmente à educação já se demonstraram ineficazes. O Estado que se omite em encarar a questão e mantém medidas ineficazes é o responsável pela estigmatização de criminosos e pelo estabelecido saldo da atual política criminal de drogas: cenário de guerra, encarceramento da miséria e mortes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda, 1996.

_____. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4ª edição traduzida. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BECKER, Howard. *Uma teoria da ação coletiva*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1977.

BOITEUX, Luciana. *Tese de doutorado: O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Faculdade de Direito da USP, 2006.

_____. *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Decreto n. 154/91: disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm

_____. Decreto-Lei n. 3.914/41: disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm

_____. Decreto-Lei n. 5.912/06: disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm

_____. Lei n. 9.034/95: disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm

_____. Lei n. 11.343/06, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm

_____. Lei n. 11.343/2006: disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm

_____. Ministério da Saúde: disponível em Portaria n. 344/98: www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf

CARNEIRO, Henrique. *As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX*. Revista Outubro, IES, volume 6: São Paulo, 2002.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei n. 11.343/06*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Editora Conceito Editorial, 2012.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

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

_____. *América Latina y su Criminologia*. México: Editora Siglo Veinteruno, 1984.

_____. *Las Drogas y sus Discursos*. In: PIERANGELI, José Enrique (coordenador). *Direito Criminal (05)*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

ESCOHOTADO, Antonio. *La História General de las Drogas*. 7ª edição. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

_____. Artigo *Ebriedad*, disponível em <https://escohotado.org>

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão; teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2001.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *Fascículos de Ciências Penais. Uma leitura antropológica do uso de drogas. Drogas: abordagem interdisciplinar*. Volume 3, 1990.

GALEANO, Eduardo. *As Veias Abertas da América Latina*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de Drogas Comentada*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2ª edição. Niterói: Editora Luam, 1993.

_____. Palestra na abertura do Seminário *Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização*, promovido por Law Enforcement Against Prohibition – Agentes da Lei Contra a Proibição (LEAP BRASIL), em conjunto com o Fórum Permanente de Direitos Humanos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), o Fórum Permanente de Especialização e Atualização nas Áreas do Direito e do Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e o Instituto Carioca de Criminologia (ICC) – Rio de Janeiro-RJ – 4 abril 2013. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/textos>

LUIZI, Luiz. *A legislação Penal Brasileira Sobre Entorpecentes*. In: *Drogas: abordagem interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais (03). Porto Alegre: Editora Fabris, 1990.

_____. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

_____. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional das Drogas*. Disponível em <http://www.unodc.org>

_____. Convenção Única Sobre Entorpecentes, disponível em <http://www.unodc.org/lpo/brazil/pt/drogas/marco-legal.html>

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *A Ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: uma guerra na guerra*. São Paulo: Editora Negativo, 2003.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCIENTIFIC AMERICAN. Disponível em <http://www.scientificamerican.com/article/addicted-to-fat-eating/>

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.02.2007. Disponível em <http://stf.jus.br>

SZASZ, Thomas. *Nuestro Derecho a las Drogas: En defensa de um Mercado Libre*. Barcelona: Anagrama, 2001.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

_____. *O lugar da prisão na nova administração da pobreza*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/nec/n80/a02n80.pdf>.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e sistema penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION: disponível em http://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/msb_gsr_2014_3.pdf?ua=1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2007.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2011.