

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

RENATA ALMEIDA DA COSTA

SORAIA DA ROSA MENDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Paulo César Corrêa Borges, Renata Almeida Da Costa, Soraia da Rosa Mendes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-214-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologias. 3. Política Criminal.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

Uma vez mais o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem a satisfação de apresentar em forma de publicação uma coletânea de textos representativos de algumas das teses desenvolvidas em seu XXV Encontro Nacional que, em 2016, teve como tema “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”.

O encontro, realizado na Universidade de Brasília – UnB, em uma parceria com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e a Universidade Católica de Brasília - UCB, ocorreu entre os dias 6 a 9 de julho e, como era de se esperar, foi mais um momento especialmente rico no qual estudantes e professores construíram um espaço privilegiado de integração de várias instituições de ensino.

Os vinte e quatro textos que seguem foram objeto de intensos debates no Grupo de Trabalho “Política Criminal e Criminologia”, refletindo a atualidade de questões que envolvem o tema objeto de nosso GT ao redor do qual estiveram pesquisadores/as de todas as partes do país e de diferentes níveis de formação.

De um modo muito particular gostaríamos de registrar que, dos vinte e sete trabalhos aprovados, vinte e quatro deles contaram com a participação feminina em abordagens referentes a temas que giraram desde, v.g., a violência sexual e justiça de transição até, também por exemplo, os elementos punitivos na pós-modernidade e o direito penal do inimigo. Ou seja, pesquisas de conteúdo relevante, de caráter inovador, com grande potencial de impacto na área, visto traduzirem reflexões capazes de influírem na forma como devem ser compreendidas diferentes perspectivas político-criminais e criminológicas.

O intercâmbio de experiências durante o GT certamente representou um acréscimo importantíssimo ao pensamento jurídico e ao Conpedi, como um irradiador da produção de conhecimento que tem sido há longos anos. Sendo imprescindível, portanto, agradecer a todos e todas os e as participantes por suas contribuições, sem as quais o êxito do GT como um todo não seria possível.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – Universidade Estadual Paulista/UNESP

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa – Centro Universitário La Salle - UniLaSalle

Profa. Dra. Soraia da Rosa Mendes – Instituto de Direito Público/IDP

O FIM DA ERA DA PROIBIÇÃO: QUESTÕES SOBRE INJUSTIÇAS, EFICÁCIA DAS LEIS E LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS

THE END OF THE PROHIBITION ERA: QUESTIONS ABOUT INJUSTICE, EFFECTIVENESS OF LAWS AND LEGALIZATION OF DRUGS

Hilbert Reis Silva ¹

Resumo

O presente artigo pretende investigar a relação entre sociedade, proibicionismo e usuário, sob aspectos sociais e jurídicocriminológicos, no intento de avaliar, sucintamente, o que se passou até agora no que se refere à criminalização das drogas. Busca-se explorar as incongruências existentes no sistema normativo brasileiro, e como isto vêm intensificando discussões sobre a legalização. Este trabalho, sob o enfoque empírico-analítico e com a utilização da abordagem hipotética dedutiva – a partir da análise bibliográfica e documental, passa pela análise do proibicionismo e de sua política de injustiças, no intuito de se construir perspectivas em direção à legalização das drogas.

Palavras-chave: Proibicionismo, Constituição, Privacidade e intimidade, Legalização das drogas

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to investigate the relationship between society, the prohibition and drug users through social, legal and criminological analysis, in order to review what happened with regard to the criminalization of drugs. Thus, this article aims to explore the inconsistencies in the brazilian legal system regarding the drugs, and how this have intensified discussions about legalization. Therefore, this paper, under the empirical-analytical focus and the use of hypothetical deductive approach – from the bibliographical and documentary analysis, aims to examine the prohibition and injustices policy, aiming to build prospects for the legalization of drugs.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prohibitionism, Constitution, Privacy and intimacy, Drug legalization

¹ Mestrando em Direito pela UNESP. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Aprisionamentos e Liberdades – NEPAL

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, em um primeiro momento, se propõe analisar os paradoxos da droga, ao evidenciar as desigualdades entre os tipos de substâncias e usuários, bem como trazer à tona questões atinentes à liberdade de expressão, privacidade e intimidade. Segundo Maria Lúcia Karam, os “consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado” (KARAM, 2008, p. 41), tendo em vista que a criminalidade e a violência são produtos da própria ilegalidade criada pelo Estado. Sob esse paradigma, o presente artigo buscará demonstrar que dentro do nosso próprio ordenamento jurídico, sobretudo na Constituição, existem dispositivos capazes de tutelar os direitos de liberdade, privacidade e intimidade referente à conduta do uso de drogas.

Para isso, este trabalho conta com as proposições de Elías Neumán (1991), pela ferrenha crítica à criminalização das drogas; Márcia Dometila Lima de Carvalho (1992), por ser referência na análise da relação entre Direito Penal e Constituição; Maria Lucia Karam (2008), pelos potentes argumentos quanto à inconstitucionalidade de leis criminalizantes de condutas que não atingem direitos de terceiros, como são os casos da posse de droga para consumo próprio; e Eugenio Raúl Zaffaroni (2003; 2012), por ser referência na luta contra as injustiças promovidas pelo sistema penal.

Este artigo, sem se esquecer do usuário, de sua família e do traficante/comerciante, pretende analisar de forma crítica a atual relação da sociedade e do Direito com as drogas, no intento de trilhar meios para o rompimento com o proibicionismo, rumo à leis mais justas. Em suma, sob o enfoque metodológico empírico-analítico e com a utilização da abordagem hipotética dedutiva – a partir da análise bibliográfica e documental, este trabalho almeja demonstrar um panorama do proibicionismo atual, a relação entre o Direito Penal e a Constituição, e os caminhos para o fim da era da proibição.

Na continuidade, analisar-se-á, sucintamente, os caminhos à legalização. Neste momento, a proposta uruguaia será apresentada como uma possibilidade de caminho. Neste sentido, o presente artigo apresentará as diferenças e peculiaridades que cercam Brasil e Uruguai, e apresentará outras possibilidades, como a “legalização controlada”. Não obstante, questões pós-legalização serão brevemente tratadas, como a questão dos pequenos traficantes

que sobrevivem do mercado ilegal e o tráfico de drogas substitutivas ao *hard users*.

1 Paradoxos da droga

Há dois polos antagônicos quando se refere a conduta do uso de droga. Submetidos à legislação injusta e reféns de ineficiente conduta estatal sócio-assistencial, encontram-se principalmente os toxicodependentes usuários dos derivados da *erythroxylum coca lam* (cocaína e crack), “drogas pesadas”, reconhecidamente danosas ao usuário. Condicionados à estereótipos degradantes, estes são transformados em delinquentes, e em sua grande maioria acabam sendo afastados inclusive daqueles que mais poderiam contribuir para a derrocada da toxicodependência severa. Para Elías Neumán:

Há famílias de classe média e alta que preferem exportar o problema sem nunca refletir que o viciado pode ser uma espécie de emergente dentro de um grupo de doentes. Na tentativa de silenciar o que se passa, de ter um respiro, optaram pelo encarceramento, um sanatório, uma casa de campo onde se possa fazer terapia coletiva. Qualquer desses lugares se oferecem como milagrosos, porém, em certas ocasiões, por conta disso, a família se torna carrasca de sua própria iniciativa.¹ (NEUMÁN, 1991, p. 141, tradução do autor).

Do outro lado, no polo oposto, estão as substâncias que oferecem menores riscos à saúde. São os derivados da *cannabis sativa lineu* (por exemplo, a maconha), que posicionam-se como o grande motivo das discussões que circundam o surgimento de propostas de despenalização, descriminalização e legalização das drogas.

Percebe-se que na maioria dos casos a conduta do uso de drogas não necessariamente converte o agente em dependente. Como a qualquer droga (inclusive as lícitas) este risco é possível, contudo diferentemente da imagem construída ao longo do projeto proibicionista estadunidense, não há que se pensar no usuário como um delinquente e nem a droga como elemento desconexo da realidade social, pois:

¹ Hay familias de clase media y alta que quisieran exportar la enfermedad y casi nunca advierten que el adicto puede ser un emergente de todo el grupo enfermo. A costa de silenciar lo que ocurre, tener un respiro, preferirán la cárcel, un sanatorio, una casa de campo donde pueda hacer terapia colectiva, pero sacarlo ¡del hogar! Cualquiera de estos sitios se ofrece como panaceísticos, y, en ocasiones, la familia se transforma en verdugo de su propia iniciativa.

[...] há drogas que não produzem nem sequer dependência orgânica e a regularidade na forma de consumi-las nem sempre caracterizam hábito. Existem certas (substâncias) que ainda não possuem pesquisas científicas com um consenso definitivo sobre seus efeitos químicos (como ocorre com o álcool ou o tabaco), tendo como conhecimento apenas indicadores empíricos.² (*Ibid.*, p. 121, tradução do autor).

A questão que se coloca é de como seria possível a criação de uma legislação sintonizada com os princípios de liberdade de expressão, privacidade e intimidade, levando em conta a complexidade que envolve o próprio produto, sua composição, peculiaridades, graus de perigo e danos às pessoas.

Outra perspectiva a ser destacada seria o porquê da manutenção de legislações de caráter paliativo de prevenção, subservientes aos mandos do aparelho estatal em que ao invés de trabalhar para construção de uma sociedade mais justa, transforma a aplicação de penas em meio “preventivo” à novas consecuições criminosas.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni:

A norma é filha da decisão política, leva sua carga genética, mas o cordão umbilical é cortado pelo princípio da legalidade, enquanto a extensão punitiva. O que não significa desvinculação total, posto que a carga genética da decisão política é conservada pela norma. O bem jurídico escolhido para ser tutelado pela decisão política, é o componente ideológico que nos mostra a finalidade da norma, sempre que se observar o princípio da legalidade, o esclarecimento da decisão política será um elemento orientador de grandiosa importância para determinar o alcance da proibição.³ (ZAFFARONI, 2003, p. 267, tradução do autor).

Maria Lúcia Karam afirma que “[...] não são, portanto, as drogas que geram criminalidade e violência, nem são os consumidores os responsáveis pela violência dos ‘traficantes’. Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. Responsável pela violência é sim o Estado, que cria

² Hay drogas que no producen dependência orgânica ni síquica y la regularidad en la forma de consumirlas no siempre significa hábito. Las investigaciones científicas sobre el efecto del quimismo de ciertas no han formado un consenso definitivo (como ocurre con el alcohol u el tabaco), pues lo que se conoce no va más Allá de indicadores empíricos.

³ La norma es hija de la decisión política, lleva su carga genética, pero el cordón umbilical lo corta el principio de legalidad, en cuanto a extensión punitiva, lo que no significa desvinculación total, puesto la carga genética de la decisión política es conservada por la norma. El bien jurídico tutelado elegido por decisión política, es el componente ideológico que nos señala el fin de la norma, siempre que se observe el principio de legalidad, el esclarecimiento de la decisión política será um elemento orientador de primordial importância para determinar el alcance de la prohibición.

ilegalidade e, conseqüentemente, gera criminalidade e violência.” (KARAM, 2008, p. 41).

Neste sentido, o proibicionismo como solução vem se mostrando um equívoco, pois dele surgiram leis contrárias aos direitos fundamentais e que corroboraram o desenvolvimento de condutas juridicamente e socialmente ainda mais reprováveis do que o próprio uso, porte e venda de substâncias entorpecentes.

Destaca Elías Neumán que o narcotráfico:

[...] pode chegar, em um futuro, a desestabilizar as estruturas dos Estado. Eles tem em mãos o uso e o abuso da corrupção, e se valem dos mais sinuosos e variados recursos econômicos para produzir estratégias através de uma complexa rede de operações que envolvem todos os níveis do corpo social [...] o narcotráfico ostenta, atualmente, excelentes relações com os setores econômicos mais fortes e com os membros do poder, sem se esquecer, também, da relação cada vez melhor com os marginalizados socialmente.⁴ (NEUMÁN, 1991, p. 159, tradução do autor).

Outro ponto que reverdece a continuidade do processo repressivo contra as drogas é a dificuldade intrínseca de rever as metodologias aplicadas, e de se compor novas estratégias que necessariamente teriam que abarcar o negócio da droga a outros atores sociais e estruturais do aparelho estatal e social.

Nesta linha, caberia ao Direito Penal – conectado aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e intimidade –, exercer seu papel em conformidade à Constituição. Para isso “se faz necessário reconhecer que o direito penal sempre ‘aspira’, ‘tende’, ‘procura’, mas não realiza magicamente, [...] sempre tendendo à intervenção mínima e menos violenta.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, pp. 80-81).

2 Constituição e as drogas

A conduta de uso de drogas, quando analisada como elemento ativo e integrante da sociedade se relaciona necessariamente com os conceitos de autonomia e autodeterminação.

⁴ [...] puede llegar, en un futuro, a desestabilizar las estructuras de los Estados. Tiene en la mano el uso y abuso de la corrupción y se vale de los más sinuosos y variados recursos económicos para producir estrategia mediante una intrincada red de operaciones que involucra a todos los niveles del cuerpo social [...] ostenta, en la actualidad, excelentes relaciones con los sectores económicos más fuertes y con conspicuos miembros del poder, sin olvidar las cada vez mejores relaciones con los marginados sociales.

Enquadra-se, assim, nos direitos à privacidade e intimidade, em que ausente de qualquer emolduramento ou preenchimento patrimonial, comungados à noção de direito sobre o próprio corpo, são elementos essenciais na construção do conceito de liberdade de expressão.

Neste sentido, a tutela constitucional na sua ampla proteção ao segredo da vida privada e a liberdade da vida privada, não tende a abrir lacunas para o entendimento de que a conduta do porte de drogas para uso próprio seria lesivo em algum momento a terceiros já que “ter em sua posse drogas qualificadas de ilícitas para seu consumo pessoal, ou consumi-las em circunstâncias que não tragam um perigo concreto, direto e imediato para outras pessoas, são condutas privadas, que estão situadas na esfera individual” (KARAM, Maria Lucia, 2004, p. 360), e protegidas materialmente na Constituição. Entretanto, parte da jurisprudência ainda se ampara no fato de que essa determinada conduta, esse suposto delito, seria um “perigo abstrato” à saúde pública, o que justificaria, portanto, a intervenção do aparelho repressivo estatal.

Todavia, quando se refere às drogas, o perigo abstrato, simboliza a construção de uma não realidade, de um momento não factual, desprendido da razoabilidade que seria necessária para aquele momento em que o Direito deveria agir. Segundo Luigi Ferrajoli:

[...] os ‘crimes de perigo abstratos’ ou ‘presumido’, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como perigo que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Trata-se, logo, de um “desvalor puramente social ou político da ação” (*Ibid.*, p. 501) onde se pune um comportamento que não produz diretamente nenhuma lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos públicos protegidos. Essa intromissão estatal em favor do “interesse público” acaba por impor ao direito individual restrições da qual este – ator social na construção social da realidade – não lhe serve como um direito, mas como uma barreira burocrática àquele comportamento que o sujeito desejaria que não se tornasse do domínio público ou que, na visão descentralizada, não seria de ameaça interesse público.

Tomando-se essa premissa, em que o direito individual, garantia fundamental e basilar da Constituição é afetado por uma intervenção estatal, é necessário “[...] desvelar processos

ou características que a pessoa deseja preservar para si, [pois, o Estado] precisa de fundamentos suficientemente justificados dessa intromissão – isso quer dizer justificativas de relevância maior que o próprio direito da personalidade.” (HARTMANN, Arlete, 1994, p. 97). Assim sendo, ao abarcar a seara das justificativas que fariam com o que direito tutelasse determinado bem jurídico em relação à outro, dever-se-ia, sob os pilares constitucionais, definir parâmetros que permitissem saber quais justificativas concretas e objetivas seriam relevantes à coletividade.

Márcia Dometila Lima de Carvalho assevera que “uma norma penal em qualquer direito constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com os princípios que permeiam a Constituição, deveria implicar, necessariamente a descriminalização ou não aplicação da norma penal” (CARVALHO, Márcia Dometila, 1992, p. 22), ou seja, sendo a Constituição o pilar de referência de todas as leis infraconstitucionais, a Constituição faz-se lei às outras leis.

Por essas razões, sobressai-se a necessidade da unicidade entre a Constituição e as leis penais, como meio de determinar o que é o injusto e reprovável, sem ir além dos limites constitucionais, aplicando as sanções em suas medidas adequadas, quando necessárias. O Direito Penal – conectado diretamente à pessoa humana –, tem a tarefa substancial de se integrar as demandas e exigências sociais, sem desassociar-se do necessário equilíbrio legal exigido pelo sistema.

Deve-se, portanto, “[...] averiguar todas as hipóteses possíveis de aplicação da norma constitucional e ver a melhor forma de aplicação que condiz com a sistemática adotada pelo sistema normativo” (*Ibid.*, p. 62), a fim de que, através desta exegese, se possa constituir parâmetros claros de como lidar quando se materializarem antinomias jurídicas que, em princípio, nem deveriam existir.

3 A eficácia das leis penais no Brasil

A vigência de uma lei quando não eficaz apresenta duas situações factuais que, independentemente se comungadas ou não, denunciam a fissura estrutural entre as torres gêmeas do “dever ser” e o “ser”. Nota-se, em geral, que a não aplicabilidade das leis pode se dar pelo excesso de leis ou pela não capacidade do Estado em aplicá-las, seja por uma, seja

por outra, a responsabilidade dessa relação norma-realidade não se encontra no sujeito para qual a lei é imposta, seja ele um descumpridor da lei ou não.

Se o modo de agir do aparelho estatal for contrário ao que determina uma lei ordinária ou a Constituição, para o entendimento cultural poderiam haver justificações que pudessem explicá-las, entretanto, sob a perspectiva jurídica essa condição incide frontalmente com a própria razão de ser do Direito.

A erosão do regulamentarismo não diz respeito à diminuição ou afrouxamento de regras constrangedoras, mas à sua proliferação de tal modo abundante que se torna impossível a sua eficácia, pairando numa espécie de reino do direito processual que acaba por revelar pouca capacidade de regular a vida concreta das pessoas. (FERNANDES, 2009, p. 4).

Quando o assunto refere-se às drogas, observa-se uma centralização da análise na lei infraconstitucional através de um *modus operandi* mecanizado, desembocando em uma confusão entre as noções de “vigência e validade, obstruindo a efetividade das normas e dos princípios constitucionais”. (CARVALHO, Salo, 2010, p. 111). A eficácia, neste sentido, só seria possível quando estruturada num real senso executável de aplicabilidade, caso contrário, tornar-se-á possivelmente mais uma lei fadada ao fracasso.

Neste sentido, caberia ao Estado a responsabilização pela não eficácia da norma, já que “[...] a dinâmica social sempre ameaça anular a eficácia de qualquer sistema penal, pois pode provocar a perda de fundamentação antropológica”.⁵ (ZAFFARONI, 2012, p. 159, tradução do autor). Percebe-se, todavia, que para o aparelho repressivo estatal, quando o assunto refere-se às drogas, a lei infraconstitucional se torna o texto normativo mais importante, dando a Constituição uma segunda importância. Nesse sentido, a norma cujo conteúdo deveria balizar todas as leis ordinárias, acaba por servir apenas como parâmetro simbólico, desconstruindo a hierarquização e a guarda da Carta Magna.

O problema, portanto, é o da não efetividade e a não eficácia dos princípios da privacidade e intimidade no que se trata da matéria das drogas. Se o próprio sistema penal comungado com os ideais democráticos da Constituição conferem ao sujeito liberdade de exercer sua saúde conforme lhe convém, abrangendo assim o princípio de respeito às

⁵ La dinámica social siempre amenaza con anular la eficacia de cualquier sistema penal, ya que puede provocar su pérdida de fundamentación antropológica.

diferenças e particularidades de cada pessoa, as leis penais, nessa perspectiva, deveriam ser colocadas como garantidoras de direitos e não como ceifadoras destes.

4 Proibicionismo e a política da injustiça

Desde o surgimento do proibicionismo, mas, sobretudo após a promulgação da lei 11.343/06, a prisão de pobres com quantidades irrisórias de drogas com a alegação de tráfico foi e segue sendo a maior máquina de injustiça promovida pelo projeto proibicionista no Brasil. Os presídios brasileiros estão tomados por sujeitos nesta condição, de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), 35,1% das pessoas presas no país respondem por crimes relacionados à lei de entorpecentes.⁶ Estas pessoas encontram-se encarceradas por um crime expressamente previsto em lei, em que policiais, Ministério Público e juízes, são os principais atores deste paradigma repressivo.

Até os anos 1980, viu-se a existência de uma guerra com um propósito fadado a derrota: o fim das drogas. Quando se nota que no Brasil levaram mais de 40 anos⁷ para a substituição da expressão “substâncias venenosas” por “substâncias tóxicas entorpecentes”, e outros 30 anos⁸ para mudança simbólica no foco em relação ao usuário, não é de se estranhar a demora na aceitação do fracasso do combate repressivo às drogas.

Durante os anos 1990, soluções paliativas à sangria promovida pelo proibicionismo, como projetos de conscientização e de redução de danos, mostraram ser possível levar a discussão das drogas para além do entendimento criminal, entretanto, essa “nova” política não substituiu o paradigma de enfrentamento às drogas, o que não foi suficiente para eliminar às injustiças promovidas contra os envolvidos no universo das drogas. De acordo com WACQUANT (2001, p. 113), “a política de luta contra a droga serve de biombo para ‘uma

⁶ Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o tráfico de drogas representa a maior quantidade de pessoas presas no Brasil. A porcentagem de pessoas que aguardam julgamento ou foram condenadas por tráfico corresponde à 35,1%; seguido por roubo, 26,9%; outros, 23,1%; homicídio 17,7%; furto, 14,8%; desarmamento, 9,4%; e latrocínio, 3,6%. Dados disponíveis em:

http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf Acesso: 20 mar. 2016.

⁷ A expressão “veneno” foi usada do Código Penal de 1890 à 1932, quando foi substituída pelo termo “substâncias tóxicas entorpecentes” através do Decreto n. 20.930.

⁸ A lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006, substituiu a antiga Lei “Antidrogas” (Lei n. 6.368 de 21 de outubro de 1976) que trazia em seu texto legal o art. 16, que dizia que: “Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: **Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.** (destaque do autor). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm Acesso em 20 dez. 2015.

guerra contra os componentes da população percebidos como os menos úteis e potencialmente mais perigosos’, ‘sem-emprego’, ‘sem-teto’, ‘sem-documento’, mendigos, vagabundos e outros marginais”.

Dessa forma, o rompimento do ciclo de injustiças promovidas pelo proibicionismo depende, necessariamente, passar por experiências práticas no sentido da legalização, como a promovida pelo Uruguai. Ainda que a experiência uruguaia seja de difícil aplicação à realidade brasileira, pelas razões a serem expostas na sequência deste artigo, trata-se de um claro exemplo de que é possível construir contra-projetos à hegemônica política repressiva.

Neste sentido, uma gama de incertezas rondam a temática “legalização das drogas”, em especial por conta das especificidades de cada droga e usuário. Evidentemente há drogas com poder destrutivo, que possuem alto poder de vício e que podem provocar danos físicos e/ou mentais irreversíveis. É o caso do crack e do *óxi*, drogas letais de baixo valor agregado, que preenchem um nicho do mercado ilegal; pois “[...] onde antes havia meninos cheirando cola, hoje fumam crack ou *óxi*.” (BURGIERMAN, 2011, p. 11). Dessa forma, não há como tratar as drogas em uma mesma seara, tão como não há como pensar na legalização das drogas de uma mesma forma para todas as drogas.

Contudo, cristalino que há drogas na lista de substâncias proscritas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que são menos perigosas que o álcool⁹, como são os casos da *cannabis sativa* e, mais recentemente¹⁰, a *salvia divinorum*. Esta última, somente passou a ocupar a lista de substâncias proscritas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por conta da recomendação da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE), órgão das Nações Unidas.

Dessa forma, percebe-se que quando se pensa na *cannabis*, automaticamente, o cérebro da maioria das pessoas a atrelam a algo errado, e para aqueles mais religiosos, a um pecado. Entretanto, o mesmo não acontece com o álcool ou com o tabaco. Nota-se que isto

⁹ A maconha é quase 144 vezes menos mortal do que o álcool, de acordo com pesquisa publicada na revista científica *Scientific Reports*. Notícia e pesquisa disponíveis em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/maconha-e-144-vezes-mais-segura-que-o-alcool-diz-estudo> Acesso em: 30 dez. 2015.

¹⁰ Em 2012, seguindo recomendações da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) enquadrou a *salvia divinorum* em seu rol de substâncias proscritas por ser passível originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas de sua composição.

deriva em grande parte a uma cruzada moral, fenômeno onipresente e carregado de questões simbólicas que inquietam pelas suas razões metafóricas, pois tão como nas guerras santas, em que os perseguidos eram hereges ou bruxas, hoje essa imagem é ocupada por outros atores, como os usuários de drogas.

Mister salientar que pensar a legalização das drogas não é algo particularmente novo, pois se trata de uma questão lógica ao analisar o passado e a existência humana, tendo em vista que a sociedade tende a se reger por processos cíclicos. Segundo Thomas Szasz, “[...] não precisamos redescobrir a pólvora para resolver nosso problema com as drogas”¹¹ (*Ibid.*, p. 219), Nesta perspectiva, se o medo da legalização fosse transferido à proibição, a construção de projetos contra-hegemônicos no sentido à legalização das drogas não somente seriam aceitos pela maioria da população, como também seriam incentivados, pois “[...] as drogas não induzem ao crime, a proibição das drogas, sim.”¹² (*Ibid.*, p. 216).

Quando se analisa a guerra às drogas como uma cruzada moral, vê-se as razões pelo qual a imagem da estabilidade familiar, os valores culturais e morais estão atrelados a continuidade do *status quo* repressivo. A imagem construída da droga pelo proibicionismo é a de “arrasadora de lares”, o que de fato acontece em alguns casos – não há como negar –, tão como também acontece com o tabaco e o álcool. Nota-se que por parte da sociedade, a conduta do uso de drogas, como a *cannabis*, é mais reprovável do que o uso de bebidas alcoólicas, o que faz reforçar a existência de uma cruzada moral, pois as drogas, por si só, são inócuas, já que o ponto determinante em relação ao uso ou o vício, assim como ocorre com o álcool ou o tabaco, é o próprio usuário.

5 Caminhos à legalização

O processo de estatização da *cannabis* produzido pelo Uruguai vêm apresentando resultados satisfatórios, como a redução das mortes ligadas ao tráfico¹³, mas ainda existem muitos desafios à frente.

Apesar de próximos geograficamente, Brasil e Uruguai guardam em si diferenças

¹¹ No necesitamos redescubrir la pólvora para resolver nuestro problema con las drogas.

¹² Las drogas no inducen al crimen; la prohibición de las drogas, sí.

¹³ Notícia colhida o sítio o Globo. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/uruguai-nao-tem-mortes-ligadas-ao-trafico-desde-que-legalizou-maconha-diz-secretario-12705265> Acesso em: 30 dez. 2015.

importantes, uma delas se refere as dimensões territoriais, tendo em vista que, por exemplo, Roraima, um dos menos estados brasileiros é maior do que nosso país vizinho.^{14 15} Do ponto de vista estrutural e macroeconômico, também existem grandes diferenças entre o Brasil e o Uruguai, já que o primeiro é a sétima maior economia do mundo, um país de economia diversificada, indo da produção de café à aeronaves¹⁶, enquanto o outro, tem sua economia fortemente atrelada à produção de gado (CAPUTI, 2004, p. 4), e ocupa a 79ª colocação do ranking de produto interno bruto mundial.¹⁷

Do ponto de vista histórico, o Estado brasileiro sempre tendeu a monopolizar bens economicamente mais vantajosos economicamente como a exploração, produção e refino do petróleo, que durou de 1953 à 1997 (BARBOSA, 2002). A *cannabis*, ainda que potencialmente possua valor agregado, possui um mercado restrito, e ainda que se fosse classificada como *commodity* possivelmente não seria tão atrativa como milho ou soja. Neste sentido, ao Uruguai, um país de dimensões pequenas e economia tímida, a exploração estatal da *cannabis* talvez possa ser vantajosa economicamente ao Estado.

Importante ressaltar que este trabalho não pretende sobrepor a economia em relação ao social, nem, muito menos, se aliar a qualquer posicionamento neoliberal. O que se propõe é apresentar, brevemente, as atuais conjunturas políticas e econômicas de Brasil e Uruguai no intento de compreender porque a legalização estatizante parece ser mais facilmente aplicada no Uruguai do que no Brasil.

Tudo indica que a legalização estatizante será um sucesso no Uruguai, a redução das mortes ligadas ao tráfico já é um indicativo disto, contudo, cada país possui especificidades próprias, e o caminho da legalização controlada¹⁸ parece ser um caminho mais possível ao

¹⁴ Dados colhidos no sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/areaterritorial/principal.shtm> Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁵ O Uruguai ocupa uma área aproximada de 176,215 km², enquanto o estado de Roraima, no norte do Brasil, ocupa área de 224,299 km².

¹⁶ Notícia extraída no sítio da Jornal “Folha de São Paulo”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/04/1446951-aviao-pode-ser-pago-com-cafe-ou-milho-na-agrishow-ribeirao-preto.shtml> Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁷ Dados extraídos do Banco Mundial, “World Development Indicators database”. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GDP.pdf> Acesso em 30 dez. 2015.

¹⁸ Segundo MARONNA (2011) “a proposta de legalização controlada se baseia no ideal de moderação como meta e tem por objetivo controlar o abuso das drogas, ao propor a legalização do comércio e da venda de parte das substâncias hoje ilícitas mediante o controle sanitário pelo Estado, servindo os tributos decorrentes da venda dos produtos para financiar a prevenção e a informação aos usuários, e os custos das estratégias de redução de danos como forma de reduzir os riscos do abuso de drogas”.

Brasil, ao deixar ao Estado brasileiro o monopólio de funções mais vitais, como a de tributar e de legislar. A esta corrente da legalização controlada, posicionam-se Niels Christie (1989), Francis Caballero e Yann Bisiou (2000).

Neste sentido, a regulação da produção, industrialização e comercialização da *cannabis*, necessariamente devem surgir de um processo dinâmico e interacional, em que seja possível traçar diretrizes para a elaboração de um processo de legalização que comungue dois pontos vitais: social e econômico. Em linhas gerais, grande parte dos projetos elaborados até hoje sobre a legalização das drogas centralizam a questão unicamente no usuário, sem se dar conta da existência do traficante e de todo o diversificado mercado da droga.

Neste sentido a legalização controlada (CABALLERO; BISIYOU, 2000) vem se apresentando como uma das melhores perspectivas para substituir o projeto proibicionista, pois segundo Nils Chrstie:

Se as drogas forem tratados como um produto de mercado, a maior parte do dinheiro será deixado no comércio. Mecanismos usuais de controle do comércio poderiam ser aplicados. Seria uma necessidade o emprego de altos impostos sobre as drogas. Para reduzir o uso. Mas não tão alto que o crime organizado mais uma vez se interessasse. Agentes do Estado teriam que supervisionar e controlar (o mercado das drogas), como acontece com o álcool. As tentativas de contrabando teriam que ser punidas, – como acontece com os diamantes ou as violações de regulamentos cambiais. Assim, a polícia e os tribunais trabalhariam tranquilamente com alguns poucos casos de drogas, como no caso das pessoas que viessem a pilotar aviões ou dirigir carros sob a influência de cocaína. Esses deveriam ser punidos – como hoje acontece com os motoristas bêbados.¹⁹ (CHRSTIE, 1989, p. 2, tradução do autor).

Apesar do desbaratamento de uma série de consequências da proibição, até mesmo na legalização controlada surgiriam alguns problemas previsíveis, como o tráfico de drogas provenientes de furtos de hospitais ou ambulatorios responsáveis pela distribuição de drogas aos *hard users*.

¹⁹ If drugs were treated as a product on a market, most of the money would leave the trade. Usual mechanisms for trade could be activated. It would be a need for high taxes on drugs. To reduce use. But not so high that organized crime once more got interested. Custom officers would keep control, as with alcohol. Attempts of smuggling would have to be punished, - as with diamonds or breach of currency regulations. So, police and courts would still work with some drug cases. Some would fly airplanes or drive cars under the influence of cocaine. They should be punished - as today with drunken drivers.

Portugal é um exemplo real de como esta consequência seria inevitável. Desde meados da década de 1990, o governo português vem aplicando uma política de redução de danos que substitui a heroína por metadona aos usuários crônicos daquela droga. Por conta disso, houve uma crescente onda de furtos de metadona de hospitais, com o intuito claro de pô-la à venda no mercado paralelo.²⁰

Inegavelmente, pela dinamicidade social, provavelmente surgirão crimes derivados da legalização, seja pela via estatizante ou controlada, contudo, ponderando os resultados da política repressiva contra as drogas, com as prováveis consequências (criminais) da legalização, esta se mostra ser bem menos perniciosa do que a outra.

6 CONCLUSÃO

A caçada moral às drogas não produziu resultado algum quanto a tentativa de eliminar a droga da sociedade, pelo contrário, apenas intensificou e transformou o pequeno tráfico de “veneno” em um grandioso e diversificado mercado internacional de drogas. A estrutura estatal de confronto às drogas, abastecida pelo dinheiro da corrupção política e de facções paramilitares, gerou um círculo vicioso e crescente de fortalecimento bélico, superpopulação carcerária e uma legião de usuários refém do vício e sem o apoio do Estado. Nesta perspectiva, até meados dos anos 1960 e 1970, grande parte dos países ocidentais endureceram o combate às drogas no que se refere à produção, comercialização e uso. A guerra às drogas só iniciou sua fase decadência no final da década de 1980 e começo dos anos 1990, dando lugar a novas perspectivas de contato às drogas, como a adoção de medidas preventivas e de redução de danos.

Analisar e compreender como o proibicionismo cresceu e se fortaleceu, é o meio de se pensar formas de negociar como comungar o paradigma da construção social da realidade com os conflitos morais, éticos e jurídicos-criminológicos que cercam o tema das drogas. Com a tomada de consciência de que a droga faz parte do meio social e de que dela não há como se esquivar, faz-se tempo de repensar o modo como a droga em si é vista pela sociedade e não apenas o controle penal sobre as drogas. As alterações da norma descriminalizando ou

²⁰ Notícia extraída do Jornal Diário de Notícias, de Lisboa, Portugal. “*Tráfico faz crescer roubo de metadona*”. Disponível em: <http://www.dn.pt/portugal/interior/trafico-faz-crescer-roubo-de-metadona-1233236.html> Acesso em: 30 dez. 2015.

legalizando a droga são avanços práticos, efetivos, impostos ao mundo real; e talvez seja o caminho mais breve para a mudança de paradigma que exige o tempo, entretanto, projeto algum, ainda mais quando se trata de um assunto complexo como o universo da droga, será revolucionário na sua aplicabilidade se não houver mudança no pensamento da sociedade.

Há situações, como o tráfico de drogas (substitutivas) provenientes de furtos de hospitais ou ambulatorios que serão realidade no pós-proibicionismo. Deve-se, contudo, observar e avaliar que esta modalidade de tráfico é bem mais limitada e menos danosa do que o atual tráfico de drogas.

Diante do insucesso da política repressiva e da avaliação do panorama histórico, da análise das causas e consequências, dos prós e contras, dos obstáculos e enfrentamentos; parecer ser questão de tempo para a legalização ser aplicada como resultado à política de enfrentamento às drogas. É urgente repensar novos caminhos, não há meios de remediar os erros do passado, contudo, é possível redirecionar os focos de atuação em relação ao universo das drogas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Alessandra. **A flexibilização do monopólio no setor de petróleo e gás do Brasil: uma análise dos efeitos sobre a competitividade de mercado de 1997 a 2002**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm Acesso em 01 dez. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Revogada pela Lei nº 11.343, de 2006. Brasília: Diário Oficial da União, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm Acesso em 01 dez. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 03 de agosto de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em 01 dez. 2015.

BURGIERMAN, Denis. **O fim da guerra: A maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas**. São Paulo: Leya, 2011.

CAPUTI, Pablo. **Evolución del sector agropecuario uruguayo 1984-2004: balance y perspectivas**. Santiago: 2004. Disponível em: www.fidamerica.cl/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc_1129.pdf Acesso em: 30 dez. 2015.

CARVALHO, Márcia Dometila. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: (estudo criminológico e dogmático)**. 5. Edição. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

CHRISTIE, Nils. **Reflections on Drugs. Published in Drug Policies in Western Europe**, 1989. Disponível em: www.drugtext.org/International-national-drug-policy/reflections-on-drugs.html. Acesso em: 10 jun. 2014.

FERNANDES, Luís. **O que a droga faz a norma**. Revista Toxicodependências. Volume 15, número 1. Porto: Edição IDT, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. 2a edição. Atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

KARAM, Maria Lucia. **Políticas de drogas: alternativas à repressão penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 360-385, mar./abr. 2004.

KARAM, Maria Lucia. **Proibições, riscos, danos e enganos. As drogas tornadas ilícitas**. Coleção: Escritos sobre a Liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2008.

MARONNA, Cristiano. **Política de Drogas, Cultura do controle e Propostas Alternativas**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/grupo_trabalho_politica_nacional Acesso em: 20 dez. 2015.

NEUMAN, Elías. **La Legalización de las Drogas**. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1991.

RODRIGUES, Luciana Boíteux. **Controle Penal sobre as drogas ilícitas: O impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico e militarização nas Américas: vício de guerra**. Contexto. Vol. 34, n. 1. Rio de Janeiro: Scielo, 2012.

SZASZ, Thomas. **Nuestro Derecho a las drogas**. Barcelona: Editorial Anagrama, 2001.

URUGUAI. **Proyecto de ley: Regulación de la Marihuana**. Montevideo, 2014. Disponível em: www.regulacionresponsable.org.uy/proyectoLeyRegulacion.pdf. Acesso em: 30 dez. 2015.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología Aproximación de un Margen**. Bogotá: Editora Temis, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª edição, revista e atualizada, Vol. 1. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Cuestion Criminal**. 4ª ed. Buenos Aires: Planeta, 2012.