

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL DE CURITIBA

ANDRÉ LUIS PONTAROLLI

**DROGAS: CRISE PARADIGMÁTICA E ALTERNATIVAS AO MODELO
PROIBICIONISTA**

**CURITIBA
2019**

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL DE CURITIBA

ANDRÉ LUIS PONTAROLLI

**DROGAS: CRISE PARADIGMÁTICA E ALTERNATIVAS AO MODELO
PROIBICIONISTA**

Dissertação apresentada ao PPGD do Centro Universitário Internacional, na área de concentração “Poder, Estado e Jurisdição”, Linha de Pesquisa “Jurisdição e Processo na Contemporaneidade”, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff

CURITIBA
2019

P811d Pontarolli, André Luis
Drogas: crise paradigmática e alternativas ao modelo
proibicionista / André Luis Pontarolli. - Curitiba, 2019.
183 f.

Orientador: Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional Uninter.

1. Drogas. 2. Direito Penal. 3. Política criminal. 4.
Criminologia. I. Título.

CDD 340

Catlogação na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

ANDRÉ LUIS PONTAROLLI

**DROGAS: CRISE PARADIGMÁTICA E ALTERNATIVAS AO MODELO
PROIBICIONISTA**

Dissertação apresentada ao PPGD do Centro Universitário Internacional, na área de concentração “Poder, Estado e Jurisdição”, Linha de Pesquisa “Jurisdição e Processo na Contemporaneidade”, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Data de Aprovação: Curitiba/PR, 14 de fevereiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff
UNINTER

Avaliador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza
UNINTER

Avaliador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
UNINTER

Avaliador: Prof. Dr. Luiz Osório Moraes Panza
UNICURITIBA



ATA DE BANCA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Defesa nº. 11/2019

Aos quatorze dias do mês de fevereiro do ano de 2019, a partir das 20h00min, na sala 35, realizou-se a Banca de Defesa da Dissertação intitulada "DROGAS: CRISE PARADIGMÁTICA E ALTERNATIVAS AO MODELO PROIBICIONISTA" de autoria do (a) Candidato (a) ANDRÉ LUIS PONTAROLLI, aluno (a) do Programa de Pós-Graduação em Direito, em nível de Mestrado. A Comissão Examinadora esteve constituída pelos professores: Dr. Mario Luiz Ramidoff – Presidente; Dr. Luiz Osório Panza (UNICURITIBA) – Membro externo; Dr. Celso Luiz Ludwig – Membro interno; Dr. André Peixoto de Souza – Membro interno. Concluídos os trabalhos de apresentação e arguição, a dissertação foi *Aprovado* pela Comissão Examinadora. Foi concedido um prazo de 30 dias, para o (a) candidato (a) efetuar as correções sugeridas pela Comissão Examinadora e apresentar o trabalho em sua redação definitiva, sob pena de não expedição do Diploma. E, para constar, foi lavrada a presente ata, que vai assinada pelos membros da Comissão.

Observações: _____

Curitiba, 14 de fevereiro de 2019

Orientador Presidente

1º Avaliador

2º Avaliador

3º Avaliador

Candidato:

Para Isadora e Valentina.

AGRADECIMENTOS

A confecção de uma Dissertação não seria possível sem o auxílio de muitas pessoas e a compreensão de tantas outras. A solidão dos momentos redacionais se suavizou com o apoio da família e se iluminou com os debates levados a cabo em aula, nos grupos de estudos e nos encontros com o Orientador. Portanto, é preciso ter humildade para reconhecer que esta pesquisa não é fruto de trabalho solitário, mas o somatório de forças positivas visíveis e invisíveis.

Agradeço, em primeiro lugar, ao Orientador Professor Mário Luiz Ramidoff pela confiança depositada, pelo trato amistoso, auxílio e estímulo em cada passo, pelos ensinamentos, pelas importantes correções e, sobretudo, por servir de constante inspiração.

À UNINTER, na pessoa do Coordenador do PPGD Professor Daniel Ferreira, pela oportunidade.

A todos os Professores do Mestrado Acadêmico em Direito, os quais tiveram grande contribuição para o meu aprimoramento acadêmico e pessoal.

Ao Professor André Peixoto de Souza por ter me apresentado o Mestrado e por ter sido um guia desta pesquisa em vários momentos importantes.

Aos colegas do Mestrado, tão importantes na caminhada acadêmica, com os quais pude dividir expectativas, dúvidas e ideias.

Às secretárias acadêmicas do PPGD, sempre solícitas e fundamentais ao bom andamento das atividades.

À UNIOPET, nas pessoas dos Coordenadores Robert Pereira e Marcello Sgarbi, instituição que me acolhe na condição de Professor de Direito Penal, pelo apoio e compreensão.

Ao escritório de advocacia Bretas Advogados, espaço no qual exerço a minha vocação: a advocacia criminal!

Aos meus sócios Adriano Bretas, Juliana Colle Bretas, Bruno Thiele e Adriano Colle que me apoiaram de forma incondicional nesta empreitada acadêmica.

À minha esposa Patrícia Pataluch e às minhas filhas Isadora Pontarolli e Valentina Pontarolli por serem o meu porto seguro, base de sustentação nos momentos difíceis e inspiração para sempre seguir adiante.

Aos meus pais Osvaldo Pontarolli e Maria Aparecida Canhoto Pontarolli por todo esforço, carinho e dedicação na minha criação.

A todos os meus familiares e amigos, aos quais agradeço na pessoa da minha irmã Caroline Pontarolli.

A todos que de alguma forma contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização deste trabalho de pesquisa.

A Deus, por tudo!

RESUMO

A proposta desta dissertação é a análise crítica e transdisciplinar do paradigma proibicionista de “*guerra às drogas*”. As controvérsias sobre a questão das drogas e a potencial crise contemporânea do modelo estatal proibicionista justificam a realização de abordagem crítica – e não meramente descritiva – deste modelo de cunho efficientista. Compõem o objeto da presente pesquisa: (a) a busca da compreensão dos elementos inerentes à formação dogmática (direito internacional e direito brasileiro) do modelo proibicionista; (b) a problematização da hipótese de crise deste modelo fundado na proibição; (c) a investigação de modelos alternativos ao proibicionismo, sobretudo aqueles que podem ser consolidados por atuação jurisdicional (alternativas no âmbito do Poder Judiciário). O problema central da pesquisa envolve a questão de saber se o paradigma proibicionista encontra-se em crise (ou não). O exame crítico do proibicionismo pressupõe a abordagem por três perspectivas distintas, mas que se comunicam entre si: (a) criminológica; (b) pragmática; (c) dogmática. Sob o viés crítico-criminológico, a crise paradigmática da proibição se revela, em hipótese, na ausência de legitimação, decorrente do conteúdo moral da criminalização, da seletividade penal e do incremento da desigualdade. Pela perspectiva pragmática, o fracasso aparente do proibicionismo na redução da demanda/disponibilidade de drogas e a criação de problemas colaterais (aumento da violência e inflação da população carcerária) são indicativos da crise. A potencial incompatibilidade dogmática entre criminalização do uso de drogas e um direito penal de viés constitucional – fundado na proteção de bens jurídicos relevantes e na efetivação de direitos fundamentais – também se revela como importante elemento de pontuação crítica. Por fim, a proposta de trabalho se volta para o exame das alternativas ao modelo proibicionista (com destaque para as perspectivas de redução de danos), sob enfoque político-criminal de contração da intervenção penal (abolicionismo, minimalismo, garantismo), enfatizando-se a atuação do Poder Judiciário no processo de inserção e consolidação de tais alternativas, com apoio nas diversas pesquisas realizadas ao longo do mestrado sobre o papel da jurisdição na revisão judicial normativa fundada na Constituição.

Palavras-chave: Drogas. Direito penal. Proibicionismo. Jurisdição. Política criminal.

ABSTRACT

The purpose of this research is the critical and transdisciplinary analysis of the prohibitionist paradigm of "*war on drugs*". Controversies over the drug issue and the potential contemporary crisis of the prohibitionist model justify a critical analysis to this model of efficiency. The object of this research is: (a) the search for an understanding of the elements inherent to the dogmatic formation (international law and Brazilian law) of the prohibitionist model; (b) the problematization of the crisis hypothesis of this model based on the prohibition; (c) the investigation of alternative models to prohibitionism, especially those that can be consolidated by the Judiciary. The central problem of the research involves the question of whether the prohibitionist paradigm is in crisis (or not). The critical examination of prohibitionism presupposes the analysis by three different perspectives: (a) criminological; (b) pragmatic; (c) dogmatic. From a critical-criminological perspective, the paradigmatic crisis of prohibition is hypothesized to be the absence of legitimacy stemming from the moral content of criminalization, criminal selectivity, and inequality. From a pragmatic perspective, the apparent failure of prohibitionism to reduce drug demand/availability and the creation of collateral problems (increased violence and prison population inflation) are indicative of the crisis. The potential dogmatic incompatibility between the criminalization of drug use and a constitutional basis criminal – founded on the protection of relevant legal rights and the enforcement of fundamental rights law – also reveals itself as an important element of critical punctuation. Finally, the research proposal focuses on alternatives to the prohibitionist model (with a focus on harm reduction perspectives), under a political-criminal approach to contraction of penal intervention (abolitionism, minimalism, garantism), with an emphasis on of the Judiciary in the insertion and consolidation of such alternatives, With support in the various researches carried out throughout the master's degree on the role of the jurisdiction in the judicial review based on the Constitution.

Keywords: Drugs. Criminal law. Prohibitionism. Jurisdiction. Criminal policy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI5	Ato Institucional n. 05
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ART.	Artigo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EUA	Estados Unidos da América
GLO	Garantia da Lei e da Ordem
HIV	Human Immunodeficiency Virus
IDS	Ideologia da Defesa Social
ISN	Ideologia da Segurança Nacional
LSD	Ácido Lisérgico
MLO	Movimento da Lei e da Ordem
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
SNC	Sistema Nervoso Central
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJGO	Tribunal de Justiça de Goiás
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL E PROIBICIONISMO	16
1.1 TRATAMENTO NORMATIVO DAS DROGAS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	22
1.1.1 Convenções Internacionais sobre Drogas	26
1.1.1.1 Convenção Única sobre Entorpecentes	28
1.1.1.2 Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas	30
1.1.1.3 Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas	32
1.1.2 Tendências Internacionais Contemporâneas	33
1.2 TRATAMENTO NORMATIVO DAS DROGAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	38
1.2.1 Antecedentes à Lei n. 11.343/2006	42
1.2.2 Mudanças a Partir da Lei n. 11.343/2006	46
1.3 JURISPRUDÊNCIA E PROIBICIONISMO	48
1.3.1 Seletividade: Diferenciação entre Usuário e Traficante	49
1.3.2 Eficientismo e Redução de Garantias	51
2 CRISE DO PROIBICIONISMO	55
2.1 CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E CRÍTICA AO PROIBICIONISMO	59
2.1.1 Conteúdo Moral da Criminalização	72
2.1.2 Seletividade Penal	75
2.1.3 Incremento da Desigualdade Social	78
2.2 PRAGMATISMO: DISTANCIAMENTO DAS SOLUÇÕES ADEQUADAS	81
2.2.1 Saúde	85
2.2.2 Economia	94
2.2.3 Violência	97
2.2.4 Sistema Penitenciário	99
2.3 INADEQUAÇÃO DOGMÁTICA	101
2.3.1 Bem Jurídico	103
2.3.2 Direitos Fundamentais e Garantias	108
3 ALTERNATIVAS AO PROIBICIONISMO	112
3.1 TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DE DESCONTINUAÇÃO	114

3.1.1 Descarcerização, Descriminalização e Legalização	118
3.1.2 Abolicionismo Penal	121
3.1.3 Minimalismo Penal	124
3.1.4 Garantismo Penal	128
3.2 “DESCRIMINALIZAÇÃO” NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO	131
3.2.1 Bases Teóricas da Revisão Judicial	132
3.2.2 Revisão Judicial de Normas Penais Criminalizadoras	138
3.2.3 Revisão Judicial e Descriminalização do Uso de Drogas	141
3.3 REDUÇÃO DE DANOS	150
3.3.1 Justiça Restaurativa	155
3.3.2 Justiça Terapêutica	162
CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	170

INTRODUÇÃO

Em mais de cem anos de “*guerra às drogas*”: a demanda por drogas continua em expansão, o narcotráfico se mostra cada vez mais poderoso – fazendo da violência uma constante em centros urbanos –, a população carcerária se inflacionou e os usuários se mantêm distantes do acesso à saúde, em virtude do estigma e do medo da repressão. Em paralelo, as pessoas continuam a consumir – com o aval do Estado – uma grande variedade de outras drogas psicotrópicas, a exemplo de tabaco, álcool, antidepressivos, cafeína etc.

A demanda por substâncias psicotrópicas (lícitas ou ilícitas) sempre existiu – e certamente sempre existirá –, sendo impossível qualquer precisão histórica sobre o início da relação entre o ser humano e a droga. Já a criminalização da droga – enquanto instrumento de poder estatal – é fato social muito mais recente, decorrente de movimentos políticos internacionais, estes não necessariamente embasados em experimentação ou em estudos consistentes, mas sim conectados a discursos moralizadores.

A criminalização é de todo controvertida, pois envolve escolha individual que – por si – não atinge a esfera jurídica alheia, de forma que o controle penal confronta a pessoa não por seu comportamento lesivo, mas sim pela escolha “*moralmente*” censurável (exercício de poder).

Neste contexto repressivo – de racionalidade questionável – a compreensão crítica – e não meramente descritiva – do modelo proibicionista de “*guerra às drogas*” revela-se como objeto de pesquisa relevante e plenamente justificado.

A presente proposta de trabalho procura estabelecer a análise crítica e “*transdisciplinar*” do paradigma proibicionista, até porque “*a aceitação das contribuições transdisciplinares pode ser muito importante para alcançar resoluções cada vez mais adequadas – apesar de complexas – para as inúmeras e diversificadas questões estabelecidas socialmente*”¹.

¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar [Tese de Doutorado]. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2007. Disponível em: https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/Tese-Mario_Ramidoff.pdf?sequence=1. p. 2. Acesso em 07.07.2018.

Destarte, através da vertente pesquisa pretende-se: (a) compreender os elementos inerentes à formação dogmática do modelo proibicionista, de cunho repressivo efficientista; (b) problematizar a hipótese de crise deste modelo fundado na proibição, com ênfase em três perspectivas (criminológica, pragmática e dogmática); (c) investigar os modelos alternativos ao proibicionismo, sobretudo aqueles que podem ser consolidados por atuação do Poder Judiciário, sendo extremamente relevante o papel da jurisdição.

O problema central da pesquisa envolve a questão de saber se o paradigma proibicionista encontra-se em crise (ou não).

Não obstante, antes de se investigar a hipótese de crise do paradigma proibicionista, é preciso compreender as razões pelas quais este modelo de cunho repressivo-efficientista se estabeleceu como meio de enfrentamento do “*problema*” das drogas. Desta forma, o primeiro capítulo da pesquisa será dedicado à investigação dos fundamentos político-criminais que residem na base de formação da dogmática jurídico-penal proibicionista. A identificação dos elementos que compõem o processo de estruturação normativa é essencial para se entender “*as crenças básicas incorporadas no regime de proibição global*”².

Esta análise da dogmática proibicionista, contudo, não ficará atrelada a uma abordagem histórico-linear, até mesmo porque a origem da criminalização das drogas “*é fluída, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável*”³. O que se pretende é – com base no exame das principais normas (internacionais e brasileiras) editadas a partir do início do Século XX – compreender a essência político-criminal do efficientismo fundante da “*guerra às drogas*”.

Para tanto, serão analisadas, em primeiro lugar, as principais normas de direito internacional público que conferiram forma ao modelo proibicionista: (a) Convenção Única sobre Entorpecentes (1961); (b) Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971); (c) Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988). Tal análise será realizada a partir das pesquisas prévias realizadas durante o Mestrado com ênfase em jurisdição internacional e superioridade normativa na contemporaneidade.

² SCHEERER, Sebastian. Prohibición de las drogas en sociedades abiertas. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 380.

³ CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

Ainda no âmbito do direito internacional público, serão investigadas as tendências contemporâneas, a fim de se identificar se está sendo traçado um caminho de repetição/propagação efficientista ou se alternativas ao modelo proibicionista estão ganhando espaço no rígido campo de controle internacional.

Na sequência será analisado o tratamento normativo conferido às drogas na legislação brasileira, sem o escopo de investigação minudente de cada um dos diplomas normativos; mas sim, com ênfase na compreensão das raízes de política criminal que pautaram – e continuam a pautar – o sistema legal de repressão às drogas no Brasil, sobretudo com a observação da passagem do modelo “*sanitário*” ao modelo “*bélico*”⁴.

Da mesma forma que se mostra relevante a análise da formação normativa do paradigma proibicionista, igual relevância verifica-se na investigação da consolidação do proibicionismo na atuação do Poder Judiciário. Neste aspecto, serão examinadas as posições jurisprudenciais redutoras de garantias e a seletividade decorrente da subjetiva diferenciação entre traficante e usuário; será realizada, portanto, uma análise crítica da jurisdição penal.

No segundo capítulo será investigada a hipótese de crise do modelo proibicionista, por perspectiva transdisciplinar. A potencial crise do proibicionismo, apresentada enquanto hipótese de pesquisa, será analisada por três perspectivas distintas, mas que se comunicam entre si: (a) criminológica; (b) pragmática; (c) dogmática.

Através da perspectiva crítico-criminológica o que se buscará saber é se a proibição pode ser considerada como estratégia legítima (ou não) para se lidar com a questão das drogas. Não se está aqui fazendo referência às bases etiológicas da criminologia antropológica, esta legitimadora do proibicionismo, nem às raízes clássicas do direito penal (“*teorias do consenso*”); mas sim às correntes críticas, expressadas tanto pelo interacionismo (“*labelling*”), quanto pela criminologia radical (“*teorias do conflito*”).

Sob a lente da crítica criminológica serão examinados alguns elementos potencialmente reveladores da crise paradigmática do proibicionismo: (a) o conteúdo moral da criminalização; (b) a seletividade; (c) o incremento da desigualdade social.

⁴ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 05, número 20. Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Pelo viés pragmático, problematizar-se-á a questão de saber se o proibicionismo eliminou ou ao menos diminuiu a demanda por drogas; ou se, em sentido contrário, além de não diminuir o consumo problemático de drogas, criou outros problemas sociais (resultados pretendidos x consequências inesperadas). Aspectos sanitários, econômicos e sociais (violência e encarceramento) serão analisados especificamente através desta perspectiva pragmática.

Com viés dogmático-jurídico, analisar-se-á se a criminalização das drogas possui (ou não) adequação às teorias contemporâneas do direito penal. Neste aspecto, o que se intenta investigar é se o proibicionismo encontra respaldo na função penal (declarada) de tutela de bens jurídicos relevantes e se está de acordo com os princípios limitadores do poder punitivo estatal.

No terceiro capítulo, serão analisados os modelos alternativos ao modelo proibicionista.

As alternativas podem resultar na eliminação integral da repressão às drogas (perspectiva político-criminal abolicionista) ou na mesclagem com a incidência penal reduzida (perspectiva político-criminal minimalista e/ou garantista).

Contudo, ao se trabalhar com a ideia de “*alternativas*”, não é razoável que elas se confundam com a retroalimentação efficientista, ou seja, com a perspectiva de que o direito penal não funciona adequadamente porque não dimensionado de forma suficiente, o que justificaria a sua ampliação. Portanto, as alternativas a serem analisadas na presente pesquisa serão aquelas que pressupõem a eliminação ou a redução do direito penal no trato do problema das drogas.

No campo hipotético jurídico-penal trabalhar-se-á com três possibilidades: (a) descarcerização; (b) descriminalização; (c) legalização. Cada uma destas alternativas será refletida, com maior ou menor amplitude, a partir das perspectivas político-criminais: (a) abolicionistas; (b) minimalistas; (c) garantistas.

O papel do Poder Judiciário na consolidação hipotética de modelos alternativos será analisado de forma destacada, notadamente com relação ao caminho da descriminalização, hipótese esta que foi objeto de pesquisa prévia no curso do Mestrado quando da análise da crise e crítica da jurisdição penal. Neste ponto, problematizar-se-á se o Poder Judiciário pode descriminalizar (ou não) o consumo de drogas, através do reconhecimento da inconstitucionalidade (revisão judicial) do at. 28 da Lei n. 11.343/2006.

A análise deste problema se dará com base nas teorias contemporâneas da revisão judicial (*judicial review*), bem como nas posições já adotadas por Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do início do julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659⁵.

Por fim, será analisado, também, o modelo alternativo da “*redução de danos*” em conexão com as práticas de “*Justiça Restaurativa*” e “*Justiça Terapêutica*”; destacando-se que tal modelo alternativo compôs objeto de pesquisa ao longo do Mestrado, quando da análise da crise da jurisdição e das formas alternativas de solução de conflitos.

A pesquisa terá base metodológica na revisão bibliográfica, sendo que o material de consulta para a revisão é amplo, pois a tensão dialética entre tese (proibir) e antítese (legalizar/descriminalizar) é mais antiga do que se costuma supor, remontando aos marcos fundantes da proibição. Teóricos da saúde, da economia, da sociologia, do direito e de outras áreas têm sido – sobretudo a partir do início do Século XX – promotores dos mais variados embates sobre drogas.

⁵ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em 02.10.2017.

1 DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL E PROIBICIONISMO

A palavra “*droga*” possui uma variedade tão grande de usos que, de início, se revela difícil compreender as razões pelas quais algumas substâncias assim denominadas são combatidas criminalmente, enquanto outras, com características similares, têm o consumo socialmente estimulado.

Sobre a amplitude do conceito de droga, Rosa del Olmo⁶ esclarece que, na concepção “*científica*” adotada pela OMS, “*a palavra droga significa toda substância que, introduzida em um organismo vivo, pode modificar uma ou mais funções deste*”. De acordo com a Autora, este conceito seria intencionalmente amplo, impreciso e “*excessivamente geral*”.

Contudo, as drogas que compõem o objeto do proibicionismo – e que interessam à presente pesquisa – são algumas daquelas que possuem ação psicotrópica ou estupefaciente (estimulantes, depressivas ou perturbadoras do sistema nervoso central [SNC]).

Nem todas as substâncias que atuam sobre o SNC são proibidas. O álcool é talvez a droga psicotrópica mais utilizada e – atualmente – encontra-se legalizado na maior parte dos países ocidentais, muito embora o trato repressivo tenha recaído sobre ele nas primeiras décadas do Século XX.

Outras substâncias que agem sobre o SNC não apenas escapam à proibição, mas têm o consumo estimulado, a depender de variáveis culturais, como é o caso da cafeína, substância que pode ser encontrada em alimentos consumidos por crianças.

A proibição também não guarda relação necessária com a maior ou menor lesividade das substâncias; ou com o maior ou menor potencial de adicção química. A uma, substâncias de uso legalizado – como o álcool e o tabaco – são reconhecidas pelos potenciais lesivos similares aos de drogas proibidas. A duas, alguns medicamentos que agem sobre o SNC podem causar danos⁷ e dependência, mas

⁶ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 22.

⁷ Entre estes medicamentos pode ser citado o “*metilfenidato*” – princípio ativo da “*Ritalina*” –, medicamento estimulante do SNC, utilizado sobretudo por crianças portadoras de transtorno de hiperatividade e déficit de atenção (TDAH). Variados estudos, a exemplo da pesquisa de PASTURA e MATTOS apontam que o metilfenidato pode causar uma série de efeitos colaterais (PASTURA, Giuseppe; MATTOS, Paulo. Efeitos colaterais do metilfenidato. **Revista de Psiquiatria Clínica**. Número v. 31. n. 2; p. 100-104. Ano 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v31n2/a06v31n2.pdf>>. Acesso em 05.10.2018).

estão inseridos na “*dieta*” médica de muitas pessoas. Por outro lado, drogas proibidas, como a cocaína⁸, tiveram ampla utilização medicinal no passado.

Esta ponderação é necessária para que se possa perceber que as drogas psicotrópicas sempre fizeram parte da história da humanidade e, não raras vezes, foram e ainda são bem aceitas socialmente. Sobre a atemporalidade das drogas é a lição de Antonio Escohotado⁹:

Embora o efeito seja apenas parcial e temporário, enganoso, embora nada seja livre, a possibilidade de afetar o humor com uma parte tangível garante em grande parte sua própria perpetuação. Para os humanos comerem, dormirem, se movimentarem e fazerem coisas semelhantes não é essencial (se não impossível) em estados como o luto pela perda de um ente querido, o medo intenso, a sensação de fracasso e até a simples curiosidade. Nisto se manifesta a superioridade do espírito sobre suas condições de existência; e, no afetar os próprios espíritos, reside a essência de algumas drogas: aumentar momentaneamente a serenidade, a energia e a percepção permitem reduzir da mesma forma a aflição, a apatia e a rotina psíquica. Isso explica que desde o começo dos tempos elas foram consideradas um dom divino, de natureza essencialmente mágica [Tradução livre]¹⁰.

A experiência humana com drogas é, portanto, múltipla e milenar. A demanda por drogas sempre existiu, com os mais variados fins (médicos, culturais, religiosos, recreativos etc.), e continua¹¹ a existir. Contudo, a repressão às drogas é realidade muito mais recente.

⁸ Variados usos médicos da cocaína – a exemplo da utilização como anestésico local (experimento de Carl Koller) – são descritos no livro “*Freud e a Cocaína*”, de autoria de David Cohen (COHEN, David. **Freud e a cocaína** [recurso eletrônico: ebook]. Tradução de Maria Cristina Torquillo Cavalcanti. Rio de Janeiro: Record, 2014).

⁹ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7ª edição. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 06.

¹⁰ Tradução livre de: “*Aunque el efecto solo resulte parcial y pasajero, engañoso, aunque nada sea gratis, la posibilidad de afectar el ánimo con un trozo de cosa tangible asegura ampliamente su propia perpetuación. Para los seres humanos comer, dormir, moverse y hacer cosas semejantes resulta inesencial (cuando no imposible) en estados como el duelo por la pérdida de un ser querido, el temor intenso, la sensación de fracaso y hasta la simple curiosidad. En ello se manifiesta la superioridad del espíritu sobre sus condiciones de existencia; y en poder afectar los ánimos mismos reside lo esencial de algunos fármacos: potenciando momentáneamente la serenidad, la energía y la percepción permiten reducir del mismo modo la aflicción, la apatía y la rutina psíquica. Esto explica que desde el origen de los tiempos se hayan considerado un don divino, de naturaleza fundamentalmente mágica*”.

¹¹ A Comissão Global de Políticas de Drogas estima que centenas de milhões de pessoas façam uso regular de drogas pelo mundo. Alguns dados foram divulgados pela Comissão em relatório do ano de 2016: “*Em 2003, cerca de 185 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos de todo o mundo (4,7% da população mundial nessa faixa etária) haviam consumido alguma droga ilícita nos 12 meses anteriores; em 2014, essa parcela tinha aumentado 33%, chegando a 247 milhões de pessoas (5,2% da população mundial nessa faixa etária). O número de pessoas dependentes de drogas “aumentou desproporcionalmente”: de 27 milhões em 2013 para 29 milhões em 2014*”. O que se percebe é que a demanda por drogas continua a ser significativa, mesmo em cenário de proibição. (COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS. **Avanços na reforma de políticas de drogas**: uma nova abordagem à descriminalização [Relatório de 2016]. Genebra, 2016. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf>. Acesso em 20.11.2018.)

Até os primeiros movimentos da – primeira – “*Guerra do Ópio*” (1839-1842), as drogas não representavam – mundialmente – problema justificante da incidência do controle social exercido pelo direito penal. De toda forma, o proibicionismo – com a face que hoje se conhece – ganhou verdadeiro impulso no início do século passado¹², a partir da Comissão do Ópio de Xangai e passou por significativa expansão nas décadas de 1960, 1970 e 1980.

O combate penal às drogas, portanto, revela-se como realidade dos últimos cem anos. Neste período partiu-se da não proibição (indiferente jurídico) para se chegar à repressão massiva transnacional. Em síntese: de um irrelevante penal, as drogas passaram ao protagonismo repressivo.

Desta forma, justifica-se a busca da compreensão das razões desta mudança; afinal, é inegável que o uso crônico e abusivo de drogas representa problema dos mais complexos, cuja resolução potencial deve ser objeto do debate político.

Diante dos variados caminhos hipotéticos para se lidar com o “*problema*” das drogas, é indispensável compreender o porquê da escolha proibicionista.

Portanto, antes de se analisar o problema de forma crítica, é preciso conhecer as raízes da dogmática jurídico-penal proibicionista. A importância de tal investigação epistemológica é destacada por Sebastian Scheerer¹³:

A impressionante resistência à evidência empírica de seu fracasso em mostrar a atual política de drogas não pode ser explicada apenas por fatores situacionais, mas requer uma análise da solidez do sistema de crenças que sustenta a estrutura básica da proibição das drogas. As crenças básicas incorporadas no regime de proibição global e expressas por ele não podem ser identificadas através de pesquisas de opinião e iniciativas similares, mas é necessário analisar o processo de formação e a estrutura do sistema regulatório em questão [Tradução livre]¹⁴.

¹² A proibição do álcool nos EUA nos anos 1920 e a mudança de alvo para os narcóticos na década de 1930 são importantes marcos do proibicionismo. Johann Hari afirma que foi nos anos 1930 que se descortinou pela primeira vez uma “*guerra implacável*” contra as drogas (HARI, Johann. **Na fissura**: uma história do fracasso no combate às drogas. Tradução de Hermano Brandes de Freiras. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 15.).

¹³ SCHEERER, Sebastian. Prohibición de las drogas en sociedades abiertas. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 380.

¹⁴ Tradução livre de: “*La impresionante resistencia a las pruebas empíricas de su fracasso que muestra la política sobre drogas actual no puede explicarse sólo por factores situacionales, sino que requiere un análisis de la solidez del sistema de creencias que sustenta la estructura básica de la prohibición de las drogas. Las creencias básicas incrustadas en el régimen de prohibición mundial y expresadas por el mismo no pueden identificarse mediante encuestas de opinión e iniciativas similares, sino que es preciso analizar el proceso de formación y la estructura del sistema normativo en cuestión*”.

Não se pretende aqui fazer extensa incursão histórica sobre a origem da criminalização, até porque, conforme sustenta Salo de Carvalho¹⁵, tal origem, em verdade, é inexistente. Carvalho ressalta que, sendo o “*processo criminalizador invariavelmente moralizador e normalizador, sua origem é fluída, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável*”. Contudo, parece ser pertinente realizar breves pontuações históricas, até mesmo para exemplificar o funcionamento daquilo que Carvalho denomina como “*processo de criminalização de drogas como produto eminentemente moralizador*”.

Luis Carlos Valois¹⁶, ao analisar a “*formação do paradigma punitivo atual*”, esclarece que a escolha da resposta punitiva às drogas é uma construção que se desenvolveu basicamente no Século XX, sob o comando norte-americano¹⁷.

As legislações internacionais sobre drogas não surgiram automaticamente, mas sim foram ditadas por inúmeros interesses que compõem o debate político, interesses sobretudo econômicos, mas também relacionados a “*poder, prestígio e fama*”¹⁸.

As questões morais e religiosas foram as primeiras a pautar as leis relacionadas ao controle de drogas. No caso, a pauta punitiva norte-americana, posteriormente disseminada pelo mundo, tinha base estritamente moral, objetivando uma sociedade pretensamente ideal, livre de vícios e redimida de suas culpas¹⁹.

Mark Thornton²⁰ também se refere ao fundamento religioso do proibicionismo nos EUA:

Embora às vezes seja percebido como uma calmia no percurso para a proibição, o período entre 1860 e 1900 testemunhou o estabelecimento dos elementos basilares para as proibições nacionais bem-sucedidas. A dependência foi descoberta, o partido da Proibição foi formado, grupos tais como a União Cristã Feminina da Abstinência e a Anti-Saloon League [Liga Antibares] foram estabelecidos e diversas proibições contra o álcool, a cocaína, o ópio, a morfina, os jogos de azar e a prostituição foram decretadas nos níveis estaduais e locais.

¹⁵ CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

¹⁶ VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

¹⁷ De acordo com Valois: “*As drogas que hoje são arbitrariamente consideradas substâncias proibidas ganharam esse status paulatinamente. Para a venda de um simples cigarro de maconha se transformar em uma relação comercial com uma carga punitiva maior do que a relativa à venda de um copo de nitroglicerina foram necessários muitos distúrbios, mentiras científicas, interesses políticos e, principalmente, a cegueira oriunda do interesse pessoal de alguns indivíduos*”. (*Ibidem*. p.96-97)

¹⁸ *Ibidem*. p. 34.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ THORNTON, Mark. **Criminalização**: análise econômica da proibição das drogas [recurso digital: ebook]. Tradução de Cláudio Téllez-Zepeda. São Paulo: LVM Editora, 2018. [posição 211].

Interessante observar que o encarceramento nos EUA também passou a ter conotação moral-religiosa de redenção do pecado, a partir do início do século XIX, com o desenvolvimento dos sistemas penitenciários conhecidos como “*alburniano*” e “*pensilvânico*”. Eis a conexão possível a partir do discurso moralizador apresentado: se as drogas revelam defeito moral e o cárcere serve à correção dos defeitos morais, logo o ato de aprisionar serve como resolução para o “*problema*” social que se apresenta. Neste sentido, Valois ensina que: “*as prisões de hoje nasceram dessa tecnologia moral e religiosa burocratizada pela participação e centralização estatal*”²¹.

Esta mesma postura moralista-punitiva foi tomada nos EUA, durante a denominada “*Lei Seca*”, com relação ao álcool, o que estimulou a ampliação do crime organizado e uma série de outros problemas sociais. Denis Russo Burgierman²² remete, inclusive, à criminalização do álcool nos EUA da década de 1920 para apontar o caráter religioso²³ do proibicionismo.

Com o paradigma repressivo, o uso de drogas passou de um problema sanitário à posição de “*inimigo*” da sociedade, o que estimulou soluções extremas, ditadas ideologicamente pela burocracia estatal, a partir de “*Movimentos de Lei e Ordem (MLO), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN)*”²⁴.

O modelo proibicionista também recebeu a influência do paradigma etiológico, enquanto proposição teórica das “*criminologias*” positivistas que marcaram o final do Século XIX e início do XX, conforme se depreende da lição de Adrian Barbosa e Silva²⁵:

É possível afirmar, portanto, que o modelo brasileiro de war on drugs se funda em um modelo integrado de ciências criminais de base ortodoxo-tradicional, cuja perspectiva (a) dogmática jurídico-penal trabalha com categorias de

²¹ VALOIS, *Op. cit.* p. 51.

²² BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra**: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011.

²³ De acordo com Burgierman: “*As ligas de temperança tipicamente eram formadas por senhoras da sociedade e por sacerdotes, e sua principal bandeira era combater o uso do álcool. Seu discurso tinha inspiração claramente religiosa. Em 1920, nos Estados Unidos, o movimento atingiu seu objetivo e o álcool foi proibido. A nova lei foi saudada assim por um conhecido evangelista da época: ‘O reino das lágrimas está terminado. Os cortiços em breve serão apenas uma memória. Transformaremos nossas prisões em fábricas e nossas cadeias em armazéns e celeiros. Os homens andarão eretos, as mulheres sorrirão e as crianças rirão. O Inferno será colocado para alugar’*”. (*Ibidem.* p. 14)

²⁴ CARVALHO, *Op. cit.* p. 85.

²⁵ SILVA, Adrian Barbosa e. Horizonte de projeção da criminologia crítica na política de drogas no Brasil. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 225.

direito penal do autor (metarregras) e viola critérios materiais de criminalização (teoria do bem jurídico), (b) o processo penal limita garantias processuais (restrição de direitos humanos), (c) a política criminal é essencialmente defensivista e (d) o discurso criminológico é positivista-determinista (paradigma etiológico).

O paradigma efficientista de repressão às drogas tem, portanto, base moralizadora, o que já afeta, em hipótese, a sua validação enquanto solução científica para a resolução de problema sanitário. Afinal, como é que se resolve um problema de saúde através de imposição punitiva de base moral?

Por tal razão, o movimento transnacional de “*guerra às drogas*” sempre foi alvo de diversas críticas. Antes da expansão da proibição na década de 1970, o economista Milton Friedman já alertava, ao discorrer sobre a proibição das drogas, que não se poderia reprimir pessoas que não estavam ameaçando ninguém, pelo simples fato de que a conduta seria, na visão de alguns, moralmente reprovável.

Friedman chegou a fazer previsões sobre a falibilidade da criminalização, a partir de interessante paralelo com o que havia acontecido na vigência da “*Lei Seca*” nos EUA, nas décadas de 1920 e 1930.

Friedman escreveu uma carta²⁶ aberta a William J. Bennett, Diretor do Escritório Nacional de Políticas de Controle de Drogas, narrando os diversos defeitos do proibicionismo. A carta foi publicada na edição de 7 de setembro de 1989 do periódico *The Wall Street Journal*. Eis aqui um ponto relevante do posicionamento de Friedman, constante da referida carta:

Drogas são uma tragédia para os viciados. Mas, criminalizar seu uso converte esta tragédia em um desastre para a sociedade, tanto para usuários quanto para não usuários. Nossa experiência com a proibição de drogas é uma repetição de nossa experiência com a proibição de bebidas alcoólicas. Acrescento trechos de uma coluna que escrevi em 1972 sobre “Proibição e drogas”. O principal problema então era a heroína de Marselha: hoje é a cocaína da América Latina. Hoje, também, o problema é muito mais sério do que há 17 anos: mais viciados, mais vítimas inocentes; mais traficantes de drogas, mais policiais; mais dinheiro gasto para impor a proibição, mais dinheiro gasto para contornar a proibição. Se as drogas tivessem sido descriminalizadas há 17 anos, o “crack” nunca teria sido inventado (foi inventado porque o alto custo das drogas ilícitas tornou lucrativo o fornecimento de uma versão mais barata) e hoje haveria muito menos adictos. As vidas de milhares, talvez centenas de milhares de vítimas inocentes teriam sido salvas, e não apenas nos EUA [Tradução livre]²⁷.

²⁶ FRIEDMAN, Milton. **An open letter to Bill Bennett** [Carta aberta para Bill Bennett]. The Wall Street Journal, 1989. Disponível em: <<http://www.stephenhicks.org/wp-content/uploads/2016/12/Bennett-vs-Friedman-Drug-War-WSJ.pdf>>. Acesso em 02.07.2018.

²⁷ Tradução livre de: “*Drugs are a tragedy for addicts. But criminalizing their use converts that tragedy into a disaster for society, for users and non-users alike. Our experience with the prohibition of drugs is a replay of our experience with the prohibition of alcoholic beverages. I append excerpts from a column that I wrote in 1972 on “Prohibition and Drugs.” The major problem then was heroin from Marseilles:*

Muito antes da crítica de Friedman, no início da década de 1930, quando a proibição tomou forma nos EUA – a partir das campanhas realizadas por Harry Anslinger –, diversas vozes contrárias foram levantadas, como a do médico William Woodward. Conforme se depreende da narrativa de Burgierman²⁸, Woodward “se opôs veementemente à proibição” e acusou a Comissão que pretendia reprimir criminalmente a maconha como sendo uma farsa. Contudo, “*ele foi voto vencido, e a maconha passou a ser proibida em 1937, quatro anos depois do fim da proibição do álcool*”.

As experiências punitivas antecedentes, sobretudo a “*Guerra do Ópio*” e a “*Lei Seca*” deveriam ter servido como advertências ao “*mergulho*” no caminho punitivo²⁹.

O paradigma proibicionista jamais foi pacífico, recebendo amplas críticas nos mais variados campos: sociológico, econômico, sanitário, jurídico, entre outros. Não obstante, tal modelo serviu de base para a estruturação da dogmática jurídico-penal sobre drogas, tanto no direito internacional público, quanto no direito brasileiro, conforme se passa a analisar.

1.1 TRATAMENTO NORMATIVO DAS DROGAS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Antes de se adentrar ao objeto específico do presente capítulo, relevante se faz a análise da estrutura das normas de direito internacional. Isto porque, para se compreender a repercussão das convenções internacionais sobre drogas nas

today it is cocaine from Latin America. Today, also, the problem is far more serious than it was 17 years ago: more addicts, more innocent victims; more drug pushers, more law enforcement officials; more money spent to enforce prohibition, more money spent to circumvent prohibition. Had drugs been decriminalized 17 years ago, “crack” would never have been invented (it was invented because the high cost of illegal drugs made it profitable to provide a cheaper version) and there would today be far fewer addicts. The lives of thousands, perhaps hundreds of thousands of innocent victims would have been saved, and not only in the U.S.”.

²⁸ BURGIERMAN, *Op. cit.* p. 34.

²⁹ VALOIS, *Op. cit.* p. 45. O Autor ressalta que “A partir de 1870, depois da segunda guerra do ópio, com as importações de ópio sendo legalizadas, diminuiu o crescimento do consumo do ópio na China. Por ter deixado de ser proibido e por significar a exploração de um povo estrangeiro, o ópio foi aos poucos perdendo o seu apelo junto à população. Em 1880 o imperador muda radicalmente a sua política e coloca em prática programas de informação pública, criando instalações hospitalares para atender casos agudos relacionados à droga, abatendo, então, de vez, os interesses britânicos”.

legislações nacionais, é preciso investigar alguns aspectos básicos do direito internacional.

Questão essencial sobre a estrutura das normas de direito internacional, é a de saber se há identidade normativa entre o direito internacional e o direito interno de cada um dos países. Esta questão não se revela pacífica na doutrina internacionalista, conforme se extrai da tensão dialética entre monistas e dualistas.

Os monistas defendem a identidade normativa e sustentam que o direito é um só, já os dualistas acreditam que há independência normativa entre direito interno e direito internacional. O presente capítulo parte da premissa monista, mais precisamente a derivada do pensamento de Hans Kelsen.

Kelsen³⁰ compreende o direito internacional como forma efetiva de direito, plenamente inserida na estruturação de sua teoria pura. Na interrelação entre direito internacional e direito interno, Kelsen adota posição monista, considerando tratar-se de um só direito, o que estaria de acordo tanto pela análise estática da norma, quanto pela análise dinâmica.

No escalonamento normativo, surgiriam, a partir daí duas possibilidades, ambas inseridas na construção teórica monista, de um lado um escalonamento decorrente do primado do direito interno e de outro lado um escalonamento decorrente do primado do direito internacional.

Kelsen revela posição que confere primado ao direito internacional. Neste ponto, vale consignar a lição do Autor³¹:

Isto é possível porque, como já notamos a outro propósito, o princípio da efetividade, que é uma norma do Direito internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.

Por esta concepção, é possível perceber que, na estrutura escalonada, as normas de direito internacional estariam em escalão superior, notadamente o direito

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

³¹ *Ibidem*. p. 236.

internacional geral, formado sobretudo pelos costumes decorrentes das relações entre estados.

Kelsen³² pondera, ainda, que o reconhecimento do primado do direito internacional é uma forma relevante de manutenção da paz entre os estados, pois estes deixam de ter liberdade absoluta quanto a agredir outros estados.

A preponderância do direito internacional constitui a sua própria essência. Afinal, não faz sentido estabelecer uma série de normas internacionais caso estas não se sobreponham às escolhas normativas internas das partes signatárias. Todavia, é importante considerar que um determinado país não deve assumir compromissos exteriores que contrariem a sua ordem constitucional³³, de forma a colocar em risco a estabilidade da ordem jurídica.

O objeto da vertente pesquisa se conecta com a análise da primazia do direito internacional, pois os tratados internacionais sobre drogas – na maioria das vezes – foram antecedentes às legislações internas dos países signatários e, mais que isto, pautaram, em nível global, as políticas sobre drogas.

A questão das drogas – sobretudo o tráfico ilícito – não constitui problema local, mas sim transnacional, o que revela o destaque do direito internacional no processo de normatização.³⁴

Alessandro Baratta³⁵ discorre sobre o caráter transnacional da guerra às drogas, afirmando que o problema da produção e do consumo de determinadas drogas “*tornou-se a frente crucial de uma guerra real que é travada dentro das nações e nas relações internacionais*” [Tradução livre]³⁶. Este caráter transnacional do narcotráfico cria, inclusive, tensão entre os países.

³² Kelsen, *Op. cit.*

³³ REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

³⁴ De acordo com Gehring: “*diante disso, foi necessário elaborar uma estratégia comum de enfrentamento do narcotráfico, por meio de um processo que fizesse convergir às propostas norte-americanas e latino-americanas. Uma das tentativas para isso aconteceu na primeira cúpula das Américas, realizada em Miami, em dezembro de 1994*” (GEHRING, Marcos Roberto. O Brasil no contexto dos acordos e políticas internacionais para o combate às drogas: das origens à atualidade. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília**. Ano 2012. 10. ed. Marília: UNESP, 2012. Disponível em <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/2655>>. Acesso em 02.09.2018.)

³⁵ BARATTA, Alessandro. Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas: reflexiones alrededor de la teoría del poder en Michael Foucault. **Revista Pensamiento Jurídico**. n. 05. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1995. p. 08.

³⁶ Tradução livre de: “*se ha convertido en el frente crucial de una verdadera guerra que se combate al interior de las naciones y en las relaciones internacionales*”.

O tráfico de drogas gera ainda maior tensão no âmbito interno, vez que a proibição produz rearranjos sociais e a consequente formação de estruturas de poder paralelas, muitas vezes enraizadas no seio da burocracia estatal³⁷.

Desta forma, é inegável que a questão das drogas interessa tanto ao direito interno, quanto ao direito internacional; mas, o que se tem percebido – utilizando-se por base a experiência brasileira – é que o direito internacional assumiu papel de destaque na formação do paradigma normativo proibicionista às drogas.

Tanto é assim que Salo de Carvalho³⁸ sustenta que o modelo repressivo brasileiro sempre foi pautado de acordo com as tratativas e demais orientações internacionais.

Neste sentido Rafael Artuzo e Túlio Vianna³⁹ afirmam que “*o sistema de controle de drogas da ONU, portanto, é o grande irradiador da política de guerra às drogas*”, de tal sorte que qualquer mudança significativa sobre a questão das drogas não será possível “*sem uma revisão profunda de seus órgãos e das convenções internacionais que o fundamentam*”.

Em linha similar Sebastian, Scheerer⁴⁰ afirma que “*nenhum país pode legalizar uma droga por conta própria, já que faz parte do regime internacional de proibição de drogas. Os órgãos legislativos nacionais têm que cumprir suas obrigações em virtude das convenções internacionais*” [Tradução livre]⁴¹.

Não se quer afirmar com isso que as escolhas políticas, inseridas nos tratados internacionais do Século XX, foram as mais adequadas, o que se quer dizer apenas é que – seja pelo caminho repressivo ou por caminhos alternativos – é perfeitamente observável a primazia – de forma similar ao que acontece com relação ao terrorismo⁴² – das normas internacionais relacionadas ao controle de drogas.

³⁷ SANTANA, Adalberto. A globalização do narcotráfico. **Revista Brasileira de Políticas Internacionais**. v. 42. n. 02 [In Scielo]. Instituto Brasileiro de Relações Internacionais: Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291999000200006>. Acesso em 13.08.2018.

³⁸ CARVALHO, *Op. cit.*

³⁹ VIANNA, Túlio; ARTUZO, Rafael Maciel. A proibição da salvia divinorum. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 73.

⁴⁰ SCHEERER, *Op. cit.* p. 379.

⁴¹ Tradução livre de: “[...] *ningún país puede legalizar una droga por su cuenta, puesto que forma parte del régimen internacional de prohibición de las drogas. Los órganos legislativos nacionales tienen que cumplir sus obligaciones en virtud de las convenciones internacionales*”.

⁴² De corco com Rui Dissenha, ao discorrer sobre a normatização internacional do terrorismo: “*a adoção dessas medidas é de certa forma obrigatória. Um país que não se vincule a esses acordos é visto com desconfiança na comunidade internacional e pode sofrer restrições de toda ordem, já que as grandes potências tendem a beneficiar as nações que aceitam as suas regras e preferências, preterindo aquelas*

A análise da adequação (ou inadequação) da política internacional repressiva, que pautou as convenções internacionais no Século XX e demarcou normativamente a denominada “*guerra às drogas*”, será objeto do segundo capítulo da vertente pesquisa.

1.1.1 Convenções Internacionais sobre Drogas

A partir da segunda metade do Século XX as drogas ocuparam a atenção do direito internacional. De lá para cá, três convenções principais foram editadas – todas ratificadas pelo Brasil: (a) Convenção Única sobre Entorpecentes (1961)⁴³; (b) Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971)⁴⁴; (c) Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988)⁴⁵.

Contudo, as três convenções não resumem o papel do direito internacional no controle de drogas, sendo relevante registrar a existência de movimentos internacionais anteriores.

O principal antecedente histórico remonta ao momento seguinte à segunda guerra do ópio, travada entre China e Inglaterra. Após a segunda guerra do ópio, verificou-se a ampliação do consumo do ópio (e derivados) em várias partes do mundo, até porque a demanda na China (principal mercado consumidor antes da legalização), ao que sustenta Valois⁴⁶, acabou diminuindo no final do Século XIX, o que pode ter aberto espaço para novos mercados. De acordo com o Autor, “*a partir de 1870, depois da segunda guerra do ópio, com as importações de ópio sendo legalizadas, diminuiu o crescimento do consumo do ópio na China*”. O que aconteceu foi que o ópio foi perdendo o apelo que tinha junto ao povo chinês. A diminuição da demanda na China acarretou o aumento da disponibilidade em outros “*mercados*”.

que lhes são refratárias. Um país como o Brasil, cada vez mais inserido no tabuleiro internacional, não teria como atravessar incólume essa movimentação universal de repressão ao terrorismo, embora essa opção produza efeitos perigosos no sistema penal nacional” (DISSENHA, Rui Carlo. O terrorismo e o direito penal genocida. **Revista da Defensoria Pública da União**. n. 6. Brasília, 2013. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110236/terrorismo_direito_penal_dissenha.pdf> p. 162. Acesso em 02.11.2018).

⁴³ BRASIL. Decreto n. 54.216/64. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes.

⁴⁴ BRASIL. Decreto n. 79.388/77. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas.

⁴⁵ BRASIL. Decreto n. 154/91. Promulga a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas

⁴⁶ VALOIS, *Op. cit.* p. 45.

Em 1909, treze países, preocupados com o crescente consumo do ópio, sob a convocação dos Estados Unidos da América, se reuniram na Comissão do Ópio de Xangai. Como resultado dos esforços da Comissão, em 1912 foi assinada em Haia a Convenção Internacional do Ópio, sendo possível se referir a este documento como o primeiro tratado internacional sobre drogas⁴⁷.

Sobre a resolução adotada pela Comissão de Xangai, relevante é a lição de Sebastian Scheerer⁴⁸, que se refere à Convenção Internacional do Ópio como “*a mãe de todas as políticas de drogas*”:

Não era um documento juridicamente vinculativo, mas uma declaração de intenções que deu origem a uma agitação mais intensa por parte de moralistas internacionais que lutavam para obter um regime de proibição mundial. A opinião pública internacional chegou a pôr fim à resistência britânica, uma vez que ficou claro que a cocaína também seria proibida (o que infringiu uma perda semelhante à da Alemanha e à sua importante indústria de cocaína). Finalmente, a Convenção Internacional sobre o Ópio de 1912 se tornaria a mãe de todas as políticas de drogas [Tradução livre]⁴⁹.

De acordo com a Convenção Internacional do Ópio⁵⁰, os países signatários se comprometeram a envidar esforços no controle da fabricação, importação, exportação, distribuição e venda do ópio e seus derivados, com as exceções específicas relativas ao uso da droga para fins médicos.

A referida Convenção deu início ao primeiro movimento de criminalização das drogas, com a expansão do controle nas duas décadas seguintes. Parte da doutrina se mostra crítica a este primeiro movimento internacional. Line Beauchesne sustenta que, a partir da Convenção “*a guerra às drogas havia sido declarada*”. Com a repressão, o consumidor de drogas foi inserido nos “*grupos mais desfavorecidos ou ainda a grupos minoritários visíveis da sociedade americana, abandonado à falta de esperança e ao racismo*”, ficando sob a mira impiedosa das agências punitivas e da mídia⁵¹.

⁴⁷ GEHRING, *Op. cit.*

⁴⁸ SCHEERER, *Op. cit.* p. 382.

⁴⁹ Tradução livre de: “*No era un documento legalmente vinculante, sino una declaración de intenciones que dio lugar a una agitación más intensa por parte de más moralistas internacionales que luchaban para conseguir un régimen de prohibición mundial. La opinión pública internacional consiguió incluso acabar con la resistencia británica una vez que quedó claro que también se prohibiría la cocaína (lo que infringía una pérdida similar a Alemania y su importante industria de la cocaína). Por último, la Convención Internacional sobre el Opio de 1912 se convertiría en la madre de todas las políticas sobre drogas*”.

⁵⁰ Íntegra da Convenção disponível em <http://www.worldlii.org/int/other/LNTSer/1922/29.html>.

⁵¹ BEAUCHESNE, Line. **Legalizar as drogas para melhor prevenir os abusos**. Tradução de Nina Vincent Lannes e Tiago Coutinho Cavalcante. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2015. p. 105.

A Convenção Internacional do Ópio é, portanto, importante antecedente histórico de regulação internacional das drogas. Entretanto, foi a partir da Convenção Única sobre Entorpecentes (1961) que o controle das drogas através da repressão penal ganhou maior amplitude.

1.1.1.1 Convenção Única sobre Entorpecentes

A década de 1960 marcou a ampliação da atenção internacional para a questão das drogas, com inegável intensificação nas duas décadas seguintes, sempre em “campanhas” lideradas pelos Estados Unidos da América.

A Convenção Única Sobre Entorpecentes é um dos principais documentos normativos internacionais editados para a finalidade de controle das drogas. Sobre esta Convenção, Artuzzo e Vianna⁵² afirmam que a expressão “única” foi utilizada porque “*reuniu todos os tratados multilaterais sobre drogas em um único documento, tornando-se o marco inicial da nova política mundial nesse âmbito*”.

Salo de Carvalho⁵³ sustenta que a Convenção de 1961 é um marco da política repressiva, através da qual as agências internacionais obtiveram êxito na criação de mecanismos transnacionais de controle das drogas.

De acordo com a alínea ‘c’, do art. 4º, da Convenção Única sobre Entorpecentes⁵⁴, os países signatários se comprometeram “*à limitação exclusiva a fins médicos e científicos, da produção, fabricação, exportação, importação, distribuição, comércio uso e posse de entorpecentes*”.

O art. 36⁵⁵ da Convenção estabeleceu um mandado de criminalização de diversas condutas relacionadas às drogas.

⁵² VIANNA; ARTUZO, *Op. cit.* p. 62. De acordo com os Autores: “O objetivo principal da convenção é o de combater o abuso de entorpecentes por meio de ações internacionais coordenadas, criando dois escopos de intervenção, (I) a limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivamente para uso médico e científico e (II) o combate ao tráfico por meio da cooperação entre os países”.

⁵³ CARVALHO, *Op. cit.*

⁵⁴ As transcrições refletem o texto conforme ratificado pelo Brasil. A ratificação da Convenção Única Sobre Entorpecentes ocorreu a partir do Decreto n. 54.216/64.

⁵⁵ BRASIL. Decreto n. 54.216/64. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. “Art. 36. Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho,

A Convenção, portanto, pode ser considerada como um dos pilares das políticas repressivas internacionais. Todos os países signatários se comprometeram à criminalização de condutas relacionadas às drogas, sobretudo com o estabelecimento de castigos “adequados”, especialmente as formas punitivas prisionais. Enfim, entre os caminhos possíveis para se lidar com o problema das drogas, a Convenção de 1961 escolheu a repressão.

Interessante é que o preâmbulo da Convenção bem revela uma preocupação de ordem moral (não necessariamente jurídica). Como primeira frase da Convenção consta a referência ao fato de que as partes signatárias agem “*preocupadas com a saúde física e moral da humanidade*”.

Este conteúdo do preâmbulo bem mostra que a denominada “*guerra às drogas*” possui base eminentemente moralizadora. É exatamente neste sentido que Carvalho⁵⁶ se refere ao “*processo de criminalização de drogas como produto eminentemente moralizador*”.

Sobre os aspectos estruturais, a Convenção Única sobre Entorpecentes guarda similitude com as posteriores, seguindo os moldes dos tratados internacionais, tendo sido antecedida por uma negociação coletiva da qual se originou o texto convencional, este dividido, basicamente, em preâmbulo e parte dispositiva.

Para que se entenda este aspecto estrutural (formal), sobre a produção do texto convencional, Francisco Rezek⁵⁷ esclarece que: (a) a negociação entre os países (coletiva) torna necessária a convocação de uma conferência diplomática internacional, votada à confecção do(s) tratado(s); (b) o texto convencional finalizado é composto por um preâmbulo, seguido da parte dispositiva e, em alguns casos, o texto é complementado por anexos.

O preâmbulo, via de regra, enuncia o rol das partes signatárias, bem como os motivos, circunstâncias e pressupostos.

Na Convenção Única sobre Entorpecentes, a tendência repressiva às drogas constou tanto do preâmbulo, quanto da parte dispositiva, a qual, conforme se narrou, estabeleceu um mandato expresso de criminalização aos países signatários.

despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade”.

⁵⁶ CARVALHO, Op. cit. p. 58.

⁵⁷ REZEK, Op. cit.

Burgierman atribui o conteúdo repressivo da Convenção ao trabalho iniciado na década de 1930 por Harry Anslinger:

Anslinger tinha talento para se eternizar no poder e foi czar antidrogas dos Estados Unidos por incríveis 32 anos, até John Kennedy se cansar dele, em 1962. Além de moldar a política de drogas americana, ele foi o principal representante americano em convenções internacionais sobre o tema. Por décadas ele defendeu uma proibição global rígida e violenta. Depois da Segunda Guerra Mundial, o poder americano foi às alturas por seu papel heroico na vitória sobre Hitler. Nesse clima, Anslinger finalmente conseguiu o que queria. Em 1961, a Convenção Única sobre Drogas Narcóticas foi assinada e o mundo inteiro se comprometeu a combater o tráfico, nos termos de Anslinger.⁵⁸

A Convenção Única sobre Entorpecentes também organizou a estrutura burocrática das Nações Unidas nas atividades de repressão às drogas.⁵⁹ A Convenção de 1961 é, portanto, importante marco da política internacional repressiva às drogas.

1.1.1.2 Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas

A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas⁶⁰ (1971) ampliou o campo de repressão às drogas, revelando-se como mais um importante marco na denominada “guerra às drogas”. Entre os pontos de destaque, menciona-se a manutenção do mandado de criminalização, com a diferenciação repressiva dos dependentes químicos, conforme previsto no item 1, do art. 22⁶¹.

⁵⁸ BURGIERMAN, *Op. cit.*

⁵⁹ De acordo com Artuzo e Vianna (*Op. cit.* p. 61), a estrutura burocrática da repressão passou a ser a seguinte: “[...] a Comissão sobre Entorpecentes (Comissiono n Narcotic Drugs – CND), vinculada ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), e um órgão de fiscalização, a Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE, INCB ou The Board). Há ainda uma agência especializada, criada fora do âmbito das convenções e que atua como o braço executivo do sistema, o UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), que auxilia na implementação dos tratados, além de estabelecer e executar diversos programas na área”.

⁶⁰ As transcrições refletem o texto conforme ratificado pelo Brasil. A ratificação da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas ocorreu a partir do Decreto nº 79.388/77.

⁶¹ BRASIL. Decreto n. 79.388/77. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. “Art. 22 [...] 1 a) Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade; b) Não obstante a alínea precedente, quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento,

Desta forma, destaque deve ser dado à ampliação do movimento repressivo, a partir da década de 1970, quando o paradigma eficientista ganhou força, através da transnacionalização do combate.

Os Estados Unidos da América tiveram importante papel nesta ampliação da repressão, notadamente porque o consumo estava avançando significativamente neste país e a droga representava um símbolo dos movimentos de contracultura em expansão.

Sobre a conexão entre drogas e contracultura é a lição de Sérgio Salomão Shecaira⁶²:

[...] a experiência com as drogas passa a ser defendida como um estudo sério de questionamento dos próprios valores políticos, sociais e culturais da sociedade americana. As drogas eram uma janela para o misticismo oriental ou um vínculo com um grande artista; eram um protesto contra tudo o que havia de errado com o mundo burgês; eram a base do rompimento com os valores arraigados e tradicionais da sociedade de consumo comportada. No final da década de 60, por exemplo, a maconha havia se tornado um poderoso símbolo político de liberdade e desobediência civil. 'Fumar baseado faz de você um criminoso e um revolucionário, disse o ativista Jerry Rubin, fundador do Partido Internacional da Juventude, falando em maio de 1970. Assim que você dá o primeiro tapa você vira um inimigo da sociedade'.

Tanto é assim que, em notório discurso, o Presidente dos EUA, Richard Nixon, no ano da aprovação da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, declarou que a droga era o inimigo número um da América. Em virtude deste intervencionismo norte-americano sobre a questão das drogas, parte da doutrina desenvolve a crítica⁶³ ao conteúdo da Convenção de 1971.

Conforme sustenta Salo de Carvalho⁶⁴, a partir da década de 1970, no contexto político de associação das drogas à contracultura, houve um verdadeiro processo de “*demonização*” das drogas, estabelecendo-se a denominada “*ideologia da diferenciação*”, com a criação de “*instrumentos totalizantes de repressão*”. A droga passou a ser pintada, portanto, como um terrível mal à “*civilização*”, razão pela qual se impôs a exigência de uma “*ação conjunta universal*”. É perceptível que os EUA, na

pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 20”.

⁶² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 246.

⁶³ De acordo com Valois (*Op. cit.* p. 263): “É de 1971 a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, mas os anos 1970 representam muito mais do que a ampliação do controle internacional sobre outras, novas, substâncias. O presente item poderia mesmo ser denominado como era das intervenções ou como a declaração formal de guerra às drogas, mas a opção por levar em consideração as legislações da ONU tem vantagem de incluir no contexto dessas regras internacionais violações norte-americanas de soberania”.

⁶⁴ CARVALHO, *Op. cit.* p. 64-67.

década de 1970, “*preocupados*” com a popularização do consumo de maconha e LSD, “*associado a posturas reivindicatórias e libertárias*”, repetiu com força o discurso moralizador e o espalhou pelo mundo, de forma impositiva.

Com o paradigma repressivo, o uso de drogas passou de um problema sanitário à posição de “*inimigo*” da sociedade, o que viabilizou soluções extremas, ditadas ideologicamente pela burocracia estatal e pelas ideologias penais expansionistas, conectadas aos discursos de medo e segurança⁶⁵.

O que se percebe, portanto, é que a Convenção de 1971 ampliou a política repressiva, pautando as legislações dos diversos países, inclusive a brasileira. A Lei n. 6368/76 (antiga Lei de Tóxicos) refletia de forma evidente as tendências repressivas decorrentes da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas.

1.1.1.3 Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988) também ampliou o espectro da repressão penal sobre drogas, tendo descrito minuciosamente as condutas com enquadramento penal.

O preâmbulo da Convenção, inclusive, destacou o viés repressivo da política internacional neste momento histórico.⁶⁶

Nas décadas de 1960, 1970 e 1980 houve, portanto, avanço sempre crescente no uso de mecanismos repressivos enquanto instrumentos de controle às drogas.

Especificamente sobre a Convenção de 1988, Salo de Carvalho sustenta que ela representa o resumo “*da política bélica de repressão às drogas que diversos tratados internacionais, sustentados pelo governo dos Estados Unidos, impuseram durante a década de oitenta*”. Carvalho destaca o conteúdo da exposição de motivos do texto convencional, fazendo referência ao tom alarmista “*em relação à ‘grave*

⁶⁵ CARVALHO, *Op. cit.* p. 85.

⁶⁶ As transcrições refletem o texto conforme ratificado pelo Brasil. A ratificação da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas ocorreu a partir do Decreto nº 154/91

*ameaça à saúde e o bem-estar dos seres humanos’, bem como os ‘efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade’”*⁶⁷.

De acordo com Marcos Roberto Gehring a Convenção “*uniu vários aspectos de combate às drogas, e também estabeleceu compromissos em termos de prevenção, fiscalização e controle, repressão, e outras formas de cooperação e assistência internacional*”⁶⁸.

A Convenção de 1988 pode ser considerada como síntese da repressão às drogas, representando o marco central da denominada “*guerra às drogas*”, a qual veio num crescente nas décadas de 1960 e 1970 e se consolidou nesta Convenção de Viena.

A segunda metade do Século XX foi marcada pelo tom eficientista penal da repressão às drogas, sendo possível afirmar, outrossim, que as preocupações de saúde pública nesta época – o que envolve a efetivação de mecanismos de redução de danos – foram mínimas. Resta avaliar se os caminhos internacionais sobre drogas tomaram novos rumos a partir do início do Século XXI ou se há mera continuidade das proposições repressivas.

1.1.2 Tendências Internacionais Contemporâneas

Da mesma forma que o início do Século XX pode ser considerado como marco das estratégias repressivas às drogas, o início do Século XXI pode ser apontado como importante marco reflexivo sobre estratégias de saúde pública para o enfrentamento do problema.

Seja por mudanças legislativas ou por caminhos jurisdicionais – através de decisões proferidas por cortes constitucionais –, diversos países estão migrando do foco retributivo para alternativas de redução de danos. Tal hipótese será retomada no terceiro capítulo da pesquisa, mas algumas pontuações já podem ser feitas aqui.

Estas mudanças de tendência decorrem, sobretudo, da ineficácia dos mecanismos repressivos para lidar com o problema das drogas. Os relatórios internacionais mais recentes dão conta de que, muito embora a repressão tenha sido

⁶⁷ CARVALHO, *Op. cit.*

⁶⁸ GEHRING, *Op. cit.* p. 150.

ampliada, o consumo também se ampliou e, o que é pior, o poder do narcotráfico também cresceu. Isto sem contar uma série de problemas associados.

Edson Passeti ensina que *“é pelo proibicionismo que as corrupções se expandem, multiplicam-se as seguranças, acrescentam-se novas punições”*. Ainda de acordo com o referido Autor *“as drogas exemplificam o duplo jogo da moral e dos múltiplos efeitos das éticas correlatas”*.⁶⁹

Sobre a política repressiva de guerra às drogas, Line Beauchesne aponta quatro problemas que se evidenciam: (a) *“não atinge os objetivos de saúde pública”*; (b) *“gera repressão, criminalidade, violência e corrupção”*; (c) é uma guerra que não pode ser vencida; (d) *“facilita o crescimento de um mercado de drogas ilícitas sem nenhum controle de sua distribuição, de sua qualidade e de sua concentração”*.⁷⁰

Todas estas dificuldades relacionadas ao proibicionismo, fazem com que alternativas sejam buscadas, como não poderia ser diferente. A necessidade de se pensar em novas soluções é destacada por Luciana Boiteux⁷¹:

Notadamente em países em desenvolvimento como o Brasil, onde se constata o grande impacto social da droga e do tráfico ilícitos e onde a violência contra minorias raciais é ainda muito forte, mostra-se urgente a crítica ao modelo atual, totalmente ultrapassado, e a busca por novas soluções. Isso inclui a necessidade de reformulação urgente do sistema internacional de controle de drogas, visando a elaboração de modelos nacionais que possam ser avaliados pelos seus bons resultados na efetivação de direitos, e não na restrição destes.

As proposições alternativas não se encontram circunscritas ao âmbito da crítica doutrinária, mas se expressam em mudanças já consolidadas pela legislação de alguns países ou pela atuação jurisdicional em outros.

Não são poucos os países que descriminalizaram, a partir de mudanças legislativas, o consumo de drogas, sendo que alguns chegaram a estabelecer regulamentação específica em âmbito administrativo (legalização). Não se pretende aqui fazer uma pormenorização de direito comparado, mas apenas exemplificar a potencialidade de mudança do tratamento normativo sobre drogas nos últimos anos. Dois países normalmente apontados como precursores da mudança paradigmática

⁶⁹ PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In. PASSETTI, Edson [Organizador]. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 20.

⁷⁰ BEAUCHESNE, Op. cit. p. 34.

⁷¹ BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v 12. n. 21. SUR, 2015. Acesso em 05.08.2018. p. 04Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95772/1/brasil_reflexoes_criticas_boiteux.pdf>. Acesso em 05.08.2018.

sobre drogas são Portugal e Uruguai, aos quais se faz referência, para fins exemplificativos.

O Uruguai⁷² nem chegou a cumprir o mandado de criminalização internacional contra usuários e foi um dos primeiros países a trabalhar com os mecanismos de redução de danos.

Em Portugal, o destaque pode ser dado à descriminalização das condutas relacionadas ao consumo pessoal, já no início do Século XXI, o que contribuiu para a redução das taxas de consumo.⁷³ A “*normalização*” portuguesa é destacada por Sérgio Salomão Shecaira:

Portugal é o primeiro país do mundo a descriminalizar, de direito, todas as drogas. A Lei 30/2000 descriminalizou o porte de todas as drogas no país. O consumo deixou de ser crime. Para os efeitos da lei “a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias” (art. 2.º da Lei 30/2000). Com isso, em princípio, aquele que é visto pela polícia com pequenas quantidades de drogas (25 gramas de folhas de cannabis ou 5 gramas de resina; 1 grama de heroína; 2 gramas de morfina; 2 gramas de cocaína) é automaticamente encaminhado para a Comissão de Dissuasão de Toxicodependência. Lá responde perante a Comissão transdisciplinar a um processo pela chamada contraordenação. É uma espécie de processo administrativo em que não se admite nenhuma pena institucional e que não tramita pelo Judiciário. Logo, não há antecedentes criminais nem as consequências estigmatizantes do processo penal.⁷⁴

O tratamento em Portugal não é obrigatório. Caso o usuário não queira se submeter ao tratamento, receberá sanção de natureza administrativa. De acordo com Shecaira⁷⁵, Portugal tem um dos menores índices de consumo na Europa. Contudo,

⁷² “O Uruguai foi um dos poucos países a não criminalizar os usuários de drogas após a declaração oficial de guerra contra as drogas em 1988 pelos Estados Unidos e a ONU. Além disso, é conhecido por ser um dos primeiros países latino-americanos a abraçar de maneira integral a redução de danos como uma política de Estado para mitigar os efeitos do uso de drogas. A partir dos anos 80, várias organizações começaram a defender tais políticas no país, mas o governo tomou a frente dos programas através do Conselho Nacional de Drogas (em espanhol, Junta Nacional de Drogas ou JND), um órgão interinstitucional que coordena tudo o que é relacionado à questão das drogas no Uruguai”. (FERNANDES, Rubem Cesar, et al. **Política de drogas: novas práticas pelo mundo**. Rio de Janeiro: Organização da CBDD, 2011. p. 20. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/wpcontent/uploads/2011/11/Pol%C3%ADtica-de-drogas-novas-pr%C3%A1ticas-pelo-mundo.pdf>>. Acesso em 10.07.2018.)

⁷³ De acordo com o material da CBDD (*Ibidem*): “Desde 2001, todas as drogas foram descriminalizadas para consumo pessoal em Portugal. É dizer que o porte para consumo de qualquer droga não incorre em processo penal, mas em sanção administrativa acompanhada de indicação para o acolhimento por parte de Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência (CDTs). Desde então, as taxas de consumo de drogas diminuíram, estabilizaram ou, em relação às taxas do resto da Europa, diminuíram, embora mantenham aumento. O tráfico de drogas continua a ser prioridade entre as atividades dos setores de segurança pública”.

⁷⁴ SHECAIRA, **Drogas: uma nova perspectiva**... p. 246.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 246.

o modelo é de descriminalização, razão pela qual o usuário continua tendo que se abastecer no mercado ilícito, de forma que os efeitos deletérios do tráfico de drogas continuam a ser experimentados.

Tanto Uruguai quanto Portugal seguiram caminhos legislativos para a descriminalização (ou não criminalização) das drogas, bem como para a adoção de políticas alternativas de redução de danos.⁷⁶ De toda forma, o caminho jurisdicional também se revela possível para a alteração nas políticas sobre drogas.

A Argentina é um dos países em que a criminalização do consumo de drogas – embora prevista normativamente – foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte de Justiça, conforme se depreende da lição de Andrea Vasquez⁷⁷:

Somente em 2009 a CSJN se expressou novamente no sentido de que a incriminação da posse cria uma presunção genérica e absoluta de perigo abstrato (ARGENTINA, 2009, p.1). O julgamento introduz jurisprudência internacional na medida em que se manifesta contra o exercício do poder punitivo do Estado com base na consideração de periculosidade do povo. Afirma que as razões em que se baseou a incriminação do titular falharam "e isso às custas de uma interpretação restritiva dos direitos individuais". A proposta de uma mudança jurisprudencial, seguindo o julgamento, justificase em que a doutrina utilizada até agora foi preparada antes da reforma constitucional (1994) a partir da qual o direito à saúde é reconhecido com status constitucional pelos tratados incorporados e pelo Estado Nacional [Tradução livre]⁷⁸.

No Brasil o debate sobre a descriminalização das drogas (especificamente com relação ao consumo) está sendo realizado, também, no âmbito do Poder Judiciário.

⁷⁶ Pode ser citada, também, a experiência do País Vasco (Espanha), conforme a lição de Shecaira (**Drogas: uma nova perspectiva...** p. 248): *"No País Vasco foram criados clubes canábicos, organizações sem fins lucrativos, legalizadas pelo Governo Vasco, que permitem aos associados a compra de produtos canábicos que são produzidos pelas próprias associações. Todo clube terá uma pequena plantação destinada aos seus associados. Cada associado paga uma taxa anual ao clube e compra os produtos que quiser, sempre em pequenas quantidades, para seu consumo próprio. Há venda de cremes, cookies, azeites e até diferentes tipos de erva. Tudo isso em conformidade com a lei"*.

⁷⁷ VASQUEZ, Andrea. Políticas públicas en materia de drogas en Argentina: políticas de estigmatización y sufrimiento. **Revista Saúde Debate**. v. 38. n. 103 [In Scielo]. Rio de Janeiro, 2014. p. 833. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n103/0103-1104-sdeb-38-103-0830.pdf>>. Acesso em 04.09.2018.

⁷⁸ Tradução livre de: *"Es recién en el año 2009 que la CSJN volvió a expresarse en el sentido de que la incriminación de la tenencia crea una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto (ARGENTINA, 2009, p. 1). El Fallo introduce la jurisprudencia internacional en cuanto que la misma se manifiesta en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado basado en la consideración de peligrosidad de las personas. Expone que las razones en que se sustentaba la incriminación del tenedor han fracasado, "y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales". La propuesta de un cambio jurisprudencial, sigue el Fallo, se justifica en que la doctrina utilizada hasta el momento se ha elaborado previamente a la reforma constitucional (1994) a partir de la cual el derecho a la salud es reconocido con rango constitucional por los tratados incorporados y el Estado Nacional"*.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659⁷⁹, o Supremo Tribunal Federal passou a enfrentar de forma ampla – ainda que em sede de controle difuso, mas com reconhecimento de repercussão geral – a potencial inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas). O julgamento ainda não se encerrou, impedindo conclusões antecipadas, mas os votos já proferidos apontam para certa mudança de tendência jurisprudencial sobre drogas.

A questão a saber é se estas movimentações no âmbito interno de diversos países vêm repercutindo na política internacional sobre drogas. Em verdade, não há qualquer mudança normativa considerável no âmbito internacional; mas, a ONU, por meio de seus relatórios anuais sobre a questão das drogas, vem registrando, ao menos, os resultados insatisfatórios alcançados pela repressão em mais de meio século.

A ONU tem sido extremamente cautelosa em propor – ou reconhecer – caminhos alternativos. Em 2014 o Escritório (UNODC) responsável pela emissão de relatórios anuais sobre drogas chegou a inserir a descriminalização na pauta de debates anuais, mas acabou retirando o trecho posteriormente⁸⁰.

Contudo, alguns documentos isolados revelam manifestações – ainda tímidas – sobre os pontos positivos de eventual descriminalização. Um destes documentos exemplificativos é o relatório sobre o sistema prisional brasileiro, através do qual – entre vários pontos – o Comitê ligado à ONU considera como ponto de proatividade, para melhorar o sistema carcerário, o potencial reconhecimento da inconstitucionalidade das condutas relacionadas ao consumo de drogas⁸¹.

⁷⁹ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em 02.10.2017.

⁸⁰ BBC BRASIL. **Proposta da ONU para descriminalizar drogas é retirada após 'pressão política'**. Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151019_onu_proposta_descriminalizacao_drogas_rb>. Acesso em 03.09.2018.

⁸¹ “The Subcommittee considers that such overcrowding compromises the physical and mental health and dignity of detainees, subjecting them to an increased risk of infectious, diseases and stress, and reducing their access to overstretched medical services. The Subcommittee encourages the State party to continue to implement programs such as custody hearings that can effectively reduce the prison population. The Subcommittee also notes that the Supreme Federal Tribunal is currently considering measures that would, if implemented, reduce overcrowding, namely: the decriminalization of drugs through a declaration that article 28 of the Anti-Drug Law is unconstitutional; and the possibility for certain detainees overpopulated facilities to benefit from alternative arrangements such as house arrest. However, it appears that much more needs to be done”. Tradução livre: “O Subcomitê considera que essa superlotação compromete a saúde física e mental e a dignidade dos detidos, sujeitando-os a um aumento do risco de doenças infecciosas e estresse, e reduzindo seu acesso a serviços médicos sobrecarregados. O Subcomitê encoraja o Estado-parte a continuar implementando programas como audiências de custódia que possam efetivamente reduzir a população carcerária. O Subcomitê também observa que o Supremo Tribunal Federal está atualmente considerando medidas que, se

Destaque pode ser conferido também à atuação da “*Global Commission on Drug Policy*”⁸².

O que se verifica, portanto, é que o direito internacional ainda se pauta por política eminentemente repressiva às drogas, mas, aos poucos, vem recebendo a influência dos caminhos alternativos.

1.2 TRATAMENTO NORMATIVO DAS DROGAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira sobre drogas passou por inúmeras mudanças ao longo do Século XX. A multiplicidade normativa, a decodificação⁸³ e as diversas alterações pontuais, em curtos espaços, são elementos que dificultam o estudo sistematizado – e linear – do modelo proibicionista brasileiro.

Contudo, a presente pesquisa não tem por escopo a investigação minudente de cada um dos diplomas normativos pretéritos; o que se objetiva é a identificação – a partir da análise legislativa – das raízes de política criminal que pautaram – e continuam a pautar – o sistema legal de repressão às drogas no Brasil.

*implementadas, reduziriam a superlotação, a saber: a descriminalização de drogas através de uma declaração de que o artigo 28 da Lei Anti-Drogas é inconstitucional; e a possibilidade de certas instalações superlotadas de detentos se beneficiarem de arranjos alternativos, como a prisão domiciliar. No entanto, parece que muito mais precisa ser feito”. (ONU. [Relatório do] **Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Relatorio-SPT-2016-1.pdf?x48657>>. Acesso em 17.08.2018.)*

⁸² De acordo com o relatório de 2018 desta Comissão Global de Política de Drogas: “*las convenciones internacionales – incluso la más represiva, adoptada en 1988 – no impiden a un país implementar las políticas necesarias para proteger la salud pública, facilitar el acceso a medicamentos esenciales, despenalizar el consumo y la posesión de drogas o establecer alternativas al castigo para delitos menores, de acuerdo con “sus principios constitucionales y los conceptos básicos de su sistema legal”*. Tradução livre: “*as convenções internacionais - mesmo as mais repressivas, adotadas em 1988 - não impedem que um país implemente as políticas necessárias para proteger a saúde pública, facilitar o acesso a medicamentos essenciais, descriminalizar o consumo e posse de drogas ou estabelecer alternativas à punição por crimes menores, de acordo com “os seus princípios constitucionais e os conceitos básicos do seu sistema legal”*”. (COMISIÓN GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS. **Regulación**: el control responsable de las drogas [Informe 2018]. Ginebra, 2018. Disponível em <http://www.globalcommissionondrugs.org/wpcontent/uploads/2018/09/SPA2018_Regulation_Report_WEB-FINAL.pdf>. Acesso em 25.10.2018.)

⁸³ A repressão às drogas não segue os mesmos padrões proibitivos relacionados a outros crimes, o que se percebe diante da existência de ritos processuais diversos. Além disso, por décadas a proibição às drogas esteve fragmentada em variados diplomas legais, com vigência simultânea, gerando multiplicidade normativa e dificultando a análise sistemática.

O modelo proibicionista brasileiro tem inspiração (a) nas normas “*ditadas*” pelo paradigma transnacional de controle e (b) nas perspectivas teóricas do “*direito penal do inimigo*”.

A denominação “*guerra às drogas*”, comumente conferida ao proibicionismo, bem revela o viés belicista da repressão. Neste cenário de guerra, aqueles que invariavelmente se ligam às drogas (consumidores e traficantes) são deslocados simbolicamente para o polo dos desviantes. Desta forma passam a ser vistos como estranhos e rotulados como “*inimigos públicos*”⁸⁴.

O inimigo é aquele que abala a ordem, que subverte os valores sociais, que se volta contra a sociedade e que afeta a segurança pública, de forma que os movimentos expansionistas de política criminal⁸⁵ – via de regra – se valem da figura do inimigo como instrumento de inspiração de medo e incerteza, sentimentos de validação de soluções repressivas cada vez mais amplas.

Conforme se depreende da lição de Foucault⁸⁶, a percepção do criminoso enquanto inimigo social remonta a formulações teóricas do Século XVIII:

A partir do Século XVIII, assiste-se à formulação da ideia de que o crime não é simplesmente uma culpa, aquela categoria de culpa que causa dano a outrem, mas de que o crime é aquilo que prejudica a sociedade, ou seja, de que é um gesto por meio do qual o indivíduo, rompendo o pacto social que o liga aos outros, entra em guerra contra a sua própria sociedade. [...] O criminoso é o inimigo social, e, desse modo, a punição não deve ser a reparação do prejuízo causado a outrem nem o castigo da culpa, mas uma medida de proteção, de contraguerra que a sociedade tomará contra este último.

De acordo com esta percepção bélica com relação ao criminoso (inimigo, estranho), “*é importante para ela [sociedade em guerra] que seus inimigos sejam dominados e não se multipliquem*”⁸⁷

⁸⁴ De acordo com Salo de Carvalho: “[...] o sistema proibicionista no Brasil se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança nacional (ISN). A partir do processo de redemocratização, apesar do crescimento das expectativas de abertura do enclausuramento na questão das drogas, por mais paradoxal que possa parecer, houve o recrudescimento desta base ideológica com a reconfiguração de sua apresentação ao público consumidor do sistema penal. A renovação ocorrerá sobretudo no que diz respeito à ISN, cuja roupagem, na atualidade, será fornecida pela ideologia político-criminal que funda a tese do direito penal do inimigo”. (CARVALHO, Op. cit. [versão eletrônica: ebook]. p.1 [cap. 03])

⁸⁵ Entre os quais estão incluídos os citados por Carvalho: MLO, IDS e ISN.

⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2015. p. 32.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 34.

Foucault esclarece que estas formulações teóricas do Século XVIII teriam base em práticas muito mais antigas, pois, desde a Idade Média, “*vinha nascendo, através das instituições, uma prática que de certo modo antecipava esse tema teórico: a ação pública*”⁸⁸.

Muito embora a base do discurso do “*inimigo*” não seja tão recente, tal discurso ganhou espaço a partir da expansão dos “*medos*” advindos da “*modernidade líquida*”⁸⁹ descrita por Zigmunt Bauman.

De acordo com Bauman⁹⁰, a modernidade é marcada por uma constante sensação de insegurança, sobretudo diante de potenciais crimes e criminosos. Neste cenário, surge a emergência por segurança – na tentativa de dissipação da inconveniente sensação de medo – a ser alcançada por ações defensivas. Contudo, estas ações defensivas apenas reforçam o medo, o que leva ao incremento delas próprias. Ou seja, o medo e o individualismo da “*modernidade líquida*” geram a demanda por segurança contra o “*outro*” (estranho, inimigo) e criam o contexto propício para discursos penais bélicos e/ou efficientistas.

Os medos decritos por Bauman se conectam aos “*riscos*” descritos por Ulrich Beck⁹¹, riscos estes que teriam se expandido significativamente em uma sociedade global e tecnológica. De acordo com Beck, a sociedade pós-moderna constitui uma “*sociedade de risco*”, marcada por incertezas. Os riscos – na mesma linha dos medos – estimulam discursos penais de eficiência, aptos, em tese, ao aumento da sensação de segurança. Diante dos riscos, o direito penal se expande, contudo, de forma meramente simbólica⁹².

⁸⁸ FOUCAULT, *Op. cit.* p. 32.

⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

⁹⁰ *Idem*. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

⁹¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁹² De acordo com Guimarães e Machado: “O “*novo direito penal*”, no contexto de uma sociedade contemporânea globalizada caracterizada pelos riscos produzidos, representa a inauguração de uma nova era do Direito Penal Clássico. Assim, a vida na sociedade do risco torna a sociedade suscetível a riscos até então desconhecidos, influenciando o Direito Penal clássico e pressionando-o a uma situação expansionista a fim de que se alcance segurança e fomentando a criação de um Direito Penal do Risco, dogmática segundo a qual o recrudescimento da lei e medidas punitivas são imprescindíveis para aumentar a segurança dos cidadãos, ainda que em detrimento dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos que coloquem em risco a sociedade global”. (GUIMARÃES, Rejaine Silva; MACHADO, Linia Dayana Lopes. Direito penal no contexto da sociedade de risco: um desafio da pós-modernidade. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. v. 3. n. 1. p. 1-16. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1933/pdf>>. Acesso em: 23.11.2018.)

O constructo teórico do conceito de guerra é uma das principais forças motrizes da expansão do sistema punitivo, conforme se depreende da lição de Nils Christie⁹³:

A crença de que existe uma guerra é uma das principais forças motrizes do seu desenvolvimento [indústria de controle do crime]. A outra é a adaptação generalizada às formas industriais de pensar, organizar-se e comportar-se. A instituição da lei está em processo de transformação. Seu antigo símbolo era uma mulher com olhos vendados e com uma balança na mão. Sua tarefa era equilibrar um grande número de valores opostos. Essa tarefa desapareceu. Uma revolução silenciosa ocorreu no seio da instituição da lei, uma revolução que permite à indústria de controle do crime mais oportunidades de crescimento.

Vera Regina Pereira de Andrade⁹⁴ sintetiza alguns aspectos inerentes à caracterização do modelo eficientista. Segundo ela, o discurso penal da denominada “*Lei e Ordem*” se vale da afirmação de que o sistema não funciona adequadamente – no combate à criminalidade – porque “*não é suficientemente repressivo*”. A partir desta premissa, a política repressiva de “*Lei e Ordem*” manda “*criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários e penitenciários*”. Ou seja, este modelo eficientista prega o incremento da cultura punitiva e a redução das “*garantias penais e processuais básicas*”, em verdadeira afronta à Constituição e aos valores republicanos.

Destarte, considerando que a escolha do inimigo depende de prévia criação discursiva, o processo de rotulação do inimigo segue a base moralizadora já identificada nas convenções internacionais e repercutida na legislação brasileira. Isto acontece (a) seja para conferir ao usuário a qualidade intrínseca e inafastável de doente, a ser forçosamente curado (modelos médico-sanitários), (b) seja para atribuir ao traficante – e ao próprio usuário – a pecha de criminoso (modelos bélicos).

No processo de sucessão de normas brasileiras sobre drogas é possível identificar dois “*grandes*” modelos repressivos: o primeiro marcado pela diferenciação entre consumidores (doentes e destinados aos “*manicômios*”) e comerciantes (criminosos e destinados ao cárcere); o segundo caracterizado pelo trato punitivo – propriamente dito – tanto a comerciantes quanto a consumidores, ambos destinados

⁹³ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 02.

⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**. n. 52. p. 163-182. Santa Catarina, 2006.

ao cárcere. A passagem de um modelo ao outro não possui, contudo, linearidade histórica.

1.2.1 Antecedentes à Lei n. 11.343/2006

Nilo Batista⁹⁵ aponta o Decreto n. 11.481/15, através do qual o Brasil formalmente aderiu à resolução decorrente da Conferência Internacional do Ópio, como marco inicial da configuração da política brasileira sobre drogas. De acordo com o Autor *“é nesta ocasião que a política brasileira para drogas começa a adquirir uma configuração definida, na direção de um modelo que chamaremos ‘sanitário’, e que prevalecerá por meio século”*. Com relação à legislação brasileira anterior a 1914 – com destaque para a regulação das *“substâncias venenosas”* pelas Ordenações Filipinas – Batista destaca que tal legislação *“não dispõe de massa normativa que permita extrair-lhe uma coerência programática específica”*.

Em sentido similar – sobre as normas anteriores à década de 1920 – é a lição de Boarini e Machado⁹⁶:

No Brasil, a história do percurso da criação de políticas públicas direcionadas aos usuários de drogas, à repressão ao tráfico e à prevenção de maneira geral é relativamente recente. Até a década de 20, não havia qualquer regulamentação oficial sobre as drogas ilícitas no País. Esse período, marcado pelo desenvolvimento da industrialização, constituiu-se como o marco inicial no Brasil do controle sobre drogas, e resultou na publicação de uma lei restritiva ao consumo dessas drogas, com punições àqueles usuários *“que não seguissem as recomendações médicas”*

Embora a produção legislativa sobre drogas tenha sido escassa antes do início do Século XX, o ritmo mudou após a internacionalização do controle. Na primeira década do referido século, diversos documentos normativos compuseram o sistema repressivo até a edição da Lei n. 11.343/2006, entre os quais podem ser destacados os seguintes⁹⁷: (a) Decretos n. 4.294/21 e n. 15.683/21, inspirados na Convenção de

⁹⁵ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 05, n. 20. São Paulo: RT, 1997. p. 131.

⁹⁶ BOARINI, Maria Lúcia; MACHADO, Letícia Vier. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. **Revista Psicologia: Ciência e Profissão**. n. 33. v. 3., 2013. p. 583. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v33n3/v33n3a06.pdf>>. Acesso em 05.09.2018.

⁹⁷ Base de pesquisa da legislação extraída de: GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 41-43.

Haia; (b) Decretos n. 20.930/32 e n. 24.505/34; (c) Decretos n. 780/36 e n. 2.953/38; (d) Decreto-lei n. 891/38, inspirado na Convenção de Genebra (1936); (e) art. 281 do Código Penal de 1940; (f) Decreto-lei n. 891/67, responsável pela “*internalização*” da Convenção Única sobre Entorpecentes (1961); (g) Decreto-lei n. 159/67; (h) Decreto-lei n. 385/68; (i) Lei n. 5.726/71, responsável pela sistematização normativa do “*combate*” ao tráfico e ao uso de entorpecentes; (j) Lei n. 6.368/76; (k) art. 5º, XLIII da Constituição da República de 1988; (l) Lei n. 8.072/90, a qual conferiu ao tráfico de drogas tratamento assemelhado aos crimes hediondos; (m) Lei n. 10.409/2002.

A amplitude numérica de leis e decretos bem revela a mudança de concepção sobre drogas ao longo do Século XX. Os diplomas normativos citados não esgotam a legislação pertinente à matéria, mas constituem o somatório das principais regulamentações antecedentes à Lei n. 11.343/2006.

A presente pesquisa não tem por objeto, conforme já se advertiu, a análise minuciosa de cada um dos artigos desta legislação prévia, mas, para os fins pretendidos, se mostra pertinente a investigação das inspirações político-criminais que moldaram a estruturação das principais alterações normativas, sobretudo com a observação da passagem do modelo “*sanitário*” ao modelo “*bélico*”⁹⁸.

O período de estruturação normativa – no Brasil – entre os anos 1914 e 1964 é denominado por Nilo Batista como “*período sanitário*”. Já o período posterior a 1964 é denominado pelo referido Autor como “*período bélico*”. O modelo sanitário teve por base estruturante o Decreto n. 4.294/21, tanto é que, conforme ressalta Batista, o § 2º, do art. 6º, deste diploma normativo previa a internação compulsória de “*intoxicados*”, com o fim de “*evitar a prática de atos criminosos ou a completa perdição moral*”. A letra da norma bem evidencia o conteúdo moral dos mecanismos repressivos. Com relação à indicação do ano de 1964 como marco divisor entre os períodos sanitário e bélico, Batista esclarece que não se trata de referência a nenhuma edição normativa significativa, mas sim “*ao golpe de estado que criou as condições para a implantação do modelo bélico*”⁹⁹.

⁹⁸ BATISTA, Nilo. 1997.

⁹⁹ *Ibidem*. 84-85. De acordo com Nilo Batista: “O instrumento teórico desse projeto foi a doutrina da segurança nacional, elaborada no Brasil pela Escola Superior de Guerra, fundada em 1949 sob a inspiração do National War College e com a ajuda de uma missão militar americana. O autoritarismo da doutrina da segurança nacional, expressamente adotada na legislação de defesa do estado durante a ditadura militar, bem como a efetividade de seus porões, ultrapassam os objetivos desse estudo, porém é preciso recolher um de seus conceitos – o de “inimigo interno” – que, intensamente vivenciado pelos operadores policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos, transbordará para o sistema penal em geral, e sobreviverá à própria guerra fria. No discurso de uma alta patente militar da

O ano de 1968 pode ser considerado ainda mais significativo na consolidação do modelo “*bélico*”, primeiro pela supressão de garantias individuais ditadas pelo Ato Institucional n. 05; segundo pela edição do Decreto-Lei n. 385/68, documento normativo que equiparou “*quoad poenam*” o usuário ao traficante de drogas¹⁰⁰.

Sobre a mudança de perspectiva repressiva com o Decreto-Lei n. 385/68, Maurides de Melo Ribeiro¹⁰¹ destaca que “*já na primeira alteração legislativa [sobre drogas] introduzida pelo regime militar*”, na mesma linha repressiva do AI n. 5, “*foi alterado o art. 281 do Código Penal para, além de outros aspectos recrudescedores, equiparar a conduta da pessoa que usa drogas à do traficante*”.

A equiparação do usuário ao traficante é talvez o principal elemento demonstrativo do modelo “*bélico*” instaurado durante o período ditatorial. A identidade “*quoad poenam*” da repressão só foi alterada com a legislação de 1976. Todavia, a Lei n. 6.368/76 manteve a criminalização do usuário (art.16), mas com pena destacadamente inferior à cominada ao tráfico (art.12).

Sobre a Lei n. 6.368/1976 relevante é a lição de Leonardo Marcondes Machado:

No Brasil, a Lei n. 6.368/76 apresenta-se como um dos primeiros símbolos nacionais do paradigma proibicionista criminal. A referida legislação, nos moldes da política norte-americana de guerra às drogas (“war on drugs”), criminalizava, além das figuras relacionadas ao suposto comércio (tráfico), o próprio usuário de “substância entorpecente”, estabelecendo inclusive pena de prisão.¹⁰²

De acordo com Salo de Carvalho¹⁰³, muito embora a Lei n. 6.368/1976 se refira de início a políticas preventivas, em verdade “*projeta sistema repressivo autoritário típico dos modelos penais de exceção*”. Além de manter a criminalização do usuário

época, o “uso de tóxicos” – ao lado, claro está – do “amor livre” – constitui tática de guerra revolucionária contra a “civilização cristã”.

¹⁰⁰ BATISTA, Nilo. 1997.

¹⁰¹ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas [versão eletrônica: ebook]. São Paulo: Saraiva, 2013. [posição 520-538].

¹⁰² MACHADO, Leonardo Marcondes. A política proibicionista de drogas: olhares sobre a guerra brasileira. In. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 380.

¹⁰³ CARVALHO, Op. cit. [versão eletrônica: ebook]. p. 8 [Cap. 02]. Sobre o tratamento obrigatório, relevante a lição de Salo de Carvalho: “*A obrigatoriedade terapêutica aos drogaditos, a partir do entendimento da toxicodependência como fator criminógeno revelador de intensa periculosidade social, determina a solidificação do discurso médico-jurídico sanitário na medida em que (a) associa dependência-delito, (b) abandona a ideia de voluntariedade no tratamento, e, subliminarmente, (c) amplia as possibilidades de identificação do usuário como dependente*”.

(reflexo do modelo “*bélico*”), a referida lei também estabeleceu o tratamento obrigatório para dependentes químicos, absolvidos “*impropriamente*” (art. 29).

Ademais, o caráter bélico ganha destaque com a figura do “*dever geral de colaboração*”, objeto da crítica de Maria Lúcia Karam¹⁰⁴. A Autora afirma que as características da doutrina da segurança nacional estão presentes “*no estabelecimento de um dever geral de colaboração que, expresso no artigo 1º da Lei n. 6.368/76, ressurgiu no artigo 2º da Lei n. 10.409/02*”. De acordo com o dispositivo legal citado, por expressão daquela lei, era dever de todos “*colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica*”.

Maurides de Melo Riberiro¹⁰⁵ leciona no sentido de que, após a redemocratização, o debate sobre descriminalização e outros modelos alternativos ao proibicionismo começaram a ganhar espaço; mas, o fenômeno da globalização e a hegemonia das leis de mercado acabaram por contribuir “*para o fomento do comércio de substâncias psicoativas, agora num ambiente globalizado*”. Desta forma, o narcotraficante passou a ser o novo “*inimigo global*”.

Luciana Boiteux¹⁰⁶, atenta ao recrudescimento do proibicionismo no espaço democrático, sustenta que há perceptível paradoxo entre as conquistas constitucionais e a expansão do controle penal às drogas:

A partir da Constituição 1988 constata-se um grande paradoxo na política criminal, pois ao mesmo tempo que houve grandes conquistas, como o reconhecimento de direitos e garantias individuais, inclusive dos presos, foram também previstos indicativos repressivos de grande impacto no texto constitucional, tal como os crimes hediondos, posteriormente definidos pela Lei (8.072/1990), ao qual o tráfico de drogas foi equiparado expressamente, tendo sido vedada a progressão de regime entre outros benefícios e aumentado o prazo para o livramento condicional para tais crimes.

As proposições alternativas perderam força nas últimas décadas do Século XX, evidenciando-se o recrudescimento da repressão às drogas, destacadamente a partir da edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90).

¹⁰⁴ KARAM, Maria Lúcia. Legislação brasileira sobre drogas: história recente – a criminalização da diferença. In. ACSELRAD, G. [Organizador]. **Avessos do prazer: Aids e direitos humanos** [online]. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005. p. 156. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/bgqv/pdf/acselrad-9788575415368-10.pdf>>. Acesso em 04.08.2108.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Op. cit. [versão eletrônica: ebook].

¹⁰⁶ BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In. SHECAIRA, Sérgio Salomão [Organizador]. **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 246.

O que se percebe, portanto, é que o modelo “*bélico*” de repressão às drogas repercutiu para além do período de ditadura militar, sendo que as perspectivas teóricas do “*direito penal do inimigo*” constituem importante base de sustentação da legislação brasileira sobre drogas até os dias atuais.

1.2.2 Mudanças a partir da Lei n. 11.343/2006

A Lei n. 11.343/2006 é a que estabelece as normas atuais sobre drogas no Brasil; constitui, portanto, o marco contemporâneo da dogmática jurídico-penal brasileira e – não se pode negar – trouxe importantes inovações potencialmente “*flexibilizadoras*” do paradigma repressivo.

Neste sentido, Carlos Eduardo Martins Torcato¹⁰⁷ considera que a legislação brasileira de 2006 mostra-se como elemento de revelação da crise do proibicionismo. Uma das mudanças relevantes para Torcato foi a alteração de nomenclatura: “*os órgãos e as políticas deixaram de ser ‘Antidrogas’ e se tornaram ‘Sobre Drogas’ a partir de então*”. Mudança ainda mais significativa, na visão do Autor, “*foi a substituição das penas de privação de liberdade por outras nos casos referentes ao consumo, sobretudo, devido ao colapso do sistema prisional*”.

Maurides de Melo Ribeiro¹⁰⁸ também sustenta a existência de variados pontos positivos na Lei n. 11.343/2006, destacando a mudança dos fundamentos políticos, os quais: (a) passam a se voltar – ao menos em tese – para “*o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade*” (art. 4º, I); (b) devem estar atentos “*à diversidade e às especificidades populacionais existentes*” (inciso II); (c) precisam se ocupar do “*fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas*” (art. 19, III). De acordo com o Autor, estes enunciados comporiam uma verdadeira “*diretriz ético-política*” definidora de metas de política criminal, de forma que deveriam

¹⁰⁷ TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil**: da Colônia à República [Tese de Doutorado]. São Paulo: USP. 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-05102016-165617/pt-br.php>>. Acesso em 02/12/2018.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Op. cit. [versão eletrônica: ebook]. [posição 586-603].

– sempre – ser observados como parâmetros para “*intérpretes e operadores do direito penal*”.

Contudo, parte da doutrina não se mostra tão otimista com relação aos avanços da Lei n. 11.343/2006.

Entre as críticas mais constantes podem ser mencionada as seguintes: (a) a lei não define o que é droga, deixando os aspectos conceituais a cargo de escolhas aleatórias do Estado; (b) a descarcerização do consumo não evita os estigmas e consequências penais inerentes à criminalização que continua a recair sobre o usuário; (c) o aumento substancial das penas para o crime de tráfico, associado à ausência de critérios objetivos de distinção entre consumo e tráfico, gera respostas seletivas do Poder Judiciário e amplia os níveis de encarceramento.

Sobre a ausência de delimitação conceitual do que é droga, Leonardo Marcondes Machado¹⁰⁹ sustenta que “*drogas são o que o Estado quer que sejam, quando quer que sejam e enquanto quer que sejam. O critério definidor, nitidamente seletivo, é político-criminal e não científico bioquímico ou gerencial da saúde pública*”.

Salo de Carvalho, por sua vez, sustenta que foi mantida a repressão penal ao consumidor de drogas, sendo que a solução da descarceirização se distancia “*dos processos de descriminalização sustentados por políticas de redução de danos ocorridos em inúmeros países europeus nos últimos anos*”. Ou seja, a lei brasileira manteve o “*sistema proibicionista estruturado na reciprocidade punitiva entre penas restritivas de direitos e medidas de segurança atípicas (medidas educacionais)*”¹¹⁰.

O que se percebe é que a descarcerização não evita os estigmas penais, até porque o usuário continua a ser tratado como criminoso e tem contra si a aplicação de penas alternativas. O “*suposto*” avanço brasileiro está muito distante de soluções efetivas de descriminalização – com foco em redução de danos – adotadas por outros países.

Por fim, a expansão da repressão ao tráfico, bem revela que a legislação atual ainda se mantém conectada ao modelo “*bélico*”.

Neste sentido, Luciana Boiteux¹¹¹ afirma que os diversos recrudescimentos normativos (ampliação das penas; cumprimento diferenciado decorrente da equiparação aos crimes hediondo; ausência de distinção precisa entre consumo e

¹⁰⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Op. cit.* p. 34.

¹¹⁰ CARVALHO, *Op. cit.* [versão digital: ebook]. p. 14 [Cap. 04].

¹¹¹ BOITEUX, 2014. p. 90.

tráfico) gera o resultado de que “a *Lei de Drogas constitui hoje uma das principais causas do desproporcional crescimento dos níveis de encarceramento no Brasil*”.

A Lei n. 11.343/2006 trouxe importantes novidades, sobretudo programáticas, mas, em variados pontos, reflete a essência da política criminal belicista que a antecedeu.

1.3 JURISPRUDÊNCIA E PROIBICIONISMO

A “*construção*” da jurisprudência pressupõe a interpretação normativa. De acordo com Kelsen se a norma pode ser interpretada pelo órgão aplicador, isto decorre de sua indeterminação, a qual pode ser intencional ou não intencional. A indeterminação não intencional da norma decorre, via de regra, da imprecisão linguística, a qual acaba gerando divergências de sentidos.¹¹²

A indeterminação intencional é aquela estabelecida pelo legislador para conferir discricionariedade ao aplicador do direito, a fim de que este “*crie*” a norma individual, com margem de liberdade, para melhor adequação ao caso concreto. Kelsen¹¹³ também salienta que não existe uma única interpretação correta:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

A atuação interpretativa do Poder Judiciário é, portanto, elemento essencial do processo democrático. Além disso, o papel desempenhado pelos tribunais constitucionais deve ser destacado, pois o controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) das leis é instrumento capaz – em tese – de evitar a vigência de leis aflitivas aos direitos fundamentais inscritos na Constituição.

A fim de se compreender o paradigma proibicionista, é preciso investigar a ressonância das normas proibitivas na atuação do Poder Judiciário, com ênfase na jurisprudência posterior à vigência da Lei n. 11.343/2006.

¹¹² KELSEN, *Op. cit.*

¹¹³ *Ibidem.* p. 251.

A escolha deste último marco normativo para a análise da jurisprudência justifica-se em razão do aparente avanço da Lei n. 11.343/2006 no estabelecimento de mecanismos preventivos e na descarcerização do consumo.

O problema que se apresenta é o de saber de que forma este aparente cenário de mudança – apontado por Carvalho¹¹⁴ como de “*retórica preventiva e ênfase repressiva*” – vem repercutindo na atuação jurisdicional.

O que se quer saber é qual o papel do Poder Judiciário – no atual contexto normativo brasileiro – na consolidação do paradigma proibicionista?

A análise desta questão não se relaciona à mera verificação de conteúdos decisórios, mas, sobretudo, aos dados da repressão; afinal, o aumento estatístico de prisões e condenações, decorrentes da “*Lei de Drogas*”, serve como importante elemento indicativo da criminalização secundária e, conseqüentemente, da expansão do proibicionismo no âmbito do Poder Judiciário.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha proferido algumas decisões redutoras do rigor da repressão às drogas – a partir de uma leitura constitucional – além de estar discutindo a descriminalização do consumo; por outros vários aspectos o Poder Judiciário vem atuando de forma a expandir o paradigma eficientista de proibição, sendo relevante destacar: (a) a diferenciação casuísta e seletiva entre traficante e usuário; (b) as interpretações eficientistas e restritivas de direitos fundamentais, a exemplo da violação de domicílio em buscas e apreensões sem ordem judicial ou até mesmo a expedição de mandados de buscas coletivos e genéricos.

1.3.1 Seletividade: Diferenciação entre Usuário e Traficante

A distinção de tratamento jurídico-penal entre traficante e usuário é apontada, via de regra, como um dos avanços da Lei n. 11.343/2006, isto porque: de um lado, o traficante pode ser apenado em sua liberdade de forma ampla; de outro lado, ao usuário ficam reservadas penas restritivas de direitos.

¹¹⁴ CARVALHO, *Op. cit.*

Contudo, ante à ausência de limites normativos precisos entre as condutas de tráfico e uso, as quais, inclusive, estão previstas em tipos penais que narram verbos nucleares coincidentes, o que se tem por efeito é a ampla discricionariedade da jurisprudência na definição casuística das imputações aos personagens envolvidos com drogas¹¹⁵.

Não são poucos os casos de condenação por tráfico de quantidades ínfimas de drogas, por vezes inferiores a 1g¹¹⁶.

A estrutura lacunosa da Lei n. 11.343/2006 acabou por possibilitar que muitos usuários – expostos à rotulação do proibicionismo historicamente exacerbado – passassem a ser apenados como se fossem traficantes, forma esta de se continuar a exercer a sanha punitiva moralizante¹¹⁷.

Diante da impossibilidade de se privar a liberdade do usuário, as agências punitivas passaram a adaptar a imputação, o que ampliou significativamente o número de casos de tráfico de drogas de pequena monta. Os críticos do proibicionismo reputam a este “*movimento*” jurisprudencial a expansão demográfica do sistema penitenciário nas últimas duas décadas¹¹⁸.

A falta de critérios precisos de diferenciação também tem por efeito a maior seletividade do sistema penal, conforme salienta Carlos Eduardo Martins Torcato¹¹⁹. De acordo com Torcato, “*a ausência de um critério objetivo que separe as figuras penais do traficante e do usuário levou à maior caracterização das prisões como tráfico – mantendo a tendência de alta das prisões por esse tipo de infração*”.

O que se percebe, portanto, é que a legislação atual apenas serviu à consolidação do preconceito e do tratamento desigualitário, isto porque, na visão de Torcato, “*os jovens, brancos e das classes mais altas passaram a ser caracterizados*

¹¹⁵ CARVALHO, *op. cit.*

¹¹⁶ Notícia [Site: Justificando]: Nesta notícia consta referência a caso de condenação por tráfico de drogas, avaliada pelo STJ, em que a quantidade de maconha era de 0,02g. (JUSTIFICANDO. **Insignificância: homem é condenado pelo STJ por tráfico de 0,02g de maconha** [Notícia]. Redação, 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/06/22/insignificancia-homem-e-condenado-pelo-stj-por-trafico-de-002g-de-maconha/>>. Acesso em 20.10.2018.)

¹¹⁷ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário e traficante de drogas: a seletividade penal na lei n. 11.343/2006. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 380.

¹¹⁸ BOITEUX, 2014.

¹¹⁹ TORCATO, *Op. cit.* p. 339.

*como usuários com penas leves, enquanto os negros, pobres e de periferia continuaram a ser enviados para os presídios*¹²⁰.

A aleatoriedade das respostas jurisdicionais também se evidencia com relação à hipótese legal de redução de pena (e substituição da pena por restritiva de direitos), ou seja, à figura privilegiada do tráfico¹²¹.

O que se conclui, portanto, é que a ausência de critérios objetivos de diferenciação entre consumo e tráfico vem gerando respostas aleatórias e seletivas do Poder Judiciário, o que bem demonstra a falibilidade das respostas jurisdicionais e a repercussão jurisprudencial do modelo “bélico” de guerra às drogas.

1.3.2 Eficientismo e Redução de Garantias

A seletividade da diferenciação entre usuário e traficante é apenas uma das faces contemporâneas do paradigma proibicionista no âmbito da jurisprudência brasileira.

A internalização do discurso bélico – ao longo de várias décadas – faz com que o traficante – marcado por fortes estereótipos – seja visto pelo Poder Judiciário como o grande inimigo público¹²².

O inimigo, via de regra, é representado pelo traficante de rua, elo mais frágil e exposto da cadeia do narcotráfico, cooptado entre as classes mais pobres e facilmente substituível (descartável). Ao pequeno traficante recai o rótulo do inimigo e, conseqüentemente, a ira punitiva estatal, exercida pelo aparato de criminalização secundária.

¹²⁰ TORCATO, *Op. cit.*

¹²¹ De acordo com Boiteux: “*Chama a atenção no Rio de Janeiro a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, quando presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução das penas, o que foi constatado em cerca de 40% dos casos. A conclusão a que se chegou foi que, na prática, houve uma diferença de interpretação entre os juízes na aplicação da causa especial de redução, dificultando a diminuição das penas, mesmo no caso de réus primários, especialmente na Justiça Estadual. Por outro lado, foi detectado que na Justiça Federal do Rio de Janeiro houve maior redução da pena para os acusados presos como “mulas” (transportadores de drogas), na maioria dos casos estrangeiros e muitas delas mulheres, enquanto os Juízes Estaduais aplicaram bem menos tal causa*” (BOITEUX, 2014. p. 91.)

¹²² RIBEIRO, *Op. cit.* [versão eletrônica: ebook].

Este processo de rotulação – expressão do discurso punitivo bélico – acaba por resultar na negação de certos direitos fundamentais e garantias àquele que é taxado de inimigo.

Na lição de Jakobs – sob a crítica de Zaffaroni – o inimigo não seria merecedor dos mesmos direitos do cidadão¹²³.

No Brasil do início do Século XX, Ibrahim Nobre disse que “*contra a Pátria não há direitos*”¹²⁴, frase que representa a essência da “*guerra às drogas*” na luta contra inimigos criados discursivamente.

O discurso do inimigo em direito penal não pode ser ignorado, pois o “*tratamento diferenciado dos inimigos ou estranhos está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico*”¹²⁵.

De acordo com a crítica de Zaffaroni, o direito penal do inimigo representa risco para a própria perspectiva de Estado de direito.

[...] o que está efetivamente em discussão é saber se os direitos dos cidadãos podem ser diminuídos para individualizar os inimigos, ou seja, passa-se a discutir algo diferente da própria eficácia da proposta de contenção. Esta seria a forma concreta e real de formular a pergunta, tendo em conta o deslocamento que inevitavelmente se opera no poder punitivo cada vez que ele é habilitado. Caso se legitime essa ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o estado de direito terá sido abolido.¹²⁶

Zaffaroni sustenta que o direito penal do inimigo se revela como algo escandaloso, pois torna admissível e legítimo “*o tratamento de uma pessoa como não pessoa*”, passando a ser vista como “*coisa perigosa*”, tendo por resultante a subtração de direitos fundamentais.¹²⁷

O conceito do criminoso enquanto inimigo público também foi bem observado por Michel Foucault: “*este é alguém irreduzível à sociedade, sendo estranho a suas normas e a seus valores*”. De acordo com o Autor: “*em torno do fenômeno da criminalidade nascerão discursos e instituições como os que se organizam com o nome de psicopatologia do desvio*”¹²⁸.

¹²³ JAKOBS, Gunther. *Apud*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹²⁴ NOBRE, Ibrahim. *Apud*. SOUZA, Percival de. **Society Cocaína**. Santos: Traço Editora, 1981. p. 01

¹²⁵ ZAFFARONI, 2007. p. 190.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 192.

¹²⁷ *Ibidem*. p. 190.

¹²⁸ FOUCAULT, *Op. cit.* p. 34.

A rotulação do traficante como inimigo público tem resultado em interpretações efficientistas por parte do Poder Judiciário, resultantes da redução e/ou flexibilização de garantias constitucionais, hipótese que serve como indicativo na ressonância do proibicionismo na jurisdição brasileira.

Entre as reduções de garantias constitucionais expressas na atuação do Poder judiciário, podem ser destacadas: (a) violação de domicílio em buscas e apreensões sem ordem judicial; (b) expedições de mandados coletivos e genéricos de buscas e apreensões.

A questão da flexibilização da inviolabilidade domiciliar quando do flagrante de crime permanente (tráfico), restou decidida – de forma não unânime – no Recurso Extraordinário n. 603.616.

Relevante, sobre o julgamento mencionado, é a análise de Andressa Paula de Andrade:

[...] o Recurso Extraordinário apenas oferece ‘carta branca’ para o ingresso em domicílio das pessoas em que se suspeita em permanência delitiva. Afirmar que haverá controle judicial posterior às atividades dos agentes que adentraram domicílios não disse nada além do que já é – ou ao menos deveria ser – feito¹²⁹.

Sobre o consentimento em busca domiciliar, significativa é a lição de Alexandre Morais da Rosa¹³⁰, no sentido de que “*o consentimento fornecido por morador somente poderá ser válido, para diligência diurna ou noturna, quando se der pelo responsável pela casa, desprovido de pressão policial, mesmo simbólica, observado o disposto no art. 293, do CPP*”. O que se percebe é que a pressão desnatura o consentimento, já que a liberdade de escolha fica viciada.

De acordo com o Autor, “*estando os policiais fardados, fortemente armados, acreditar-se em consentimento é cinismo. Também é inválido o consentimento do conduzido já preso, como é a prática de se dirigirem até a casa do acusado detido em outro local*”¹³¹.

¹²⁹ ANDRADE, Andressa Paula de. **Atuação do Supremo Tribunal Federal na lei 11.343 entre 2006 e 2016**: leituras constitucionais – entre o proibicionismo e os direitos fundamentasi. In. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 540.

¹³⁰ ROSA, Alexandre Morais da. A banalização da busca e apreensão nos crimes de tráfico. In. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 444.

¹³¹ *Ibidem*. p. 444.

Na linha de violação ao domicílio, apresenta-se também a hipótese de concessão de mandados de busca e apreensão genéricos e/ou coletivos, a exemplo do que aconteceu na ocupação do Complexo da Maré no Rio de Janeiro, no ano de 2014, durante operação GLO (“*Garantia da Lei e da Ordem*”). Na suposta luta contra o narcotráfico, as Forças Armadas requereram a concessão de mandado de busca e apreensão coletivo para que tivessem autorização prévia para o ingresso em qualquer casa localizada no Complexo da Maré¹³². O que se tem, sendo possível estabelecer conexão com a perspectiva de Giorgio Agamben¹³³, é que tais mandados coletivos se revelam como verdadeiras exceções ao Estado democrático de direito¹³⁴.

Estas interpretações eficientistas, limitadoras de garantias constitucionais bem revelam que o modelo bélico, fundado no “*direito penal do inimigo*” e sob a influência da ideologia da defesa social, continua a influenciar a atuação do Poder Judiciário na contemporaneidade.

¹³² SANTOS, Tracy Joseph Reinaldet dos; PONTAROLLI, André Luis. O estado de exceção, o tráfico de drogas e o terrorismo: breve análise sobre a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben e sua relação com algumas medidas propostas pelo paradigma governamental contemporâneo. *In*. VEIGA, Fábio da Silva; GONÇALVES, Rubén Miranda. **Los nuevos desafíos del derecho ibero-americano**. Las Palmas de Gran Canaria: La Casa del Abogado, 2018.

¹³³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹³⁴ “A suspensão desta fração do ordenamento jurídico é realizada por intermédio de um mandado de busca e apreensão coletivo e genérico. Assim sendo, o Estado age em tal evento de forma ilícita e irregular, não só à luz do art. 93, IX da Constituição, como também à luz do art. 240 do Código de Processo Penal. Não obstante, a medida resta, em princípio, justificada por conta do abalo social que a motiva. Portanto, trata-se de verdadeira medida de excessão – alhiea à vigência da ordem jurídica nacional e análoga às formas de agir inerentes a governos excepcionais”. (SANTOS; PONTAROLLI, *Op. cit.* p. 33)

2 CRISE DO PROIBICIONISMO

O proibicionismo, conforme restou delimitado no capítulo anterior, consiste em modelo jurídico de base repressivo-eficientista¹³⁵ que tem por objetivo – declarado¹³⁶ – a redução do consumo problemático de drogas. Contudo, as estratégias proibicionistas não parecem ter sido exitosas ao longo de mais de um século¹³⁷ de constante expansão, hipótese que aponta – ao menos em tese – para a existência de crise paradigmática.

O presente capítulo tem por objeto a análise desta crise potencial, através de perspectiva transdisciplinar. A multiplicidade analítica se justifica em vista da complexidade do problema em evidência. Isto porque, as compreensões jurídicas e políticas não podem ser isoladas de constatações realizadas – por exemplo – nos campos da saúde e da economia (pragmatismo). A leitura transdisciplinar de determinados problemas sociais é providência adequada. Neste sentido é lição de Mário Ramidoff:

Bem por isso, não se pode delimitar a perspectiva a uma temática específica – como, por exemplo, apenas pela visão jurídico-legal do mundo da vida vivida –, a aceitação das contribuições transdisciplinares pode ser muito importante para alcançar resoluções cada vez mais adequadas – apesar de complexas – para as inúmeras e diversificadas questões estabelecidas socialmente.¹³⁸

A investigação de determinado problema por variadas perspectivas, permite leituras mais abrangentes. A comunicação entre distintos saberes viabiliza teorizações mais dinâmicas. Alan Chalmers¹³⁹ sustenta que “*as formas em que somos capazes de teorizar sobre o mundo com sucesso não são algo que possamos estabelecer de*

¹³⁵ A ideia de eficiência é marca de variados modelos político-criminais, tais como o fundado na “*segurança nacional*”, o da “*ideologia da defesa social*” e os mais recentes modelos “*atuariais*”, todos conectados às bases teóricas do denominado “*direito penal do inimigo*”.

¹³⁶ As criminologias críticas trabalham com a ideia de que o direito penal não é capaz de realizar as suas funções declaradas, mas sim exerce funções escondidas, notadamente relacionadas com o controle social operado por classes dominantes contra classes dominadas. A perspectiva criminológico-crítica será analisada em tópico específico.

¹³⁷ A Convenção do Ópio de Xangai é tomada por base como importante marco internacional do proibicionismo no início do Século XX.

¹³⁸ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar [Tese de Doutorado]. Curitiba: UFPR, 2007. p. 2. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/Tese-Mario_Ramidoff.pdf?sequence=1>. Acesso em 07.07.2018.

¹³⁹ CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993. p. 210.

antemão por argumentos filosóficos". Chalmers exemplifica este argumento ao mencionar que os estudos de Galileu não perderam valor em virtude dos avanços teóricos de Newton e que a contribuição deste também não se esvaiu diante da guinada quântica da física. O que se quer sustentar – a partir de Chalmers – é que a compreensão de um dado problema não pode excluir hipóteses paralelas (transdisciplinares) e desenvolvimentos futuros.

Destarte, a potencial crise do proibicionismo, apresentada enquanto hipótese de pesquisa, será analisada por três perspectivas distintas, mas que se comunicam entre si: (a) criminológica; (b) pragmática; (c) dogmática.

Em primeiro lugar, o que se quer saber, através da vertente pesquisa, é se a proibição pode ser considerada como estratégia legítima (ou não) para se lidar com a questão das drogas.

Além disso, é fundamental analisar se o proibicionismo eliminou ou, ao menos, diminuiu a demanda por drogas; ou se, em sentido contrário, além de não diminuir o consumo problemático de drogas, criou outros problemas sociais (resultados pretendidos x consequências inesperadas).

O material de base para a revisão bibliográfica é amplo, pois a tensão dialética entre tese (proibir) e antítese (legalizar) é mais antiga do que se costuma supor, remontando aos marcos fundantes da proibição. Teóricos da saúde, da economia, da sociologia, do direito e de outras áreas têm sido – sobretudo a partir do início do Século XX – promotores dos mais variados embates sobre drogas.

De toda forma, argumentações sobre a potencial crise (crítica e/ou pragmática) do proibicionismo ganharam força nas últimas duas décadas, notadamente em razão de avanços científicos no campo da saúde e da observação empírica sobre os resultados insatisfatórios na redução da demanda por drogas.

O prólogo – de autoria de Ruth Dreifuss – do mais recente relatório (*"Regulation - The Responsible Control of Drugs"*¹⁴⁰) da *"Global Commission on Drug Policy"*¹⁴¹, aponta variados fundamentos indicativos da crise paradigmática do modelo proibicionista:

¹⁴⁰ COMISIÓN GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS, 2018.

¹⁴¹ A Comissão Global de Política de Drogas é formada, em sua maioria, por ex-estadistas e estudiosos de diversos países. Um dos representantes do Brasil é o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Entre as atividades da Comissão está a emissão de relatórios anuais indicativos dos rumos internacionais das políticas de drogas ao redor do mundo.

A formação da Comissão Global de Políticas sobre Drogas se deu a partir de duas observações: o evidente fracasso do sistema internacional de controle de drogas e das políticas nacionais que o implementam; e o dano que esse controle de drogas está causando à saúde e segurança de pessoas e sociedades. O fracasso é fácil de provar. Em vez de cumprir os objetivos das três convenções internacionais sobre drogas, as atuais políticas de drogas não reduzem nem a demanda e nem a oferta de drogas ilegais, muito pelo contrário, enquanto o crescente poder do crime organizado é uma triste realidade. O dano à saúde pública e individual é grave: não só aumenta o número de overdoses, muitas vezes fatais, mas o HIV e a hepatite C continuam a se espalhar entre pessoas que injetam drogas e a população em geral. Além disso, o tecido social e as instituições do Estado são os mais afetados por políticas repressivas dirigidas aos mais vulneráveis, enquanto a corrupção e a violência causam mais mortes, desaparecimentos e deslocamentos do que as causadas por guerras em alguns países [Tradução livre]¹⁴².

O documento produzido pela Comissão revela a existência de elementos teóricos (críticos) e pragmáticos indicativos da crise da “*guerra às drogas*”. A Comissão menciona o fracasso do modelo proibicionista, incapaz de reduzir a demanda por drogas. Além disso, descreve variados problemas sociais incrementados pela proibição (mortes por overdose, doenças graves propagadas por drogas injetáveis, aumento da violência e da corrupção etc.) e denuncia a seletividade da repressão penal, direcionada à população mais vulnerável.

Diante deste quadro, relevante analisar – de forma sistematizada – cada um dos aspectos destacados.

No campo teórico é preciso confrontar o modelo proibicionista – de cunho repressivo-eficientista – com os fundamentos das criminologias críticas (“*teorias do conflito*”), a fim de se analisar a legitimidade (ou não) de tal modelo em sociedades democráticas.

¹⁴² Tradução livre de: “*La formación de la Comisión Global de Políticas de Drogas surgió a partir de dos observaciones: la clara falla del sistema internacional de fiscalización de drogas y las políticas nacionales que lo implementan; y el daño que este control de drogas está causando a la salud y seguridad de las personas y las sociedades. El fracaso es fácil de probar. En lugar de cumplir los objetivos de las tres convenciones internacionales sobre drogas, las políticas actuales sobre drogas no están reduciendo ni la demanda ni el suministro de drogas ilegales, sino todo lo contrario, mientras que el creciente poder del crimen organizado es una triste realidad. El daño a la salud pública e individual es grave: no solo aumenta el número de sobredosis, a menudo mortales, sino que el VIH y la hepatitis C continúan propagándose entre las personas que se inyectan drogas y la población en general. Además, el tejido social y las instituciones estatales son los más afectados por las políticas represivas dirigidas a los más vulnerables, a la vez que la corrupción y la violencia causan más muertes, desapariciones y desplazamientos de personas que las causados por guerras en ciertos países*”.

Conforme se extrai da lição de Sebastian Scheerer¹⁴³, não faz sentido que sociedades abertas e democráticas se valham de modelos políticos carentes de legitimação. Especificamente com relação às drogas, Scheerer afirma que:

Sociedades fechadas podem criminalizar a demanda social por drogas por ignorância e por decreto, sem o risco de criar conflitos com seus próprios fundamentos de legitimidade. No entanto, sociedades abertas terão que ponderar como lidar com o fato social de que cidadãos normais expressam um desejo racional de usar certas drogas de maneira controlada para fins recreativos - e terão que lidar com a questão de saber se esses desejos podem ser criminalizados em uma sociedade aberta [Tradução livre]¹⁴⁴.

Ainda no campo teórico, mas por perspectiva dogmática, é preciso compreender se a criminalização das drogas possui (ou não) adequação às teorias contemporâneas do direito penal. Neste aspecto, o que se intenta investigar é se o proibicionismo possui respaldo na função penal (declarada) de tutela de bens jurídicos relevantes e se está de acordo com os princípios limitadores do poder punitivo estatal.

No campo pragmático é preciso saber se o proibicionismo é a solução mais adequada (ou não) para se lidar com o problema das drogas, de acordo com perspectivas sanitárias e econômicas e, ainda, se – entre resultados pretendidos e consequências inesperadas – a proibição pode ser considerada satisfatória.

Sobre este ponto, Burgierman afirma que “*criamos um sistema para reduzir o consumo, e isso originou uma cadeia de reações que acabou levando, entre outras coisas, ao aumento do uso de drogas*”. Contudo, diante do fracasso inicial, ao invés de se repensar a repressão, ela foi ampliada, gerando “*ainda mais consequências inesperadas e aumentando ainda mais o uso de drogas*”¹⁴⁵.

Burgierman esclarece que o erro reside na forma inadequada de se lidar com sistemas complexos, os quais são imprevisíveis. De acordo com o Autor, “*não é boa ideia atacar um problema complexo com muita força, porque isso potencializa as consequências inesperadas*”. O avanço deve ser “*gradual, racional e moderado*”, seguido da observação dos resultados e das consequências inesperadas. A expansão

¹⁴³ SCHEERER, *Op. cit.* p. 386.

¹⁴⁴ Tradução livre de: “*Las sociedades cerradas pueden criminalizar la demanda social de sustancias estupefacientes por ignorancia y por decreto sin arriesgarse a crear conflictos con sus propios fundamentos de legitimación. Sin embargo, las sociedades abiertas tendrán que ponderar cómo enfrentarse al hecho social de que ciudadanos normales expresen un deseo racional de utilizar determinadas drogas de una forma controlada con fines recreativos – y tendrán que abordar la cuestión de si esos deseos pueden criminalizarse en una sociedad abierta*”.

¹⁴⁵ BURGIERMAN, *Op. cit.* p. 13.

do proibicionismo, por sua vez, sempre se deu de forma açodada, baseada no medo e em políticas de “*emergência*”¹⁴⁶.

Feita esta breve introdução à crise potencial do proibicionismo, passa-se à análise mais detida de cada uma das perspectivas propostas: (a) criminológica; (b) pragmática; (c) dogmática.

2.1 CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E CRÍTICA AO PROIBICIONISMO

A crise do modelo proibicionista de guerra às drogas já se revela – enquanto crise de legitimação – quando tal modelo é analisado criticamente através da criminologia. Não se está aqui fazendo referência às bases etiológicas da criminologia antropológica, esta legitimadora do proibicionismo, nem às raízes clássicas do direito penal (“*teorias do consenso*”); mas sim às correntes críticas, expressadas tanto pelo interacionismo (“*labelling*”), quanto pela criminologia radical (“*teorias do conflito*”).

De acordo com a lição de Adrian Barbosa e Silva, a problematização crítico-criminológica do proibicionismo é providência justificada:

Incorporar a crítica criminológica ao modelo brasileiro de war on drugs, gestado pelo “paradigma da diferenciação” sob o manto da defesa social e as sendas do discurso político, possibilita desvelar as funções reais de controle social excludente das classes marginalizadas via sistema penal. Mais que isso: permite compreender que a atual política de drogas está intimamente ligada – porque com responsabilidade inegável – aos principais problemas da atualidade da questão criminal na conjuntura brasileira: o punitivismo, o genocídio em ato e o grande encarceramento.¹⁴⁷

A compreensão da “*guerra às drogas*” pelas lentes da criminologia crítica¹⁴⁸ serve, sobretudo, à percepção de como o proibicionismo age de forma antidemocrática e violadora de direitos fundamentais, ampliando a desigualdade

¹⁴⁶ BURGIERMAN, *Op. cit.* p. 13.

¹⁴⁷ SILVA, *Op. cit.* p. 239.

¹⁴⁸ O termo “criminologia crítica”, inspirado na citada tradição da Escola de Frankfurt, começou, nos Setenta, a unificar várias posições distintas, que iam desde o interacionismo até o materialismo, e que se assemelhavam mais naquilo que criticavam do que naquilo que propunham. [...] A partir da ruptura essencialmente política do final dos anos 1960 declarou-se que a criminologia clínica não tinha sentido. Esta ficava com os “bodes expiatórios” sancionados pelo sistema e evitava a “cifra negra”, não fazendo senão reproduzir o sistema. Finalmente, o objeto de estudo não devia ser a criminalidade, mas sim os aparelhos que a geram e manipulam. (ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 657-660)

social (seletividade) e inflando os problemas sociais (incremento da violência e formação da superpopulação carcerária).

Ademais, a crítica criminológica é relevante não apenas para denunciar as incoerências e os absurdos do sistema penal enquanto instrumento desigual de controle social (*“teorias do conflito”*), mas, também, como estímulo à mudança e à racionalização do poder punitivo.

De acordo com Salo de Carvalho¹⁴⁹ as teorias críticas acabam por desmistificar as reais funções do sistema penal e, além disso, apontam *“o alto custo social e econômico da criminalização e a necessidade de racionalização das normas proibitivas (criminalização primária), dos processos de persecução criminal (criminalização secundária)”* e da execução penal.

Contudo, antes da análise mais detida da perspectiva crítica, relevante pontuar a distinção entre os modelos criminológicos do consenso, expressos sobretudo na criminologia etiológica (na qual se ampara o modelo bélico de *“guerra às drogas”*¹⁵⁰), e os modelos criminológicos do conflito, com ênfase na denominada criminologia crítica (aqui referida enquanto modelo de deslegitimação).

De acordo com Lola Anyar de Castro¹⁵¹ o modelo criminológico (ou sociológico) do consenso deriva das teorias contratualistas (*“Hobbes, Locke e Rousseau”*). A Autora esclarece que *“este consenso legitima o poder e legitima todas as manifestações de controle desse poder”*. Neste contexto, a lei penal se posiciona como *“um monumento incontestado e incontestável; definidor supremo do bem e do mal”*. A criminologia que deriva deste modelo acaba sendo *“uma criminologia acrítica e submissa”*.

Em oposição ao modelo do consenso, o modelo do conflito se estabelece a partir do questionamento da própria função legitimadora da criminologia, não podendo ela funcionar como mera auxiliar instrumentalizadora do direito penal, pois a lei penal *“não representa um consenso, mas a garantia preferencial dos interesses da classe dominante”*¹⁵². Lola Anyar de Castro trabalha com a perspectiva de uma criminologia da libertação, a qual se conecta, em essência, com a *“filosofia da libertação”* de

¹⁴⁹ CARVALHO, *Op. cit.* [versão digital: ebook]. p. 09 [Parte II].

¹⁵⁰ SILVA, *Op. cit.*

¹⁵¹ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 68.

¹⁵² *Ibidem*. p. 81.

Enrique Dussel, filosofia esta que dá prioridade à “*práxis de libertação dos oprimidos*”¹⁵³.

Como primeiro modelo criminológico consensual – historicamente “*situado*” –, Lola Anyar de Castro¹⁵⁴ se refere à escola clássica do direito penal. De acordo com a Autora, tal escola não seria pré-criminológica, mas sim representativa, ao seu tempo, de um tipo de “*criminologia administrativa e legal*”. A escola clássica teria constituído, portanto, um instrumento de legitimação dos ideais liberais do Século XVIII e de um poder punitivo adaptado “*às regras do jogo da paz burguesa*”.

Ainda de acordo com Lola Anyar de Castro¹⁵⁵, a criminologia positivista surgiu – na sequência – como novo instrumento de legitimação do poder, também fundado no consenso, “*embora o positivismo recuse expressamente qualquer enquadramento sócio-político*”. Assim, as “*conclusões*” positivistas não derivariam de neutralidade científica, mas sim de escolhas políticas.

A criminologia positivista, cuja “*paternidade*” é atribuída a Cesare Lombroso, firmou o denominado paradigma etiológico, enquanto pretensão elemento ontológico de explicação do fenômeno criminoso. Os positivistas se ocuparam da busca “*científica*” dos fatores de causação do crime, fatores estes predominantemente endógenos, intrínsecos ao indivíduo. Para eles, o crime consistiria, portanto, em uma patologia¹⁵⁶.

¹⁵³ De acordo com Dussel: “*Chamamos ‘filosofia da libertação’ ao discurso estritamente filosófico, saber científico-dialético, que dá prioridade temática (o ‘de’ como genitivo objetivo) à práxis de libertação do oprimido (histórico social como classe, geopoliticamente como nação, sexualmente como reprimido pela ideologia e práticas machistas, pedagogicamente alienado, e todo fechado num fetichismo idolátrico), e prioridade enquanto origem e fundamentalidade (o ‘de’ como genitivo subjetivo) à libertação da filosofia da ingenuidade, de sua autonomia absoluta como teoria. A ‘filosofia da libertação’ é um saber teórico articulado à práxis de libertação dos oprimidos, fato que pensa em primeiro lugar e como condição de possibilidade de outro tema. Longe de pensar que ‘toda filosofia é crítica da linguagem’, afirma que a filosofia é crítica da opressão e esclarecimento da práxis de libertação*”. (DUSSEL, Enrique D. **Filosofia da libertação**: na América Latina. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo: Edições Loyola, 1977. p. 247-248)

¹⁵⁴ CASTRO, Op. cit. p. 69-70.

¹⁵⁵ *Ibidem*. p. 71. De acordo com a Autora: “*Sua [criminologia positivista] insistência numa suposta neutralidade não pode enganar, porque, apesar de, como filosofia, centralizar toda a autoridade e todo poder na ciência, o positivismo como criminologia não questionou a ordem dada, e saiu, código na mão, a perseguir o que desde então passou a se chamar de delinquentes natos, loucos morais, personalidades criminosas, desagregados sociais, inadaptados, etc. (as definições são tão variadas quanto as próprias variantes do positivismo criminológico), fazendo assim tão pouca ciência quanto a que criticava nos criminólogos anteriores a essa escola. Considerando anormais ou desviados os assinalados por uma decisão política (a Lei), contradizia os postulados de sua pretensão científica*”.

¹⁵⁶ LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

Adrian Barbosa e Silva, estabelece um paralelo entre o positivismo e a guerra às drogas, sustentando que o paradigma etiológico se encontra profundamente arraigado na política de drogas brasileira. O sistema brasileiro de “*war on drugs*” teria fundamento num “*modelo integrado de ciências criminais de base ortodoxo-tradicional*”, sendo que: a dogmática decorrente estaria atrelada às categorias de “*direito penal do autor*” e à ausência de bases materiais limitadoras (“*teoria do bem jurídico*”); o processo penal seria restritivo e violador de garantias; a política criminal fundada na ideologia da defesa social e o discurso criminológico, por fim, seria de base “*positiva determinista*”, portanto intimamente conectado ao paradigma etiológico¹⁵⁷.

A etiologia se estrutura a partir do estabelecimento de rótulos, atribuições morais ligadas às condições pessoais de determinados indivíduos. O proibicionismo se vale de rótulos e preconceitos e o combate às drogas, por sua vez, se apropria destes preconceitos, notadamente através da criação de discursos que incutem o medo do desconhecido, conforme se depreende da lição de Rosa del Olmo:

Basta rever a proliferação, nos últimos anos, de livros, artigos e entrevistas sobre a droga, cheios de preconceitos morais, dados falsos e sensacionalistas, onde se mistura a realidade com a fantasia, o que só contribuiu para que a droga fosse assimilada à literatura fantástica, para que a droga se associasse ao desconhecido e proibido, e, em particular, ao temido.¹⁵⁸

De acordo com Zaffaroni¹⁵⁹ a realidade latino-americana favorece – ainda mais – “*a reiteração de discursos criminológicos administrativos, do discurso jurídico-penal mais tradicional e da estigmatização como ‘estrangeirizantes’ dos discursos centrais*”, como se tais discursos fossem dotados de cientificidade.

Neste sentido é também a lição de Lola Anyar de Castro¹⁶⁰ ao apontar que uma espécie de positivista racista tomou conta da América Latina e “*serviu para subjugar minorias étnicas e também para justificar as relações de exploração Norte-Sul, ao estabelecer um suposto vínculo entre subdesenvolvimento, meio geográfico e delinquência*”. A criminologia positivista teve, portanto, ampla influência na “*conformação de atitudes e valores*” na América Latina.

¹⁵⁷ SILVA, *Op. cit.* p. 225.

¹⁵⁸ OLMO, *Op. cit.* 21-22.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 35.

¹⁶⁰ CASTRO, *Op. cit.* p. 74-75.

Lola Anyar de Castro critica, igualmente, as correntes sociológicas norte-americanas (“*ecologista, culturalista, funcionalista*”), consideradas por muitos teóricos como avançadas em comparação à etiologia “*antrobiopsicológica*”. Anyar de Castro opõe-se a esta percepção de avanço e sustenta que “*a ampliação do objeto de estudo, incluindo também agora a simples ‘conduta desviada’, evidencia uma vontade de controlar maior que [a de] todos aqueles que se afastam do que é protegido pelo sistema*”¹⁶¹.

Em síntese, o paradigma etiológico sempre serviu à legitimação do sistema penal. Contudo, a sua base “*científica*” de apoio é de todo frágil, notadamente porque o crime não tem natureza ontológica, mas sim se revela como construção discursiva. Todo e qualquer crime depende da prévia criação normativa, ou seja, possui inegável conteúdo axiológico, exatamente o que os criminólogos positivistas queriam isolar de suas análises¹⁶².

Em sentido oposto à criminologia positivista, os criminólogos críticos passaram a se ocupar dos discursos e do processo de criminalização¹⁶³, enquanto objetos de estudo, relegando a um segundo plano os fatores criminógenos¹⁶⁴. Neste ponto é que se situam as denominadas teorias do conflito, as quais podem ser subdivididas em duas categorias principais: (a) interacionistas (“*labelling approach*”); (b) críticas ou radicais.

A partir da perspectiva do “*labelling approach*”, o saber criminológico foi deslocado “*da investigação das causas/fatores da criminalidade (etiologia), na qual se encontrava o “homem delinquente” como objeto, para os processos de criminalização (seletividade)*”¹⁶⁵.

Sobre o estereótipo imposto – e por vezes objeto de auto referência – relevante é a lição de Alessandro Baratta¹⁶⁶:

[São] sujeitos de uma transferência dos conflitos e do “mau” da sociedade em geral para um determinado grupo; autodefinição pelo peso da pressão externa nesta identidade desviada que cumprem – de uma forma muito bem-sucedida – a função de bode expiatório e ao mesmo tempo de inimigo político.

¹⁶¹ CASTRO, *Op. cit.* p. 74.

¹⁶² ANITUA, *Op. cit.*

¹⁶³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹⁶⁴ De acordo com as teorias criminológicas conflituais: “*a sociedade não tem os mesmos valores; é plural. O que é bom para uns pode ser mau para outros. Uma criminologia que derive desse ponto de vista não deve, portanto, sair em busca dos seres presumivelmente anormais que violam a lei, para puni-los, melhorá-los ou readaptá-los, mas liberar-se da camisa-de-força dos códigos penais e estabelecer autonomamente seu objeto de estudo*”. (CASTRO, *Op. cit.* 81)

¹⁶⁵ SILVA, *Op. cit.* p. 228-229.

¹⁶⁶ BARATTA, 1995. p. 9.

No que diz respeito aos outros atores, a toda a sociedade, aos cidadãos e, em particular, aos realizadores de funções públicas e privadas correspondentes à intervenção terapêutica e punitiva sobre o problema da toxicodependência, é a transformação de todos em portadores de uma identidade negativa [Tradução livre]¹⁶⁷.

De acordo com Zaffaroni, a estigmatização é mais grave do que o desvio objeto do discurso penal, isto porque o discurso jurídico-penal é dotado de perversão. De um lado tal discurso recusa a vinculação “*dos doentes mentais, dos anciões e, inclusive, da própria prostituição*”; de outro lado submete “*todos esses grupos a institucionalizações, aprisionamentos e marcas estigmatizantes autorizadas ou prescritas pela própria lei*”, sendo que estas institucionalizações acabam sendo “*piores do que as abrangidas pelo [próprio] discurso jurídico-penal*”¹⁶⁸.

De acordo com as perspectivas do interacionismo, o crime, ou o “*desvio*” – expressão utilizada por Howard Becker¹⁶⁹ – deixa de ser analisado enquanto uma qualidade do ato em si, como se fazia através da perspectiva etiológica (determinismo), e passa a ser visto como consequência da violação das regras (discurso).

Becker leciona no sentido de que o desvio – de acordo com a concepção sociológica – consiste numa “*infração de alguma regra geralmente aceita*”. Esta concepção sociológica tem por objeto a questão central de “*quem infringe regras*” e procura identificar fatores ligados à personalidade e à vida das pessoas “*que poderiam explicar as infrações*”. Contudo, para que esta busca faça sentido, os desviantes teriam que integrar categoria homogênea. Becker, então, estabelece a crítica à concepção sociológica, pois ela ignoraria “*o fato central acerca do desvio*”, qual seja o de que ele é criado pela sociedade¹⁷⁰.

De acordo com Becker, “*grupos sociais criam desvio ao fazer regras cuja infração constitui desvio e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders*”. O desvio – ou o crime – não é uma mera qualidade do ato (conduta),

¹⁶⁷ Tradução livre de: “[...] sujetos de una transferencia de los conflictos y de del “mal” desde la sociedad en general a un grupo particular, autodefiniéndose por el peso de la presión externa en esta identidad desviada que ellos cumplen de manera muy exitosa la función de chivo espiatorio y al mismo tiempo de enemigo interior político. Respecto de los demás actores, a toda la sociedad, a ciudadanos y, en particular, a los portadores de funciones públicas y privadas correspondientes a la intervención terapéutica y punitiva sobre el problema de la drogodependencia se tra en lugar de ésta, de una transformación de todos en portadores de una identidad negativa”.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, 1991. p. 22.

¹⁶⁹ BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 21.

mas uma consequência de regras sancionadoras aplicadas por outros ao rotulado “infrator”. Em síntese, “o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal”. De acordo com a perspectiva de Becker, o *outsider*, portanto, é aquele que não segue as regras de um determinado grupo e, por consequência, passa a ser rotulado (etiqueta) como não confiável. O *outsider* passa por um processo de estigmatização. O problema não reside no desvio em si, mas sim no processo de criação de desviantes¹⁷¹.

Ainda sobre o *labelling approach*, Sérgio Salomão Shecaira¹⁷² explica que “parte-se, pois, de um modelo que eleva à categoria de fatores criminógenos as instâncias formais de controle”.

Shecaira¹⁷³ também destaca que o movimento criminológico do *labelling* – por mais que tenha conteúdo crítico e represente ruptura com o paradigma etiológico – não se confunde com as teorias críticas que o sucederam, estas efetivamente denominadas como criminologia crítica (criminologia radical ou nova criminologia).

Um dos principais referencias teóricos da denominada criminologia crítica foi a obra “*Punição e Estrutura Social*”¹⁷⁴ de Georg Rusche e Otto Kirchheimer. Outra obra que pode ser considerada como marco das teorias críticas é a reunião de ensaios – intitulada “*Criminologia Crítica*” – sob a organização de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young. Na introdução deste livro¹⁷⁵, os organizadores destacam que existem distintas tendências dentre as “fileiras” da criminologia crítica, mas a unificação teórica residiria:

[...] em termos de sua utilidade em desmascarar o aspecto moral e ideológico de uma sociedade desigual, e em termos de sua habilidade para ativar o debate crítico sobre os modos de mudança, e as alternativas pós-capitalistas, contempladas por aqueles que estão comprometidos com uma alternativa radical (quer as agências sejam de intelectuais, de trabalhadores ou de prisioneiros).

A crítica criminológica recai, portanto, sobre o poder punitivo, compreendido este como instrumento – seletivo e discriminatório – de manutenção e reprodução de

¹⁷¹ BECKER, *Op. cit.* p. 21.

¹⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 256.

¹⁷³ *Ibidem*. De acordo com o Autor: “O *labelling* desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação (dos *bad actors* para os *powerful reactors*), fazendo com que a verdadeira característica comum dos delinquentes seja a resposta das audiências de controle”.

¹⁷⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

¹⁷⁵ WALTON, Paul; TAYLOR, Ian; *et. al.* **Criminologia crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. p. XXI.

desigualdades, a serviço do controle social, gerenciado por interesses hegemônicos¹⁷⁶.

Adriano Bretas¹⁷⁷ esclarece que “a *inclinação ideológica da criminologia crítica estriba-se numa premissa categórica: a de que a criminalidade e o criminoso não são realidades ontológicas preconcebidas, conforme supôs o paradigma etiológico*”. Em verdade, a criminalidade – na concepção de Bretas – é oriunda de “*construções atribuídas por um grupo dominante a um grupo dominado, que estigmatizam, com isso, uma massa de excluídos com a pecha da punição*”.

Massimo Pavarini¹⁷⁸ sustenta que a criminologia radical – que tomou corpo na década de 1970 – “*compartilha, embora com diversidade de ênfase, de método e, afinal, de qualidade, um elemento de fundo comum*”, representado este pela “*leitura crítica do controle social e penal nas/das democracias de maduro estado social*”.

Para a compreensão dos fundamentos da criminologia radical, relevante é a lição de Juarez Cirino dos Santos¹⁷⁹, na obra “*A Criminologia Radical*”, marco da teoria crítica no Brasil:

O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto, administra a punição pela posição de classe do autor, variável independente que determina a imunidade das elites de poder econômico e político e a repressão das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas, especialmente as camadas marginalizadas do mercado de trabalho, complementada pelas variáveis intervenientes da posição precária no mercado de trabalho e da subsocialização – fenômeno definido como administração diferencial da criminalidade.

¹⁷⁶ Neste sentido, relevante também a lição de Pachukanis: “*O direito penal é, deste modo, uma parte integrante da superestrutura jurídica, na medida em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental, à qual está subordinada a sociedade moderna: a forma de troca de equivalentes com todas as suas consequências. A realização destas relações de troca, no Direito Penal, constitui um aspecto da realização do estado de direito como forma ideal das relações entre os produtores de mercadorias independentes e iguais que se encontram no mercado. Porém, como as relações sociais não se limitam às relações jurídicas abstratas entre proprietários de mercadorias abstratas, a jurisdição penal não é somente uma encarnação da forma jurídica abstrata, mas também uma arma imediata na luta de classes. Quanto mais aguda e encarnada se torna esta luta, tanto mais a dominação de classe encontra dificuldades em se efetivar no interior da forma jurídica. Neste caso, o tribunal “imparcial”, com as suas garantias jurídicas, é rechaçado, e toma frente uma organização direta da violência de classe, cujas ações são conduzidas por considerações de oportunidade política*”. (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988. p. 126)

¹⁷⁷ BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da criminologia crítica**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 43.

¹⁷⁸ PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012.

¹⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 126.

De acordo com Cirino¹⁸⁰, a criminologia radical tem um objetivo estratégico, consistente em postular “*a socialização dos meios de produção como pré-condição da abolição das desigualdades econômicas e políticas e do controle, redução e eliminação gradativa da criminalidade estrutural e individual*”.

Alessandro Baratta, por sua vez, em artigo sobre os “*princípios do direito penal mínimo*”¹⁸¹, sintetizou os principais resultados teóricos alcançados “*no âmbito das ciências histórico-sociais e da criminologia crítica*” na análise dos sistemas punitivos. Tais resultados, de acordo com Baratta, constituiriam a base justificante para se refletir sobre a necessidade de políticas criminais alternativas.

Os resultados apontados por Baratta¹⁸² foram os seguintes: (a) a pena se revela como violência estatal; (b) as instituições que operacionalizam o sistema penal representam “*interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados*”; (c) “*o funcionamento da justiça penal é altamente seletivo*”, tanto na criminalização primária quanto na secundária; (d) o sistema repressivo “*produz mais problemas do que pretende resolver*”, piorando, portanto, o contexto conflitivo originário; (e) o sistema punitivo é inadequado para realizar as funções contidas no discurso político-criminal oficial derivado da ideologia da defesa social (IDS) e das teorias utilitárias da pena.

Ainda por perspectiva crítica, relevante é a lição de Michel Foucault¹⁸³ no sentido de que as leis são feitas por aqueles a quem não serão aplicadas, pois se destinam aos que não participaram do processo legislativo.

De acordo com o Autor “*a lei penal, na mente daqueles que a fazem ou a discutem, tem uma universalidade apenas aparente*”. A fim de ilustrar o argumento, Foucault se vale do discurso do Deputado Francês M. Bernard proferido em 23 de novembro de 1831 na “*Chambre de députés*”¹⁸⁴:

[...] no exato momento em que se discutiam a adaptação do código penal e a criação das circunstâncias atenuantes, um deputado do Var dizia: “As leis penais, destinadas em grande parte a uma classe da sociedade, são feitas por outra. Admito que elas afetam a sociedade inteira; nenhum homem tem a certeza de sempre escapar ao seu rigor; contudo, é verdade que quase a

¹⁸⁰ SANTOS, *Op. cit.* p. 127.

¹⁸¹ BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal [Tradução de Francisco Bissoli Filho]. **Revista Doctrina Penal**. Número 10. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 623-650.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ FOUCAULT, *Op. cit.*

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 22.

totalidade dos delitos, sobretudo de certos delitos, é cometida pela parte da sociedade à qual o legislador não pertence [...]”.

A crítica estabelecida pela criminologia radical se conecta à desigualdade social e sobretudo à desigualdade concernente ao processo legislativo. A criação de normas é realizada por parcela da sociedade e, portanto, cabe a ela as escolhas discursivas que vão embasar o controle social.

Esta parcela da sociedade (dominante) certamente não escolherá controlar a si própria, mas sim criará normas que permitam a sua perpetuação no poder, mediante a criminalização (controle) de outra parcela da sociedade (dominada).

O direito penal se revela como violência institucionalizada de perpetuação da desigualdade. Neste sentido é a lição de Sigmund Freud¹⁸⁵, lançada em carta escrita para Albert Einstein em 1932:

Vemos que o direito é o poder de uma comunidade. É ainda violência, pronta a se voltar contra todo indivíduo que ela se oponha; trabalha com idênticos meios, persegue os mesmos fins. A diferença está apenas em que não é mais a violência de um só indivíduo que se impõe, mas da comunidade. [...] na realidade as coisas se complicam pelo fato de que desde o princípio a comunidade abrange elementos de poder desigual, homens e mulheres, pais e filhos e, em consequência de guerras e conquistas, vencedores e vencidos, que se transformam em senhores e escravos. Então o direito da comunidade se torna expressão das desiguais relações de poder em seu interior, as leis são feitas por e para os que dominam, reservando poucos direitos para os dominados.

A crítica criminológica ataca, portanto, a legitimação do direito penal, enquanto instrumento que não serve para a realização de utópicas funções pacificadoras, mas sim, para o exercício do controle social; um controle desigual – deliberadamente seletivo – e obscuramente relacionado a objetivos de poder.

Sobre a deslegitimação do controle social, exercido pelo poder punitivo, relevante, ainda, é a lição de Ana Lúcia Sabadell¹⁸⁶ no sentido de que “*vários estudos sociológicos indicam que o controle social é carente de legitimação porque está a serviço dos grupos de poder que, por meio da criação e da aplicação das normas de controle, asseguram seus interesses*”.

Ademais, quando se fala em crítica criminológica não se pode ter um aprisionamento conceitual rígido. Isto porque a crítica se estabelece com relação a

¹⁸⁵ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos** (1930-1936). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 421-422.

¹⁸⁶ SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2017. p. 151.

um objeto de apreensão – direito penal – que encerra conteúdos políticos variáveis no tempo e no espaço. A crítica ao direito penal ocidental não coincidirá com a crítica ao direito penal oriental. A crítica ao direito penal europeu não coincidirá com a crítica ao direito penal latino-americano. Da mesma forma, a crítica ao direito penal contemporâneo não coincidirá com a crítica ao direito penal da Revolução Industrial.

Enquanto a crítica lançada nas décadas de 1960 e 1970 se ocupava da denúncia do sistema penal “*docilizador*”, de adaptação de “*desviantes*” à realidade do capitalismo industrial; o pensamento crítico “*contemporâneo*”, por sua vez, tem voltado o olhar para as técnicas de neutralização – e eliminação – oriundas do “*direito penal do inimigo*”, bem como para a denominada “*política criminal atuarial*”.

Esta política criminal atuarial, de acordo com Maurício Stegemann Dieter¹⁸⁷, consiste na utilização de uma lógica atuarial “*na fundamentação teórica e prática dos processos de criminalização secundária para fins de controle de grupos sociais considerados de alto risco ou perigosos mediante incapacitação seletiva de seus membros*”. Dieter esclarece que o objetivo deste modelo político-criminal não é mais a simples punição de indivíduos, mas sim o gerenciamento de grupos, através da identificação, classificação e administração de “*segmentos sociais indesejáveis na ordem social da maneira mais fluída possível*”. Este modelo mantém evidente conexão com a “*ideologia da defesa social*”, correlação em parte oculta “*pelo fato de se embasar em argumentos fundados no distante domínio da estatística, de mãos dadas com o mito da neutralidade*”.

Nesta perspectiva múltipla da criminologia de cunho crítico, David Garland¹⁸⁸ conecta o objeto criminológico com a busca da identificação dos interesses políticos e conteúdos culturais que fundamentam o aparato institucional de controle social.

O que se percebe é que não se pode falar em uma única criminologia crítica, mas sim em criminologias críticas (concomitantes ou sucessivas), com “*diferenças registradas*”, mas diversos traços comuns. De acordo com Anitua¹⁸⁹ “*o objeto comum dos criminólogos críticos inclui as instâncias de aplicação do sistema, quer seja para sua reforma, quer seja para sua eliminação*”, coincidindo sempre pela nítida carga crítica e pela busca de redução da desigualdade e da fragilidade dos vulneráveis.

¹⁸⁷ DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 20-22.

¹⁸⁸ GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedade contemporânea. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2001. p. 33.

¹⁸⁹ ANITUA, *Op. cit.* p. 743.

Ainda, convém pontuar que a deslegitimação crítica do sistema penal não se liga exclusivamente à criminologia radical, sendo mais ampla e de constatação pragmática. O empirismo – por exemplo – revela a “*cifra oculta*” da criminalidade e, conseqüentemente, o quão seletivo e desigual pode ser a aplicação do direito penal. A crise de legitimação não é apenas uma crise teórica e/ou ideológica, mas, sobretudo, uma crise pragmática, conforme se depreende da lição de Zaffaroni¹⁹⁰:

Como não podia deixar de ser, a crítica social ao sistema penal foi ‘denunciada’ como ‘marxista’. Em homenagem ao mínimo de seriedade que merece a análise de qualquer ideologia, torna-se necessário precisar: a) que a deslegitimação teórica do sistema penal e a falsidade do discurso jurídico operam de modo irreversível através da teoria da rotulação que responde ao interacionismo simbólico; b) que a pertinência da crítica à teoria da rotulação, por parte daqueles que a consideram limitada, em nada diminui seu valor deslegitimante e demolidor do discurso jurídico-penal, consignando-se que o interacionismo simbólico e a fenomenologia nada têm a ver com o marxismo e, sim, com o pragmatismo.

Especificamente com relação às drogas, a ruptura com o proibicionismo também transcende ideologias. Em verdade, de acordo com Shecaira¹⁹¹ a própria estruturação do paradigma proibicionista – à sua forma – é transcendente. Desde a segunda década do Século XX, marco do controle internacional de drogas, “a proibição transcende às ideologias e aos regimes políticos”; nazistas e facistas adotaram o proibicionismo “da mesma forma que os regimes democráticos da época”. Na China, a proibição foi adotada indistintamente por mandarins, militares, capitalistas e comunistas. “Os soviéticos, com seu rígido sistema punitivo, enviavam os traficantes aos Gulags”.

A crítica criminológica conecta-se, portanto, com o pragmatismo, pois os dados que explicitam a realidade da atuação do sistema punitivo auxiliam na revelação da deslegitimação dos discursos jurídico-penais eficientistas. Tal correlação (teorias críticas e pragmatismo) nem sempre foi assimilada com facilidade; tanto é que a primeira geração da “*Escola de Frankfurt*” se manteve cética com relação ao pragmatismo, associando-o ao positivismo e criticando-o como “*conformista e pouco atento às relações de poder*”. Contudo, esta resistência inicial foi mitigada e muitos teóricos críticos – incluindo as demais gerações de Frankfurt – passaram a se valer

¹⁹⁰ ZAFFARONI, 1991. p. 37.

¹⁹¹ SHECAIRA, **Drogas: uma nova perspectiva**.... p. 236.

do pragmatismo filosófico para o desenvolvimento de suas teses políticas, sociológicas e jurídicas¹⁹².

Com relação às drogas, a desconstrução crítica da proibição é empiricamente sustentada (a) na rotulação moral de indivíduos, (b) na seletividade estigmatizante e propagadora da desigualdade, (c) na ausência de racionalidade da tentativa de compatibilização entre problema sanitário e resposta punitiva e (d) na perceptível ampliação de problemas sociais decorrentes. Este esclarecimento se revela pertinente a fim de se pontuar que a crise do paradigma proibicionista possui base de sustentação empírica e histórica.

As teorias do conflito bem revelam a deslegitimação do direito penal, pois este funciona como instrumento desigual de controle social. Esta deslegitimação fica mais evidente quando a análise crítica recai sobre o paradigma de “*guerra às drogas*”. O ato de criminalização do uso de drogas expressa clara forma de controle social moralizante, pois o objeto da repressão é a escolha individual não lesiva a direito alheio.

Através do discurso do medo, o proibicionismo permite a realização de amplo controle social sobre grupos determinados, absolutamente estigmatizados. “*O importante, portanto, não parece ser nem a substância nem sua definição, e muito menos sua capacidade ou não de alterar de algum modo o ser humano, mas muito mais o discurso que se constrói em torno dela*”¹⁹³.

Ademais, a crítica criminológica não serve apenas à deslegitimação do poder punitivo, mas, como bem pondera Vera Andrade¹⁹⁴, constitui a base para a reconstrução de modelos alternativos e não violentos, viabilizadores de respostas positivas aos conflitos sociais. Sobre as mudanças decorrentes do marco criminológico crítico, relevante é a lição de Salo de Carvalho¹⁹⁵:

Com a consolidação acadêmica do marco teórico desenvolvido pelo paradigma da reação social, a redefinição de pautas de atuação nas esferas normativas, judiciárias e executivas suscitou o desenvolvimento de inúmeras correntes político-criminais, intituladas Políticas Criminais Alternativas. O ponto comum de alternatividade, entre os mais variados enfoques, foi o de priorizar o objetivo de diminuir o impacto das agências penais (custos da

¹⁹² MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Teorias críticas e pragmatismo: a contribuição de G. H. Mead para as renovações da Escola de Frankfurt. **Revista Lua Nova**. n. 90. São Paulo, 2013. p. 367-403. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n90/a13n90.pdf>>. Acesso em 09.10.2018.

¹⁹³ OLMO, *Op. cit.* p. 22.

¹⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.117.

¹⁹⁵ CARVALHO, *Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. p.10 [ParteII].

criminalização) e o de possibilitar soluções diferenciadas, algumas delas não judiciais, aos problemas derivados dos desvios puníveis.

Em síntese, a crise crítica do proibicionismo é uma crise criminológica, pragmática e jurídica, havendo conexões idiossincráticas entre cada um destes elementos. Destarte, revela-se pertinente a análise de alguns aspectos em destaque, ainda sob a lente da crítica criminológica: (a) o conteúdo moral da criminalização; (b) a seletividade do proibicionismo; (c) o incremento da desigualdade social.

2.1.1 Conteúdo Moral da Criminalização

O consumo de drogas por uma determinada pessoa – sem considerar as consequências abstratas¹⁹⁶ – interessa apenas a ela própria, tal como beber álcool, fumar tabaco, comer alimentos industrializados, usar medicamentos restritos etc. Por mais que estas escolhas individuais possam ser consideradas socialmente inadequadas por algumas pessoas, outras podem considerá-las adequadas, inclusive por aspectos culturais.

Moral e direito não se confundem¹⁹⁷. Ainda que as escolhas morais acarretem certos ônus culturais, estes são distintos das sanções normativas. A coercibilidade do direito deve ficar reservada àquelas condutas que repercutem negativamente (dano ou risco concreto) para além da esfera individual. Do contrário, a intervenção normativa recairá não sobre fatos socialmente relevantes, mas sim sobre pessoas subjetivamente selecionadas.

¹⁹⁶ O consumo de drogas pode não ter consequências, pode ter consequências negativas ou – porque não dizer – consequências positivas. Contudo, tais consequências são meramente hipotéticas, dependentes de inúmeras variáveis distintas. Assim, quando as consequências forem lesivas a bem jurídico de terceiro, justifica-se, em tese, a intervenção penal; mas quando não houver qualquer prejuízo a direito alheio, não faz sentido a intervenção penal. O que se quer dizer é que o simples consumo não possui conteúdo jurídico-penal, mas as repercussões decorrentes podem ter, como podem não ter.

¹⁹⁷ Vide Kelsen (*Op. cit.* p. 49): “A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. [...] Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar - quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa - a ordem normativa que lhe compete - tão-somente - conhecer e descrever”.

Aquilo que o indivíduo faz consigo próprio não deve interessar ao direito; menos ainda ao direito penal, por sua natureza subsidiária e fragmentária (intervenção mínima). Assim, a repressão às drogas é carente de racionalidade jurídica, sendo mera expressão de discordância moral. De acordo com Shecaira¹⁹⁸:

[...] quando os agentes estatais privam pessoas – que quando muito estão maltratando o próprio corpo – do direito de sua liberdade condenando-os a uma pena grave e que afeta a toda sociedade, por certo que se está diante do terror intervencionista. Afinal, justificar a pena privativa de liberdade para cuidar de quem não se cuida é evidentemente um ato de terror. De outra parte, levar quem não se cuida a um tratamento obrigatório, como se fosse doente, é algo típico da engenharia da química psicotrópica. Isto é, cuida-se moralmente daquele que não quer cuidar de seu corpo.

A repressão de escolhas morais viabiliza que o direito penal se volte contra indivíduos (subjetivamente selecionados) e não contra condutas lesivas (típicas, antijurídicas e culpáveis), criando-se um direito penal essencialmente de “*autor*” em oposição a um direito penal de “*fato*”.

A repressão às drogas consiste, desta forma, na repressão a indivíduos ou grupos ligados ao uso das drogas. Desde o proibicionismo ao álcool é perceptível a atuação de instâncias de moralização nas campanhas fundantes da proibição.

O conteúdo do paradigma eficientista é, sobretudo, integrado por fundamentos morais e religiosos¹⁹⁹, conforme se destacou no primeiro capítulo da pesquisa.

Nas décadas de 1960 e 1970 o conteúdo moralizador do proibicionismo se mostrou ainda mais evidente, pois a droga – anunciada como inimigo público – foi utilizada como subterfúgio para a repressão violenta aos grupos de contracultura, inclusive aqueles que resistiam pacificamente aos “*valores*” culturais da época.

¹⁹⁸ SHECAIRA, **Drogas: uma nova perspectiva...** p. 240.

¹⁹⁹ De acordo com Antonio Escohotado (*Op. cit.* p. 8): “*Resulta entonces que la diferencia rechazada por razones morales es al mismo tiempo una producción de moral. A los desviados y a aquellos a quienes se encomienda el control—con el resto de la población como público pasivo del espectáculo—corresponde actualizar el sistema de valores, que ha entrado en crisis por un complejo de motivos, aunque aisle esa concreta cuestión como paradigma del conflicto. En definitiva, cambio social y cambio en la moralidad son aquí una misma cosa. A pesar de la formidable estructura de intereses económicos que ha suscitado la Prohibición, el asunto es y seguirá siendo un asunto de conciencia, similar en más de un sentido al dilema que suscitó el descubrimiento de la imprenta*”. Tradução livre: “*Acontece então que a diferença rejeitada por razões morais é ao mesmo tempo uma produção de moralidade. Os desviados e aqueles a quem o controle é confiado - com o resto da população como o público passivo do espetáculo - devem atualizar o sistema de valores, que entrou em crise devido a um complexo de motivos, embora isole essa questão específica como um paradigma do conflito. Em suma, a mudança social e a mudança na moralidade são a mesma coisa. Apesar da formidável estrutura de interesses econômicos que a Proibição suscitou, o assunto é e continuará sendo uma questão de consciência, semelhante em mais de um sentido ao dilema que a descoberta da imprensa despertou*”.

De acordo com Nilo Batista²⁰⁰ a “*guerra às drogas*” tem os contornos de uma “*guerra santa*”; segundo ele “*a reunião do elemento bélico e do elemento religioso resulta na metáfora da guerra santa, da cruzada*”. O grande problema de tal modelo bélico é a funcionalidade de “*exprimir uma guerra sem restrições, sem padrões regulativos, na qual os fins justificam todos os meios*”.

Para se estabelecer um sistema repressivo bélico é indispensável a utilização de fórmulas específicas, como o uso do medo – ou do diferente – enquanto instrumento de tensão social. Sobre a conexão entre medo e criminalização relevante é a lição de Vera Malaguti Batista²⁰¹:

Também na categoria de longa duração, do século XIV ao XVIII Jean Delumenau vai trabalhar a utilização do medo para a construção de uma mentalidade obsidional na Europa cristã, cercada pelas pestes, na conjuntura da expulsão dos mouros e judeus e nos movimentos do cisma e das reformas na Igreja Católica. Se a criminologia corre o risco de ser “saber e arte de despejar discursos perigosistas”, conhecer o eixo dos medos é traçar o caminho das criminalizações e identificar os criminalizáveis.

O medo do diferente e do desconhecido constitui inegável face do proibicionismo. A proibição da maconha na década de 1930 nos EUA bem revela tal hipótese. Falsas perspectivas²⁰² foram lançadas de forma reiterada na mídia da época, como meio para causar furor na sociedade.

Antes da repressão – e conectada a ela – há a estigmatização moral. A guerra às drogas é uma guerra cultural, moralizante, de adaptação dos desviantes. Os usuários são estigmatizados, estereotipados, colocados à margem da sociedade. Howard Becker²⁰³ bem descreve os estereótipos morais que recaem sobre o usuário de maconha. Segundo ele “*os imperativos morais básicos que operam aqui são os que exigem que o indivíduo seja responsável por seu próprio bem-estar, e capaz de*

²⁰⁰ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 87.

²⁰¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 24.

²⁰² Trechos de “*Na fissura*” de Johann Hari (*Op. cit.*): “*As manchetes eram como a de 6 de julho de 1927, no New York Times: Família Mexicana Enlouquece. A explicação: “Uma viúva e seus quatro filhos enlouqueceram depois de comer uma planta de maconha, segundo os médicos, que dizem não ser possível salvar a vida das crianças e que a mãe ficará louca para o resto da vida”.* Outra referência é o caso de Victor Licata. “*Ele tinha 21 anos e era conhecido em seu bairro por normal e quietinho, até que, segundo a história, fumou maconha. Ele entorceu em um sonho emacanhado no qual estava sendo perseguido por homens que queriam cortar seus braços e, por isso, reagiu pegando um machado e cortando em pedaços a mãe, o pai, os dois irmãos e a irmã*”. Em terceiro lugar, o racismo associado. Harry [Anslinger] alertou que o efeito mais assustador da maconha era causado por negros. Fazia com que esquecessem das diferenças raciais, deixando aflorar neles o desejo por mulheres brancas”.

²⁰³ BECKER, *Op. cit.*

controlar seu comportamento racionalmente". Neste contexto, "*o estereótipo do viciado em drogas retrata uma pessoa que viola esses imperativos*".

A guerra às drogas, portanto, é uma guerra contra pessoas ou grupos selecionados, inseridos nas rotulações e estereótipos morais. Relevante se mostra a análise – como componente da crítica ao proibicionismo – da seletividade dos sistema penal no controle social de pessoas envolvidas com drogas.

2.1.2 Seletividade Penal

Um dos principais aspectos indicativos da crise de legitimação do direito penal – presente tanto entre os fundamentos do interacionismo, quanto da criminologia crítica – é o caráter seletivo da criminalização.

O sistema penal atinge apenas uma pequena parcela daqueles que cometem delitos. Isto permite que determinados grupos sociais – por estigma e/ou vulnerabilidade – sejam mais atingidos do que outros.

Neste contexto, o mais importante não são os atos em si, mas os discursos e rótulos que recaem sobre determinadas pessoas, a exemplo da rotulação dicotômica entre "*bons*" e "*maus*". Neste sentido, interessante é a provocação crítica de André Peixoto de Souza²⁰⁴:

Considerando a eterna dicotomia do homem bom versus homem mau: o bom está na sociedade e o mau merece ser segregado, surgem alguns questionamentos: Quem diz ou classifica os homens em bons ou maus? A partir de quais referências? É verdadeira a referência homem bom = sociedade, homem mau = prisão? Afinal, a sociedade está repleta de homens bons? E as penitenciárias estão abarrotadas de homens maus?

As teorias críticas da criminologia desmistificam os rótulos socialmente estabelecidos e denunciam que a seletividade do sistema penal é direcionada ao exercício do controle social, seja nos processos de criminalização primária, seja na atuação das agências de criminalização secundária. Portanto, aquele que se encontra "*livre*" em sociedade não necessariamente é "*bom*", nem o que está preso é "*mau*".

²⁰⁴ SOUZA, André Peixoto de. Uma psicologia do homicídio e da punição. **Revista Ius Gentium**. v. 11. n. 06. Curitiba: Uninter, 2015. p. 24. Disponível em: <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/185/pdf>>. Acesso em 10.11.2018.

Raúl Zaffaroni²⁰⁵ leciona no sentido de que o poder punitivo – enquanto instrumento funcional direcionado ao “*disciplinarismo verticalizante*” – “*é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva*”, sendo que a própria lei – pela atuação deliberada do órgão legislador – “*deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo*”.

A partir da perspectiva de Zaffaroni, Roberto Gargarella²⁰⁶ sustenta que o sistema penal se revela como instrumento violento, “*que discrimina, castiga sin razones y, sobre todo, selecciona a sus víctimas*”²⁰⁷. O sistema penal é, portanto, antidemocrático e se vale da força bruta contra grupos socialmente vulneráveis.

De acordo com Howard Becker²⁰⁸, “*regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras*”. Becker chegou a esta conclusão a partir do estudo da delinquência juvenil. Segundo ele, adolescentes de classe média não “*chegam tão longe no processo penal*”, quando comparados com adolescentes residentes em bairros pobres. O adolescente rico ou de classe média tem chances menores de ser abordado pela polícia e levado à delegacia e, ainda que levado, dificilmente será autuado. Ademais, “*é extremamente improvável que seja condenado e sentenciado*”.

Ana Lúcia Sabadell²⁰⁹ leciona no sentido de que o controle social, instrumentalizado pelo direito penal, não respeita “*o princípio da igualdade*”. Segundo a autora, “*o público alvo do sistema penal é definido por um processo de seleção social: trata-se principalmente de homens, jovens, de baixo nível de educação e desprovidos de recursos econômicos*”.

Ao analisar o sistema penal brasileiro Vera Malaguti Batista²¹⁰ afirma que “*o que existe são processos de criminalização filtrados pelo princípio da seletividade penal, tão visível a olho nu nos sistemas penais do nosso país*”. A partir da lição de Baratta, Malaguti sustenta que “*a verdadeira relação entre cárcere e sociedade é entre quem exclui e quem é excluído, ou, melhor dizendo, entre quem tem o poder de criminalizar e quem está sujeito à criminalização*”.

A seletividade do sistema penal fica ainda mais visível quando se coloca em evidência a repressão às drogas. Por se tratar de “*crime sem vítima*”, o tráfico de

²⁰⁵ ZAFFARONI, 1991. p. 25.

²⁰⁶ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: por una refundación democrática del derecho penal [versão eletrônica: ebook]. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016. [posição 487].

²⁰⁷ Tradução livre: “*que discrimina, castiga sem razão e, sobretudo, selecciona as suas vítimas*”.

²⁰⁸ BECKER, *Op. cit.* p. 25.

²⁰⁹ SABADELL, *Op. cit.* p. 159.

²¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Apud.* BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.* p. 89.

drogas permite atuação aleatória das agências punitivas, o que agrava a desigualdade das respostas penais.

Szabó e Risso²¹¹ afirmam que os “*traficantes*” selecionados pelo sistema penal são pegos, na maioria dos casos, com pequenas quantidades de drogas e integram um mesmo perfil: “*a composição é de 55% de jovens (entre 18 e 29 anos) e 62% se declaram pretos ou pardos. Os presos têm baixo grau de escolaridade – apenas 18% deles têm ensino médio, enquanto 45,3% não completaram o ensino fundamental*”²¹².

O proibicionismo viabiliza, portanto, o controle social de grupos sociais vulneráveis. As respostas penais são desiguais e agravadas pela “*ideologia da diferenciação*”. A falta de clareza normativa sobre a diferenciação entre tráfico e uso de drogas faz com que as respostas penais sejam direcionadas de acordo com aspectos pessoais (rótulos).

As agências de criminalização atuam a partir de rótulos e preconceitos e alimentam – de forma incessante – um processo penal desigual. Neste sentido é a lição de Luciana Boiteux²¹³, ao analisar a Lei n. 11.343/2006:

[...] destaca-se o tratamento punitivo exacerbado ao traficante de drogas, sujeito a penas altas, sem que haja uma distinção legal clara entre essas duas figuras, levando a uma maior representatividade dos pequenos varejistas nas prisões brasileiras. Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei.

A questão da mulher encarcerada também merece destaque. De acordo com Szabó e Risso²¹⁴, “*as mulheres encarceradas por crimes relacionados a drogas representam um quadro especialmente grave*”. Da população carcerária feminina brasileira, “*62% respondem pelo crime de tráfico de drogas*”. Boa parte destas mulheres são consideradas traficantes ao tentar ingressar com a droga em presídios,

²¹¹ SZABÓ, Ilona; RISSO, Melina. **Segurança pública para virar o jogo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 93.

²¹² No mesmo sentido é a lição de Sabadell (*Op. cit.* 157): “*O principal alvo do controle policial são pessoas pobres, de minorias e com escassa educação, porque correspondem à imagem social que se construiu do “bandido” e possuem menos recursos para se defender. Estudo sobre a repressão judicial do tráfico de drogas no Rio de Janeiro e em Brasília indicou que a maioria dos condenados são réus primários, que foram presos sozinhos em flagrante (91%), desarmados (86%) e com pouca quantidade de droga (42% com menos de 100 gramas de maconha), confirmando a tese que o sistema penal tende a punir os pequenos traficantes, varejistas*”.

²¹³ BOITEUX, 2014. p. 92.

²¹⁴ SZABÓ; RISSO, *Op. cit.* p. 93.

por vezes para atender chamados desesperados de companheiros e familiares. No caso da mulher, *“o impacto sobre a família e os filhos é ainda maior, pois essas mulheres muitas vezes são responsáveis pelo provimento do domicílio”*.

A seletividade é, portanto, importante elemento indicativo da crise de legitimação do sistema penal e, sobretudo, do proibicionismo, pois não se mostra razoável, num Estado Democrático de Direito, que a repressão se dê de forma desigual, a parir de concepções estigmatizantes e preconceituosas.

A repressão seletiva leva à desigualdade, sendo que esta se revela em variados níveis, havendo que se falar, inclusive, em incremento da desigualdade como decorrência do proibicionismo.

2.1.3 Incremento da Desigualdade Social

Inúmeros economistas – desde o início do século XX – se debruçaram sobre o proibicionismo, enquanto objeto de estudo, seja de forma afirmativa ou crítica. O autor Mark Thornton²¹⁵ reuniu, no primeiro capítulo de sua obra *“Criminalização: uma análise econômica da proibição das drogas”*, as reflexões econômicas mais importantes sobre a criminalização do álcool e demais narcóticos. Alguns dos economistas citados por Thornton apontam o incremento da desigualdade social como um dos males econômicos decorrentes da criminalização. Entre as posições referidas por Thornton é possível destacar a de Milton Friedman, uma das principais vozes contrárias à *“guerra às drogas”*.

Em carta aberta direcionada a um dos *czares* do proibicionismo, Friedman²¹⁶ apontou os problemas sociais decorrentes da criminalização, entre os quais destacam-se aqui os seguintes:

Os guetos das nossas grandes cidades não seriam terras sem donos infestadas por drogas e crimes. Menos pessoas estariam em prisões, e menos prisões teriam sido construídas. Colômbia, Bolívia e Peru não estariam sofrendo de narcoterror, e não estaríamos distorcendo nossa política externa por causa do narcoterror. O inferno não, nas palavras com que Billy Sunday saudou a proibição, “seja para sempre para o aluguel”, mas seria muito mais vazio. A descriminalização das drogas é ainda mais urgente agora do que em 1972, mas devemos reconhecer que o mal feito no ínterim

²¹⁵ THORNTON, *Op. cit.*

²¹⁶ FRIEDMAN, *Op. cit.*

não pode ser eliminado, certamente não imediatamente. Adiar a descriminalização só vai piorar as coisas, e fazer com que o problema pareça ainda mais intratável [Tradução livre]²¹⁷.

A partir da lição de Friedman é possível perceber que a população pobre é a que mais sofre com a criminalização, pois a droga e o crime concentram-se nos ambientes mais empobrecidos, estes atingidos de maneira mais evidente pelo narcotráfico.

O caso brasileiro confirma esta percepção. As comunidades cariocas são fontes empíricas de observação do caos social decorrente do proibicionismo. A violência e o terror estão nas portas das casas daqueles que vivem nas comunidades mais pobres.

Em lado oposto, encontra-se o consumidor de drogas de classe média. Luciana Boiteux²¹⁸ explica que há uma *“divisão ampla entre o sistema aplicável ao consumidor de drogas da classe média, que tem dinheiro para pagar pelo seu consumo, e o consumidor-traficante, morador de regiões mais pobres”*, pois este último, carente financeiramente, *“precisa vender a droga para sustentar suas necessidades de consumo”*.

Envoltas pelo poder paralelo do tráfico de drogas, as comunidades pobres dificilmente progridem economicamente, ao contrário, seus integrantes vivem sem oportunidades, sem direitos básicos e cercados por uma verdadeira guerra civil.

A cooptação pelo tráfico entre os jovens (o que inclui adolescentes e até crianças) e de poucos recursos é outro grave elemento de desestabilização da igualdade decorrente do proibicionismo, conforme esclarece Denis Russo Burgierman²¹⁹:

Da mesma forma, colocar traficantes na cadeia é basicamente inútil. Para cada soldado do tráfico que é preso, a força gravitacional da demanda puxa mais alguém para o negócio. Uma consequência cruel de prender muitos traficantes é que a demanda atrai para esse trabalho adolescentes e crianças, que em geral não podem ser presos. Em todos os países em que a repressão é dura, há menores de idade trabalhando para o tráfico, o que não deixa de

²¹⁷ Tradução livre de: *“The ghettos of our major cities would not be drug-and-crime-infested no-man’s lands. Fewer people would be in jails, and fewer jails would have been built. Colombia, Bolivia and Peru would not be suffering from narco-terror, and we would not be distorting our foreign policy because of narco-terror. Hell would not, in the words with which Billy Sunday welcomed Prohibition, “be forever for rent,” but it would be a lot emptier. Decriminalizing drugs is even more urgent now than in 1972, but we must recognize that the harm done in the interim cannot be wiped out, certainly not immediately. Postponing decriminalization will only make matters worse, and make the problem appear even more intractable”*.

²¹⁸ BOITEUX, 2014. p. 88.

²¹⁹ BURGIERMAN, *Op. cit.* p. 20.

ser irônico, levando em conta que essa guerra toda supostamente começou para proteger as crianças.

Por mais que o tráfico de drogas seja extremamente complexo, envolvendo várias camadas funcionais em cadeia de produção, aqueles que mais lucram com o comércio da droga, normalmente intermediários e facilitadores políticos, são os menos atingidos pelo proibicionismo.

A lógica é, portanto, inversamente proporcional. Os pequenos traficantes de rua são os mais vulneráveis ao sistema penal, vez que mais expostos à ação das agências punitivas. Nas palavras de Burgierman²²⁰ os que vão para a cadeia são *“aqueles que correm mais risco, porque lidam com a droga, produzem-na na roça, carregam-na na estrada, guardam-na nos hangares”*.

A Comissão Global de Política de drogas²²¹, conforme se depreende do último relatório emitido, vem demonstrando preocupação com as reações jurídicas desproporcionais relacionadas aos *“pequenos”* traficantes:

As pessoas envolvidas em pequena escala em atividades não-violentas relacionadas à produção, ao trânsito e à venda de substâncias psicoativas sofrem sentenças extremamente desproporcionadas. Alguns estão em risco de pena de morte ou penas de prisão mais longas do que as conferidas para crimes violentos. As circunstâncias pessoais, sociais, e econômicas que puderam ter conduzido povos a acoplar nesta atividade ilegal são consideradas raramente como razões para reduzir sentenças. O gozo dos direitos humanos, o desenvolvimento sustentável e a coesão social requerem soluções proporcionais, alternativas à prisão ou anistia, especialmente quando se estabelecem medidas políticas e econômicas para permitir que estes criminosos se juntem ao mercado de trabalho legal [Tradução livre]²²².

A questão é que estes traficantes de rua são oriundos das classes sociais mais pobres e, vez que inseridos num sistema disfuncional e perverso, acabam sendo utilizados como elementos descartáveis, facilmente substituíveis. Despidos do olhar da sociedade, estes jovens pobres ou acabam mortos ou presos, retroalimentando o ciclo de violência e desigualdade.

²²⁰ BURGIERMAN, *Op. cit.* p. 23.

²²¹ COMISIÓN GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS, 2018.

²²² Tradução livre de: *“Las personas involucradas a pequeña escala en actividades no violentas relacionadas con la producción, el tránsito y la venta de sustancias psicoactivas sufren sentencias extremadamente desproporcionadas. Algunos corren el riesgo de la pena capital o penas de prisión más largas que las que se otorgan por crímenes violentos. Las circunstancias personales, sociales y económicas que podrían haber llevado a las personas a involucrarse en esta actividad ilegal rara vez se ven como razones para reducir las condenas. El disfrute de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la cohesión social exigen sentencias proporcionales, alternativas al encarcelamiento o amnistía, especialmente cuando se establecen medidas políticas y económicas para permitir que estos delincuentes se unan al mercado laboral legal”*.

Estes jovens constituem o produto final do proibicionismo, pois são facilmente atingidos pelo sistema penal. A facilidade em prendê-los faz com que sejam apresentados como troféus de guerra, expostos como bodes expiatórios, destinatários da ira e da frustração social²²³.

De acordo com Mark Thornton – por seu viés econômico – esta guerra contra as drogas, aparentemente irracional, talvez não seja tão irracional assim, mas atrelada a vantagens econômicas para alguns e consequentes prejuízos para outros. O proibicionismo tem vantagens econômicas para alguns, o que bem o confirma enquanto elemento de incremento de desigualdade.

A lógica é a seguinte: enquanto muitos experimentam os efeitos perversos da proibição, outros se beneficiam deste sistema²²⁴.

A proibição das drogas, ao afetar a igualdade social, figura, portanto, enquanto elemento de afetação democrática, mais uma razão reveladora da derrocada do paradigma repressivo.

2.2 PRAGMATISMO: DISTANCIAMENTO DAS SOLUÇÕES ADEQUADAS

A repressão penal, instrumentalizada pela pena, não parece ser a solução mais indicada para a resolução de problemas sociais. Isto porque o direito penal é agressivo contra a liberdade individual e possui objetivos dificilmente realizáveis.

Adriano Bretas²²⁵, ao analisar a obra de Rusche e Kirchheimer, afirma que “é necessário fazer um apelo à sociedade para que se conscientize de que a severidade

²²³ De acordo com Burgierman (*Op. cit.* 23): “Quando falamos de “traficante”, geralmente estamos nos referindo a esse cara, o último da rede, ou talvez ao gerente dele, o atacadista. É neles que a sociedade despeja toda a frustração de um sistema maciçamente disfuncional. Eles são os únicos que conseguimos prender, então são eles que lotam as penitenciárias – “garotos novos, quase sempre negros, vindos de famílias desestruturadas e sem nenhuma perspectiva de trabalho”, segundo a descrição de Luciana Boiteux, que tem pesquisado o perfil da população carcerária no país”.

²²⁴ Thornton esclarece o argumento a partir de um conceito denominado rent-seeking (*Op. cit.* [versão eletrônica: ebook] posição 245): “Os economistas agora suspeitam que quaisquer perdas líquidas para a sociedade, produzidas pelas políticas do governo, são o resultado da prática de rent-seeking em vez da ignorância, ou da irracionalidade por parte dos formuladores de políticas. A busca de rendimentos é a busca de um privilégio ou de um ganho pessoal por meio do processo político. A prática de rent-seeking é distinta da corrupção por ser legal, enquanto a corrupção não é. A história revela que as proibições são, de fato, exemplos clássicos da cooptação das intenções de espírito público por parte dos que buscam auferir rendimentos dentro dos processos políticos, explicando assim a existência do que, à primeira vista, parecem ser políticas irracionais”.

²²⁵ RUSCHE; KIRCHHEIMER. *Apud.* BRETAS, *Op. cit.* p. 192.

das penas não diminui a criminalidade". De acordo com Bretas, é ilusória a "sensação de segurança através do recrudescimento punitivo", pois esta falsa serenidade "encobre os verdadeiros sintomas da criminalidade, num retorno à doutrina pessimista de que a violência do crime só pode ser combatida com a violência da pena".

A análise crítica do proibicionismo também é uma análise pragmática, tendo em vista que é preciso investigar se a intervenção do sistema penal – por meio da pena – para lidar com o "problema" das drogas se mostra como meio adequado.

No início deste segundo capítulo afirmou-se que os elementos indicadores da crise do proibicionismo (crítica criminológica, pragmatismo e dogmática) se conectam entre si. Isto ocorre porque a crítica criminológica se apoia, entre outros aspectos, na soma dos defeitos práticos (pragmatismo) do modelo proibicionista.

O pragmatismo consiste na compreensão de determinados objetos a partir de concepções práticas. De acordo com Renato Rodrigues Kinouchi²²⁶: *"um indivíduo pragmático é aquele que não se prende de antemão a princípios ideológicos ou fundamentações metafísicas, mas sim lida com as questões tendo em vista suas consequências práticas"*. Kinouchi menciona a existência de distintas compreensões sobre o pragmatismo – a partir das concepções filosóficas de seus "fundadores": Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey – mas destaca um ponto comum: a consideração do pragmatismo como um expediente (método) para se lidar com um problema prático. O pragmatismo se liga, portanto, à ideia de utilidade prática²²⁷.

Com base nesta concepção de pragmatismo, mostra-se relevante a análise de aspectos práticos reveladores da crise do proibicionismo.

Desta forma, para fins de sistematização da pesquisa, alguns destes aspectos práticos – reveladores da crise do paradigma do "war on drugs" –, serão analisados de forma destacada. Primeiro, será investigada a potencial efetividade do modelo proibicionista (a) como instrumento de proteção à saúde (perspectiva sanitária) e (b) como mecanismo para a redução da demanda por drogas (perspectiva econômica). Segundo, serão apresentados dois potenciais efeitos colaterais da proibição,

²²⁶ KINOCHI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Revista Scientiae Studia**. v. 5. n. 2. São Paulo, 2007. p. 215-226. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ss/v5n2/a04v5n2.pdf>>. Acesso em 09.09.2018.

²²⁷ *Ibidem*.

consistentes (a) no aumento da violência urbana e (b) na formação das superpopulações carcerárias.

O proibicionismo encerra aparente incoerência discursiva, pois se mostra prejudicial àqueles que – em tese – pretende proteger, conforme se depreende da lição de Alessandro Baratta²²⁸:

É notório que nesta nova guerra santa há uma luta em nome da saúde pública, do bem da civilização, essencialmente contra uma pequena minoria de usuários de drogas ilícitas; são eles, os mais desprotegidos e explorados entre consumidores e dependentes, que pagam com sua própria personalidade o custo social da guerra e estão sujeitos a um processo drástico de estigmatização, regressão e inserção em papéis criminosos [Tradução livre]²²⁹.

Esta incoerência discursiva descortina um dos principais defeitos pragmáticos da repressão às drogas: o relacionado à suposta proteção à saúde.

Sob o pretexto de proteger a saúde de determinados indivíduos – contra si próprios – o sistema penal acaba prejudicando ainda mais estes indivíduos, vez que além de ficarem desprovidos do adequado apoio sanitário, arcam com sanções e com estigmatizações decorrentes.

O proibicionismo aborda a questão das drogas de uma maneira simplista – e reducionista – pois, além de lidar com substâncias completamente distintas (como maconha e crack) por perspectiva resolutiva comum, não leva em consideração diversos fatores peculiares regionais.

Rosa del Olmo²³⁰ afirma que “*a confusão é agravada quando se observa como se tenta difundir um mesmo discurso universal, atemporal e a-histórico sobre o problema da droga, como se a situação de cada país e de cada droga fossem semelhantes*”.

Szabó e Risso²³¹ sustentam que a proibição inibe os usuários problemáticos em pedir e receber ajuda, além do que “*desvia recursos que deveriam ser investidos em pesquisas, tratamentos e abordagens de prevenção e redução de danos e ainda por cima custa muito caro*”.

²²⁸ BARATTA, 1995. p. 08.

²²⁹ Tradução livre de: “*Es notorio que en esta nueva guerra santa se combate en nombre de la salud pública, del bien de la civilización, esencialmente contra una pequeña minoria de consumidores de drogas ilícitas; son ellos, los más desprotegidos y explotados entre los consumidores y los adictos los que pagan con su propia personalidad el costo social de la guerra y son objeto de un proceso drástico de estigmatización, regresión e inserción en roles criminales*”.

²³⁰ OLMO, Op. cit. p. 26.

²³¹ SZABÓ; RISSO, Op. cit.

Pela perspectiva econômica, o economista norte-americano Peter Reuter²³² tem analisado variados aspectos criminais – a exemplo da atuação da máfia – através de perspectiva econômica pragmática. Alguns dos trabalhos de Reuter se voltam especificamente para investigação da relação entre proibição às drogas x redução da demanda. Ao analisar a repressão nos EUA à maconha e à cocaína, Reuter²³³ afirma que as campanhas proibicionistas não levaram a uma redução significativa da demanda, conforme se depreende:

A razão para essa falta de resposta às recentes pressões de aplicação da lei pode estar nas características estruturais desses mercados, e não na falta de táticas ou na coordenação dos esforços de aplicação da lei. O esforço federal visa à importação e à distribuição de alto nível, que respondem por uma parcela modesta dos preços de varejo desses medicamentos. O aumento dos riscos para os importadores ou distribuidores de alto nível é, portanto, susceptível de ter efeitos modestos no preço de retalho e é pouco provável que tenha qualquer outro efeito sobre as condições de utilização. A fiscalização em nível de rua é prejudicada pela grande escala dos dois mercados e porque poucas das compras finais ocorrem em ambientes públicos. Muitos dos riscos associados ao tráfico de drogas vêm das ações de outros participantes nos próprios negócios, e isso também limita a capacidade das agências de segurança pública de agir de forma a fazer com que os preços aumentem ou alterem as condições do mercado [Tradução livre]²³⁴.

O mercado de drogas é complexo e a proibição, muito embora possa gerar aumento de preço da “*mercadoria*” ilícita, não necessariamente gera redução de disponibilidade e de demanda.

Ademais, a alta rentabilidade do tráfico de drogas gera violentas disputas por posição no mercado ilegal, o que resulta no incremento da violência urbana, hipótese que pode ser apontada como efeito colateral do proibicionismo.

Outra decorrência hipotética colateral da proibição é o aumento significativo da população carcerária, em vista da relação óbvia com o aumento da violência urbana,

²³² REUTER, Peter; KLEIMAN, Mark. Risks and prices: an economic analysis of drug enforcement. **Crime and Justice**: a review of research. n. 7. 1986.

²³³ REUTER; KLEIMAN, *Op. cit.*

²³⁴ Tradução livre de: “*The reason for this lack of response to recent law enforcement pressures may lie in structural characteristics of these markets rather than in a failure of tactics or of coordination of law enforcement efforts. The federal effort aims at importation and high-level distribution, which account for a modest share of the retail prices of these drugs. Increasing the risks to importers or high-level distributors is thus likely to have modest effects on the retail price and is unlikely to have any other effect on the conditions of use. Street-level enforcement is hindered by the sheer scale of the two markets and because so few of the final purchases occur in public settings. Many of the risks associated with drug trafficking come from the actions of other participants in the trades themselves, and this also limits the ability of law enforcement agencies to act in ways that will cause prices to increase or alter market conditions*”.

mas também pela punição instrumentalizada – e atuarial – de determinados grupos sociais vulneráveis.

Feito este breve aporte inicial, relevante se faz a análise mais atenta dos pontos destacados: (a) saúde; (b) economia; (c) violência; (d) sistema penitenciário.

2.2.1 Saúde

O termo droga possui múltiplas acepções. Em sentido amplo se refere a “*toda substância, que não os alimentos, que é absorvida para modificar a maneira pela qual o corpo e o espírito funcionam*”. Nesta acepção ampla, portanto, a palavra droga pode englobar os mais diversos medicamentos e outras substâncias utilizadas para alterar o funcionamento corporal. Contudo, quando se fala em droga – com conotação proibicionista – tal referência possui sentido estrito e se refere às substâncias psicotrópicas, naturais ou sintéticas que “*podem modificar os pensamentos, as sensações ou o comportamento de uma pessoa*”. Estas drogas agem no sistema nervoso central, podendo deprimi-lo, estimulá-lo ou perturbá-lo ²³⁵.

A droga é, portanto, objeto de estudo de múltiplos ramos científicos; sendo relevante ressaltar que a exata compreensão de seus efeitos (alterações orgânicas) e riscos (toxidade e dependência) interessa mais à medicina – ou à neurociência – do que ao direito.

Contudo, o proibicionismo foi apresentado nos últimos cem anos como a solução mais adequada para se lidar com o problema das drogas. Tal escolha política não parece dotada de racionalidade, pois, se o uso problemático de drogas possui repercussões negativas no campo da saúde, as soluções deveriam ser estabelecidas preferencialmente neste campo e não através da repressão estatal estigmatizante.

Os estudos científicos realizados por médicos, químicos, biólogos, neurocientistas, entre outros pesquisadores da saúde humana, são fundamentais para: (a) a compreensão correta dos efeitos e riscos das drogas; (b) a diferenciação entre uso recreativo e problemático; (c) a proposição de soluções adequadas à

²³⁵ BEAUCHESNE, *Op. cit.* p. 25.

prevenção e à redução de danos; (d) o estudo dos efeitos positivos – sobretudo para fins médicos – de determinadas drogas.

A proibição, não obstante, sempre relegou o estudo médico-científico a segundo plano, o que é extremamente prejudicial ao desenvolvimento de soluções adequadas. Tanto é assim que boa parte do “*conhecimento*” sobre drogas é estereotipado e fundado em premissas equivocadas.

Neste sentido, Bruce Alexander²³⁶ apresentou artigo – sobre “*o mito do vício induzido por drogas*” – perante o Senado canadense, através do qual desmistificou duas premissas sanitárias sobre o vício em drogas: (a) “*todas as pessoas se tornarão dependentes da cocaína se excederem um certo nível de uso*”; (b) “*quando a dependência ocorre, é por causa dos efeitos farmacológicos da exposição à droga*”.

Com base em ampla revisão bibliográfica multidisciplinar (“*epidemiologia, psicofarmacologia, neurobiologia, psicoterapia e história*”) – algumas fundadas em experimentos de observação empírica –, Alexander²³⁷ apresentou conclusão no sentido de que “*a crença convencional de que a heroína e a cocaína causam dependência está muito longe de um fato empiricamente apoiado*”. De acordo com o Autor, o vício pode estar ligado a uma série de fatores não necessariamente relacionados à exposição à droga.

Entre várias linhas argumentativas, Alexander²³⁸ se valeu de um interessante experimento denominado de “*Rat Park*”.

Em resumo: a fim de “*contestar*” uma série de experimentos, envolvendo drogas e animais, realizados nas décadas de 1960 e 1970 – que concluíram pelo potencial de adicção das drogas –, Alexander²³⁹ e outros pesquisadores da Universidade Simon Fraser modificaram alguns elementos na experimentação com animais. Assim, Alexander e sua equipe, criaram esse “*Parque dos Ratos*”, ambiente muito mais amplo do que gaiolas de confinamento, inserindo opções de “*lazer*” e socialização para os ratos. Neste espaço diversificado colocaram, também, heroína à disposição dos ratos. Relevante consignar fragmento da conclusão de Alexander sobre o experimento:

²³⁶ ALEXANDER, Bruce K. **The myth of drug-induced addiction** [Presentation]. Ottawa: Senate of Canada. Disponível em: <<https://sencanada.ca/content/sen/committee/371/ille/presentation/alexander-e.htm>>. Acesso em 10.11.2018.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Ibidem*.

Nós pré-testamos os ratos com uma escolha entre água e uma solução de quinze-açúcar farmacologicamente inerte para ver se havia alguma preferência de gosto pré-existente entre os quatro grupos, o que não se verificou. Então, dei-lhes uma escolha contínua entre água e uma solução amarga e doce de morfina. A cada cinco dias, a solução da droga era alterada para que ela provasse melhor e tivesse menos efeito da droga - em outras palavras, reduzi progressivamente a concentração de morfina de 1 mg de cloridrato de morfina por ml de água para 15 mg de hidrocloreto de morfina por ml de água. No nível de 1 mg/ml, a solução era muito amarga para todos os ratos e eles consumiam apenas água. Em todos os níveis subsequentes, os ratos enjaulados (grupos CC e PC) beberam muito mais morfina do que os ratos que viviam em Rat Park (grupos PP e CP). No nível de concentração, os machos enjaulados bebiam 19 vezes mais morfina que os machos do Parque dos Ratos [Tradução livre]²⁴⁰.

O que se extrai do experimento realizado no “*Parque dos Ratos*” é que a questão do vício não se situa exclusivamente na disponibilidade ou não da droga, mas em uma série de outros fatores, como ambiente, lazer, socialização e alternativas. Isto em relação a animais, ou seja, com inegável margem de potencialização na hipótese de consumo humano.

A pesquisa de Alexander²⁴¹ não permite conclusões categóricas sobre as causas de adicção, mas, “*mostram que os primeiros estudos de autoadministração de animais não fornecem nenhum suporte empírico real para a crença no vício induzido por drogas*”. O Autor destaca que estes estudos prévios não dizem nada de efetivo sobre a capacidade, seja de pessoas ou animais, de “*resposta*” às drogas.

A partir de pesquisa empírica realizada com pessoas, o neurocientista Carl Hart²⁴² afirma que 80% a 90% daquelas que consomem cocaína não se tornam viciadas.

De acordo com as conclusões do estudo de Hart²⁴³ – realizado a partir da experimentação controlada de crack em laboratório – os usuários são capazes de fazer escolhas economicamente racionais, ou seja, a droga não lhes retira a

²⁴⁰ Tradução livre de: “We pretested the rats with a choice between water and a bitter sweet, pharmaceutically inert sugar-quinine solution to see if there was any pre-existing taste preference between the four groups, which there was not. Then I gave them a continual choice between water and a bitter sweet morphine solution. Every five days the drug solution was changed so that it tasted better and had less drug effect – in other words I progressively reduced the morphine concentration from 1 mg morphine hydrochloride per ml of water to .15 mg morphine hydrochloride per ml of water. At the 1 mg/ml level the solution was too bitter for all the rats and they consumed only water. At all subsequent levels the caged rats (groups CC and PC) drank much more morphine than the rats that lived in Rat Park (groups PP and CP)”.

²⁴¹ ALEXANDER, *Op. cit.*

²⁴² NYTIMES. **The rational choices of crack addicts** [Entrevista com Carl Hart: by John Tierney]. New York, 2013. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/09/17/science/the-rational-choices-of-crack-addicts.html>>. Acesso em 23.07.2018.

²⁴³ HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia a nossa visão sobre as drogas. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

capacidade de decisão. Na dinâmica da pesquisa referida, após “fumar” uma dose de crack, cada usuário tinha a opção de continuar fumando ou receber U\$5 (cinco dólares) como recompensa. Muitos escolhiam o dinheiro ao invés da droga.

Quando Hart²⁴⁴ aumentava a recompensa para U\$\$ 20 (vinte dólares), praticamente todos os usuários optavam pelo dinheiro. Hart também utilizou o mesmo experimento com metanfetamina e obteve resultados similares. Os estudos de Hart²⁴⁵ guardam inegável relação com os de Alexander, conforme se depreende:

“O fator chave é o meio ambiente, se você está falando sobre humanos ou ratos”, disse Hart. “Os ratos que continuam pressionando a alavanca da cocaína são aqueles que estão estressados porque foram criados em condições solitárias e não têm outras opções. Mas quando você enriquece o ambiente e dá acesso a doces e deixa-os brincar com outros ratos, eles param de pressionar a alavanca [Tradução livre]”²⁴⁶.

Um dos grandes méritos da pesquisa de Carl Hart é a constatação de que as pessoas podem escolher pelo não uso da droga, sobretudo quando expostas a reforços “positivos” alternativos. Ou seja, é possível dizer que a dependência está ligada a outros fatores que não apenas aqueles inerentes à própria potencialidade aditiva da droga.

Sobre a dependência, relevante também é a posição de Thomas Szasz²⁴⁷ no sentido de que o vício seria uma forma de comportamento e, portanto, conceito aferível no campo da cultura e não da saúde²⁴⁸.

²⁴⁴ HART, *Op. cit.*

²⁴⁵ NYTIMES, *Op. cit.*

²⁴⁶ Tradução livre de: “The key factor is the environment, whether you’re talking about humans or rats,” Dr. Hart said. “The rats that keep pressing the lever for cocaine are the ones who are stressed out because they’ve been raised in solitary conditions and have no other options. But when you enrich their environment, and give them access to sweets and let them play with other rats, they stop pressing the lever”.

²⁴⁷ SZASZ, Thomas. **Do drugs cause addiction?** [Transcription: Debates Show #113; Taped: August 26, 1996]. Disponível em: <<http://www.szasz.com/addiction.pdf>>. Acesso em 04.10.2018.

²⁴⁸ De acordo com Szasz: “The question, “Do drugs cause addiction?” is *prima facie* nonsensical. Addiction is a form of behavior. Behavior is not caused; it has reasons. Drugs can no more cause addiction than sex hormones or genitals can cause perversions or sexual acts. Some drugs, when ingested – which itself is a decision – some drugs make people feel in certain ways which they like to repeat. If you want to call that an addiction, which is already a value judgment, because there are many behaviors which are now called addictions – for example, smoking – Nobody called Churchill or Roosevelt an addict. Now they would be called nicotine addicts. So addiction is not a descriptive term, it is a stigmatizing term which is culturally conditioned. And it reflects not a property of the drug, but a property of the culture. So in sum, drugs cannot cause addiction”. Tradução livre: “A pergunta: “As drogas causam dependência?” é *prima facie* sem sentido. O vício é uma forma de comportamento. O comportamento não é causado; possui razões. As drogas não podem mais causar dependência do que os hormônios sexuais ou genitais podem causar perversões ou atos sexuais. Algumas drogas, quando ingeridas - o que em si é uma decisão - fazem as pessoas se sentirem de certas maneiras que elas gostam de repetir. Se você quiser chamar isso de um vício, que já é um julgamento de valor, porque há muitos comportamentos que agora são chamados de vícios - por exemplo, fumar - ninguém

O que se extrai das inúmeras proposições científicas aqui apresentadas é que a compreensão médica sobre drogas depende de estudos muito mais avançados do que aqueles que compuseram a fundação do proibicionismo.

Tanto é assim que o proibicionismo muito se fortaleceu no início do Século XX a partir da difusão de falsas perspectivas. Johann Hari²⁴⁹ destaca que a proibição da maconha nos EUA (1937) teve por base campanha midiática massiva, fundada no sensacionalismo de casos pontuais. As autoridades políticas da época desconsideraram o apelo de vários médicos no sentido de que a proibição da droga seria caminho pouco recomendável.

De acordo com Sebastian Scheerer²⁵⁰, o conhecimento científico sobre drogas do início do Século XX era muito escasso, de forma que a ciência daquele tempo serviu apenas para reforçar os estereótipos sociais, ao invés de analisá-los. *“Como resultado, a crença geral naqueles dias era de que havia uma força inerente em drogas perigosas que privariam qualquer um que ousasse experimentá-las de liberdade e vida”* [Tradução livre]²⁵¹.

Scheerer²⁵² esclarece, todavia, que a ciência atual está muito mais avançada, sendo capaz de desfazer os estereótipos antigos. As pesquisas contemporâneas mostram que os usuários são capazes de controlar o uso e que a dependência química é uma realidade em menor escala. De acordo com o Autor²⁵³, o uso de drogas ilícitas é tão controlável quanto o do álcool e do cigarro.

chamava Churchill ou Roosevelt de viciado. Agora eles seriam chamados de viciados em nicotina. Portanto, o vício não é um termo descritivo, é um termo estigmatizante que é culturalmente condicionado. E isso não reflete uma propriedade da droga, mas uma propriedade da cultura. Então, em suma, as drogas não podem causar dependência”.

²⁴⁹ HARI, *Op. cit.*

²⁵⁰ SCHEERER, *Op. cit.* p. 384.

²⁵¹ Tradução livre de: *“Como consecuencia, la creencia general en esos días era que había una fuerza inherente en las drogas peligrosas que privaría de la libertad y de la vida a cualquiera que se atreviera a probarlas”.*

²⁵² *Ibidem.*

²⁵³ Scheerer (*Ibidem.* 387) esclarece que: *“Hoy en día, los datos demuestran que la gran mayoría de las personas que consumen drogas ilegales son capaces de controlar el uso de estas sustancias, de la misma forma que otras personas controlan su consumo de tabaco o de alcohol. [...] La inevitable conclusión de las recientes investigación es un verdadero golpe para las hipótesis de principios del siglo XX que sentaron las bases para la prohibición, y puede resumirse así: el consumo autónomo y autocontrolado de drogas peligrosas es perfectamente posible y una realidad social para la mayor parte de los consumidores de drogas”.* Tradução livre: *“Hoje, os dados mostram que a grande maioria das pessoas que usa drogas ilegais é capaz de controlar o uso dessas substâncias, da mesma forma que outras pessoas controlam seu consumo de tabaco ou álcool. [...] A conclusão inevitável da pesquisa recente é um verdadeiro golpe para as hipóteses do início do século XX que lançaram as bases para a proibição, e pode ser resumido da seguinte forma: o uso autônomo e autocontrolado de drogas perigosas é perfeitamente possível e um realidade social para a maioria dos consumidores”.*

A partir da reflexão de Scheerer, considerando que substâncias psicotrópicas distintas podem ser utilizadas de forma controlada, inclusive para fins recreativos; não há razão para que algumas substâncias sejam proibidas, enquanto outras similares sejam permitidas²⁵⁴. Não parece existir regra objetiva²⁵⁵ para a eleição das drogas proibidas; vale dizer que algumas substâncias foram amplamente combatidas no passado e hoje são permitidas, como o álcool; enquanto outras percorreram o caminho inverso, como a cocaína.

A escolha das substâncias proibidas varia no tempo e no espaço a depender de uma série de fatores aleatórios, invariavelmente relacionados ao exercício do controle moralizador por parte do Estado e não necessariamente embasado cientificamente. A política proibicionista de drogas, contudo, esvazia-se em sentido quando se percebe que substâncias similares quanto à natureza recebem tratamento jurídico diverso. A criminalização de determinada substância acaba sendo, portanto, aleatória e por vezes despida de justificativa razoável. Neste sentido é a lição de Maria Lúcia Karam:

As substâncias psicoativas, que, assim selecionadas, recebem a qualificação de drogas ilícitas (como a maconha, a cocaína, a heroína etc.), não têm natureza diversa da de outras substâncias igualmente psicoativas (como a cafeína, o álcool, o tabaco, etc.), destas só se diferenciando em razão da artificial intervenção do sistema penal sobre condutas a elas relacionadas²⁵⁶.

A proibição de determinadas drogas psicotrópicas e a liberação de outras parece ter conteúdo eminentemente moralizador, típico de uma justiça penal retributiva voltada ao exercício do controle social²⁵⁷.

²⁵³ A referência a drogas permitidas inclui tanto aquelas que estão sujeitas ao controle estatal em outros âmbitos que não o do direito penal, ou seja, aquelas que passaram por um processo de legalização (cigarro, álcool, medicamentos psiquiátricos); quanto aquelas alheias a qualquer tipo de controle do estado, seja por desinteresse ou por desconhecimento da existência. Ainda, registra-se que algumas drogas controladas criminalmente são autorizadas, sob certas condições, para fins medicinais.

²⁵⁴ A referência a drogas permitidas inclui tanto aquelas que estão sujeitas ao controle estatal em outros âmbitos que não o do direito penal, ou seja, aquelas que passaram por um processo de legalização (cigarro, álcool, medicamentos psiquiátricos); quanto aquelas alheias a qualquer tipo de controle do estado, seja por desinteresse ou por desconhecimento da existência. Ainda, registra-se que algumas drogas controladas criminalmente são autorizadas, sob certas condições, para fins medicinais.

²⁵⁵ “Entre as [drogas] depressivas, encontramos o álcool etílico, os inalantes anestésicos, os tranquilizantes, os sedativos e os narcóticos; na categoria dos estimulantes, encontram-se as anfetaminas, os anorexígenos, a cocaína, a cafeína, a nicotina e os antidepressivos; na categoria dos perturbadores, encontram-se os alucinógenos, os derivados da Cannabis e o Tetrahydrocannabinol (THC), assim como os produtos voláteis”. (BEAUCHESNE, *Op. cit.* p. 25.)

²⁵⁶ KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 73.

²⁵⁷ CARVALHO, *Op. cit.* p. 58.

A escolha proibicionista por vezes tem inspiração transnacional e se distancia das recomendações dos especialistas em saúde. Exemplo importante neste sentido é o da proibição da “cetamina”, contrariando as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS)²⁵⁸.

Katie Argüello explica que *“assim como a criminalidade é uma realidade socialmente construída, segundo processos de definições e reações sociais, a droga é objeto de um discurso construído na obscuridade para que se possa atuar sobre ela de forma arbitrária”*.²⁵⁹

Neste cenário moralizador, a guerra às drogas faz recair sobre os usuários – tanto o recreativo quanto o dependente químico – diversos estigmas, notadamente quando ingressam no sistema repressivo.

A criminalização gera a *“estigmatização judicial”*, formalizada pelos antecedentes criminais, *“simplesmente por portar drogas ilícitas, sem que isso tenha ameaçado quem quer que seja”*. Tais antecedentes certamente podem deixar *“uma marca forte, duradoura e dolorosa na vida do usuário de drogas”*.²⁶⁰

De acordo com Louk Hulsman²⁶¹, a criminalização estigmatiza em todas as dimensões, produzindo nos condenados estigma profundo. Pesquisas científicas mostram que as atribuições normativas (sanções) e a rejeição social decorrente *“podem determinar a percepção do eu como realmente desviante e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente”*.

O processo de estigmatização do usuário, decorrente da criminalização, acaba por ampliar o problema de saúde pública associado ao uso de drogas, ou seja, a repressão cria mais dificuldades do que soluções.

O sistema penal afasta as reais soluções de saúde pública, certamente mais eficazes, como se observa em alguns países, incluindo Suíça (*“low-threshold”*) e Canadá (*“Supervised Injection Site”*), os quais já há algum tempo buscaram desenvolver políticas sanitárias mais adequadas para lidar com a questão das

²⁵⁸ Artuzo e Vianna (Op. cit. p. 62) esclarecem que: *“O caso da cetamina é um exemplo emblemático. Alegando o “crescente abuso” dessa substância pelo mundo, a JIFE, com o apoio da CND, em vários de seus informes, incitou os governos a controlarem-na internamente, desconsiderando as recomendações contrárias do Comitê de Drogas da OMS, que defende a não listagem por considerar insubstituível o papel dessa substância como anestésico nos países em desenvolvimento, haja vista ser “amplamente disponível, fácil de usar e barata”*.

²⁵⁹ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 177-192. Paraná: UFPR, 2012.

²⁶⁰ BEAUCHESNE, Op. cit. p. 44-45.

²⁶¹ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 69.

drogas²⁶². Sobre os caminhos alternativos – que serão analisados de forma mais detida no terceiro capítulo da vertente pesquisa – interessante colacionar fragmento da obra de Louk Hulsman²⁶³:

[...] a melhor política seria a de descriminalização, ressaltando que, não sendo a heroína, em si mesma, mais perigosa que outras substâncias que não são ilegais, a descriminalização permitiria que se garantisse a distribuição de agulhas esterilizadas, bem como uma maior difusão de informações sobre essas substâncias. (Hulsman, 79)

A estigmatização gera a marginalização. Os usuários, vistos como criminosos, acabam privados – por receio, falta de informação ou de interesse político – dos cuidados de saúde pública, o que se agrava quando se está diante do dependente químico. Beauchesne²⁶⁴ sustenta que *“a guerra às drogas priva igualmente de cuidados médicos adequados os usuários de drogas ilícitas que apresentam consumos problemáticos”*. Isto acontece porque estes usuários ficam receosos em procurar ajuda *“por medo de serem confrontados com a repressão, com a incompreensão e com a discriminação”*, o que acarreta problema gravíssimos.

A estigmatização faz com que os usuários fiquem expostos à própria sorte. Alguns consomem substâncias adulteradas e misturadas a outros produtos nocivos. A fim de exemplificar: a heroína normalmente não é fatal, mas, a depender do percentual, pode causar morte por overdose. Com o álcool pode acontecer efeito similar. Contudo, o consumidor de bebidas alcóolicas tem condições de saber se está consumindo um produto com teor de 8% ou 80%, já o consumidor de heroína não tem condições mínimas de conhecer exatamente o que está consumindo²⁶⁵.

Mark Thornton²⁶⁶ adverte que, no mercado ilícito, *“a potência do produto não é fixada”*, de forma que *“consumidores têm menos informação sobre ela e sobre ingredientes que são adicionados ao produto, e os produtores não podem ser responsabilizados legalmente tal como as empresas farmacêuticas”*. O economista esclarece ainda que *“80% das 3.000 mortes anuais associadas à heroína e cocaína são resultado da natureza ilegal do mercado, e não do uso da droga por si”*.

²⁶² Vide material elaborado pela CBDD (FERNANDES, *Op. cit.*).

²⁶³ HULSMAN, *Op. cit.* p. 79.

²⁶⁴ BEAUCHESNE, *Op. cit.* p. 41.

²⁶⁵ NADELMAN, E. *Apud.* BEAUCHESNE, *Op. cit.* p. 41.

²⁶⁶ THORNTON, *Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. [posição 2006].

A proibição, portanto, também acarreta o aumento de disponibilidade e de demanda de drogas de maior “potência”²⁶⁷.

A descaracterização do usuário a partir da Lei n. 11.343/2006 poderia ser vista como solução deste processo estigmatizante. Todavia, o legislador afastou a pena privativa de liberdade, mas manteve outras sanções e, portanto, o rótulo criminalizador. O consumo de drogas continua sendo considerado conduta típica, passível de repressão pelo sistema de justiça criminal.

Ainda, podem ser mencionadas as repercussões médicas colaterais da proibição. Neste sentido, relevante é o conteúdo do relatório (2018) da Comissão Global de Política de Drogas²⁶⁸:

Uma das consequências negativas do sistema internacional de controle de drogas, e seu duplo paradigma de proibição e punição, tornou-se mais clara nos últimos anos. Para a grande maioria da população mundial, dificulta o acesso a medicamentos, principalmente analgésicos e anestésicos, que aparecem simultaneamente na lista de modelos de medicamentos essenciais e nas listas de drogas ilegais. Este é um “dano colateral” dos 40 anos da “guerra às drogas”, ou uma “consequência não intencional” das convenções internacionais sobre drogas, para usar a terminologia da ONU [Tradução livre]²⁶⁹.

Assim, é possível concluir que a utilização da justiça penal retributiva para lidar com a situação-problema do uso de drogas é contraindicada, revelando-se indispensável a reflexão sobre a formulação e aplicação de alternativas a este paradigma retributivo. O uso do sistema penal como instrumento de saúde pública não se mostra minimamente razoável²⁷⁰. Em síntese, a proibição não é o melhor instrumento para a proteção da saúde.

²⁶⁷ “A potência dos narcóticos, cocaína, álcool e maconha aumentaram significativamente após o decreto da proibição. Nos Estados Unidos, durante o século XIX, o ópio foi praticamente substituído pela morfina e, posteriormente, a morfina pela heroína. A Coca-Cola original continha pequenas concentrações de cocaína. Na atualidade, a cocaína é vendida na forma de um pó de alta potência ou como pedras concentradas chamadas de crack. Durante a proibição, o consumo de cerveja despencou e o de bebidas destiladas e de aguardentes ilegais aumentou. A potência da maconha aumentou várias centenas de vezes após a promulgação de uma taxa “proibitiva” em 1937. Foram também criados os narcóticos sintéticos e as combinações de drogas, tais como a “speedball” (mistura de heroína e cocaína) ou a “moonshot (crack e PCP)”. (THORNTON, *Ibidem*. [posição 1987])

²⁶⁸ COMISIÓN GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS, 2018.

²⁶⁹ Tradução livre de: “Una de las consecuencias negativas del sistema internacional de fiscalización de drogas, y su doble paradigma de prohibición y castigo, se ha vuelto más clara en los últimos años. Para la gran mayoría de la población mundial, ésta dificulta el acceso a medicamentos, principalmente analgésicos y anestésicos, que aparecen simultáneamente en la lista modelo de medicamentos esenciales y en las listas de las drogas ilegales. Este es un “daño colateral” de los 40 años de la “guerra contra las drogas”, o una “consecuencia no intencionada” de las convenciones internacionales sobre drogas, para usar la terminología de la ONU”.

²⁷⁰ Leonardo Marcondes Machado (Op. cit. p. 39) ressalta que: “É preciso superar o mito de que o uso de drogas implica necessariamente abuso e, por conseguinte, uma situação de dependência, que

2.2.2 Economia

O modelo proibicionista de guerra às drogas tem a sua finalidade (eliminação da droga) conectada, invariavelmente, a desdobramentos econômicos, pois o que se quer controlar – mediante “*política de redução de oferta*” – é a produção, a comercialização e o uso de determinado bem de consumo, conforme se depreende da lição de Mark Thornton²⁷¹:

A proibição é projetada para reduzir a produção, a comercialização e o consumo de um bem com o objetivo final de extingui-lo. Apesar da proibição ser uma forma extrema e não usual de intervenção governamental, seus efeitos podem ser analisados dentro do marco de outras políticas intervencionistas tais como a taxação ou a regulação.

O que se deve analisar, portanto, é se o modelo proibicionista mostra-se adequado (ou não) a estes objetivos econômicos de redução de disponibilidade e de demanda.

A conexão entre repressão penal e economia é mais antiga do que aqui se poderia adequadamente mensurar. Foucault²⁷² aponta como importante marco da análise econômica da “*delinquência*” os aportes teóricos dos fisiocratas na segunda metade do Século XVIII.

Os economistas fisiocratas passaram a analisar o criminoso pelo ângulo da produção. O criminoso era definido pelos fisiocratas como “*inimigo da sociedade*”. A inserção da figura do inimigo mais uma vez se revela perceptível, neste caso com evidente viés econômico. De acordo com os fisiocratas – nas palavras de Foucault²⁷³ – “*é a própria posição do delinquente relativamente à produção que o define como inimigo público*”.

Por tal perspectiva, mais precisamente pelo texto de Le Trosne (referido por Foucault²⁷⁴), a “*vagabundagem*” era vista como “*categoria fundamental*” da

geraria inexoravelmente exclusão social e morte. O raciocínio não pode ser tão simplista. Há, sim, casos de uso problemático e, portanto, danos à saúde, porém isso nunca será tratado, de maneira adequada, pelo direito penal. A criminalização não é, nunca foi nem será, tratamento para quem quer que seja. Pelo contrário, apenas afasta o sujeito de qualquer tipo de assistência (física, psicológica ou de outra natureza) que se mostre necessária. Além, é claro, de aumentar a exposição a certas doenças pelo consumo de risco”.

²⁷¹ THORNTON, Op. cit. [versão eletrônica]. [posição 1664].

²⁷² LE TROSNE. Apud. FOUCAULT, Op. cit. p. 43.

²⁷³ Ibidem. p. 43.

²⁷⁴ Ibidem. p. 43.

criminalidade. Nesta compreensão do crime *“a vagabundagem é o elemento a partir do qual os outros crimes se especificarão. É a matriz geral do crime, que contém eminentemente todas as outras formas de delinquência”*. Nesta concepção *“o essencialmente punível está no fato de vaguar, de não estar fixado a uma terra, de não ser determinado por um trabalho”*.

Os *“vagabundos”*, de acordo com as teorias de Le Trosne, *“provocam a redução da produção e impedem certa produtividade”*, o que ocasiona problemas como o maior empobrecimento de uma determinada comunidade²⁷⁵.

As soluções propostas por Le Trosne para tratar o problema da *“vagabundagem”* bem expõem a atemporalidade do direito penal do inimigo. De acordo com Le Trosne ao vagabundo devem recair medidas extremas: escravização; autorização à comunidade para a autodefesa e recrutamento em massa para o trabalho²⁷⁶.

A questão econômica também se conecta à proibição das drogas. Este viés econômico da repressão pode ser percebido desde a repressão ao álcool no início do Século XX nos EUA. Neste sentido, Mark Thornton²⁷⁷ destaca as proposições teóricas de Irving Fisher.

Fisher *“promoveu afirmações de que a proibição reduziria a criminalidade, melhoraria o tecido moral da sociedade e aumentaria a produtividade e o padrão de vida”*. As teorias de Fisher *“pró-proibição”* eram baseadas em *“experimentos não controlados sobre o efeito do álcool na eficiência industrial”*²⁷⁸. Thornton²⁷⁹ sintetiza a experimentação de Fisher:

Tais experimentos foram realizados com base em de um a cinco indivíduos que consumiram altas doses de álcool antes de começarem a trabalhar. Esses “estudos”, alguns dos quais estavam baseados unicamente nos efeitos do álcool sobre o próprio experimentador, concluíram que a eficiência média era reduzida em 2% por dose de bebida. Fisher, então, presumiu uma dosagem de cinco doses por dia e concluiu pela perda total de eficiência por trabalhador em uma redução de 10% na eficiência. Se o consumo de álcool pelos trabalhadores pudesse ser reduzido a zero, estimou Fisher, o país poderia economizar pelo menos 5% da receita total, ou US\$ 3.300.000.000,00 (três bilhões e trezentos milhões de dólares).

²⁷⁵ LE TROSNE. *Apud*. FOUCAULT, *Op. cit.* p. 44.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 47-48.

²⁷⁷ FISHER, Irving. *Apud*. THORNTON, *Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. [posição 416].

²⁷⁸ *Ibidem*. [posição 631].

²⁷⁹ *Ibidem*. [posição 631].

Um dos principais opositores de Irving Fisher foi o economista Herman Feldman, autor da obra *“Prohibition: It’s Economic and Industrial Aspects”*. Feldman criticou as conclusões de Fisher, sustentando que seriam necessários experimentos em maior escala e sob condições controladas com maior rigor científico, sem o que seria impossível *“determinar o efeito das bebidas alcóolicas na eficiência industrial”*²⁸⁰.

Sobre o proibicionismo ao álcool, relevante colacionar a conclusão de Thornton²⁸¹, a partir da conjugação das variadas teorias econômicas: (a) a uma, *“o mercado negro continuou a crescer e a desenvolver-se apesar do aumento dos esforços de aplicação da lei e da reorganização da burocracia da proibição”*; (b) a duas, *“como os dados eram coletados ao longo de grandes períodos, tendências de aumento do consumo e do crime tornaram-se evidentes”*; (c) a três, *“quanto mais tempo se passava desde a implementação da proibição, mais conhecimento era difundido no que diz respeito às consequências adversas e à dificuldade de implementação”*.

Especificamente sobre o *“mercado das drogas”*, o economista Peter Reuter vem desenvolvendo inúmeros estudos nas últimas décadas, incluindo temáticas relacionadas ao custo das políticas de drogas e à relação entre repressão e preço de oferta. Reuter destaca que a questão da proibição deve ser analisada não por perspectiva ideológica, mas sim com base na avaliação dos dados disponíveis e com foco nas *“consequências da ilegalidade”*²⁸².

Entre as consequências econômicas mais evidentes, Reuter aponta a ampliação da violência, pois o custo do consumo de determinadas drogas, como heroína e cocaína, é muito alto (nos anos 1990: algo próximo a U\$\$ 15.000 por ano), além do que o uso da droga prejudica os aspectos relacionados ao trabalho. Neste cenário, a *“delinquência”* se mostra como caminho de obtenção de recursos para financiar o consumo da droga, resultando na expansão da violência urbana²⁸³.

Outra consequência econômica²⁸⁴ consiste na cooptação de indivíduos mais carentes para a prática do tráfico, notadamente porque o mercado ilícito viabiliza ganhos

²⁸⁰ FELDMAN, Herman. *Apud*. THORNTON, *Op. cit.* [posição 648].

²⁸¹ *Ibidem*. [posição 725].

²⁸² MISSE, Michel; LESSING, Benjamin; *et. al.* Mercados ilegais e desorganizados: entrevista com Peter Reuter. **Dilemas**: revista de estudos de conflito e controle social. v. 2. n. 4. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009. p. 161.

²⁸³ REUTER, Peter. **Evaluando la política de drogas de los Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2008. p. 05. Disponível em: <http://www.herbogeminis.com/IMG/pdf/peter_reuter_espanol.pdf>. Acesso em 20.12.2018.

²⁸⁴ REUTER, 2008.

econômicos significativos. Neste mesmo sentido é a lição de Burgierman, o qual destaca que o “*mercado remunera o risco*”²⁸⁵.

Reuter também analisa a correlação entre aumento da repressão e eventual aumento dos preços das drogas. Esta análise se justifica tendo em vista que o maior preço da droga em tese importaria em redução da demanda. Contudo, a conclusão de Reuter – ao analisar dados dos anos 1970 a 2005 – foi no sentido de que o aumento da repressão não acarretou o aumento do preço da droga, mas sim a sua redução²⁸⁶.

Ainda, se o objetivo econômico da repressão se liga à redução da demanda por drogas, o que se percebe – em sentido oposto – é que a demanda vem se expandindo ao longo das últimas décadas²⁸⁷.

O que se deprende da perspectiva econômica sobre drogas, portanto, é que a repressão não se mostra adequada à redução da demanda, em verdade pode inclusive incrementar a demanda e a prática de inúmeros crimes correlatos. Relevante se faz, inclusive, a análise dos efeitos colaterais da proibição como o aumento da violência e a inflação do sistema carcerário.

2.2.3 Violência

A proibição é incapaz de eliminar a demanda por drogas, de forma que, não sendo possível a satisfação de tal demanda por mercados lícitos, o espaço de controle produtivo e comercial é preenchido por organizações criminosas, que disputam territórios e rotas de distribuição.

O problema é que a atuação destas organizações criminosas gera o incremento da violência urbana. Neste sentido é a advertência da Comissão Global de Política de Drogas²⁸⁸:

No entanto, existe uma demanda por drogas e, se não for satisfeita por meios legais, ficará satisfeita com o mercado ilegal. A proibição permitiu que

²⁸⁵ BURGIERMAN, *Op. Cit.* p. 15.

²⁸⁶ REUTER, 2008. p. 10.

²⁸⁷ Sobre a expansão da demanda, Reuter (2008. p. 04) apresenta alguns números dos EUA, no ano 2000: “*En el año 2000, según los cálculos del gobierno federal, existían cerca de 1 millón de usuarios crónicos de heroína, 2,7millón de usuarios crónicos de cocaína y 600.000 usuarios crónicos de meta-anfetamina. Un número mucho mayor – unos 5 millones – correspondía a los usuarios dependientes de la marihuana, aunque esto se asociaba a problemas mucho menos relevantes*”.

²⁸⁸ COMISSION GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS, 2018. p. 06.

organizações criminosas controlassem toda a cadeia de drogas. Todas as regiões do mundo sofrem: violência induzida por guerras territoriais sobre áreas de produção e rotas de trânsito, corrupção e conluio de instituições estatais e lavagem de dinheiro de drogas, que prejudica a economia legal e o funcionamento das instituições democráticas [Tradução livre]²⁸⁹.

De acordo com Burgierman²⁹⁰, *“o sistema que criamos para lidar com as drogas remunera melhor quem está disposto a cometer mais atos de violência; [...] quanto mais truculento alguém for, mais bem-sucedido será”*. Por tal razão é que a proibição do álcool – de base destacadamente religiosa – não funcionou na prática; o que também se observa com relação às drogas.

A fim de ilustrar a falha da “Lei Seca” norte-americana, Burgierman²⁹¹ se vale do exemplo de Al Capone. Segundo o Autor, a proibição ao álcool acabou criando uma série de incentivos para que *“um sujeito completamente desajustado, filho de um lar desestruturado, truculento e estúpido, incapaz de sentir compaixão ou medo, se tornasse aos 26 anos um dos homens de negócio mais bem-sucedidos dos Estados Unidos”*. Leonardo Marcondes Machado²⁹² também traça paralelo entre o proibicionismo contemporâneo às drogas e a “Lei Seca”:

Quando ambos os mercados estavam debaixo do proibicionismo, a violência imperava. Tal qual ocorre atualmente nas “bocas de tráfico”, sucedia nas “fábricas de bebidas”. Basta se lembrar do famoso Al Capone (“Scarface”), o gângster mais conhecido da história. Hoje, vencido o proibicionismo no enfrentamento do álcool, alguém por acaso ainda vê tiros e mortes nas portas dessas fábricas? Não. Mas por quê? Justamente por causa da sua regulação. Este é o ponto.

O problema da violência decorrente do tráfico de drogas é ainda mais grave em países com instituições fracas e economia ainda em desenvolvimento. A fim de demonstrar a maior nocividade das organizações criminosas nestas hipóteses, Burgierman se vale do exemplo de Tijuana²⁹³, cidade que, em determinado momento

²⁸⁹ Tradução livre de: *“Sin embargo, existe una demanda de drogas y si no se satisface por medios legales, será satisfecha por el mercado ilegal. La prohibición ha permitido a las organizaciones criminales controlar toda la cadena de drogas. Todas las regiones del mundo sufren: violencia inducida por guerras territoriales sobre áreas de producción y rutas de tránsito, corrupción y colusión de instituciones estatales y lavado de dinero proveniente de la droga, que daña la economía legal y el funcionamiento de las instituciones democráticas”*.

²⁹⁰ BURGIERMAN, Op. cit. p. 16-17.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² MACHADO, Leonardo Marcondes. Op. cit. p.44.

²⁹³ *“Não há como ter certeza sobre os números, porém as estimativas mais radicais dizem que, em determinado momento, 80% da economia de Tijuana tinha alguma ligação com o tráfico, seja pagando por proteção, seja lavando dinheiro para legitimar fortunas ilegais. O tráfico é uma chaga em qualquer país, mas, em lugares com instituições mais fracas e economias menores, é muito mais nocivo, porque o poder dos traficantes, turbinado pelo dinheiro do mercado consumidor de países ricos, rapidamente torna-se maior que o do próprio governo. O tsunami de dinheiro que as drogas geraram acabou*

histórico, teve praticamente a íntegra de sua economia movimentada pelo narcotráfico.

Peter Reuter²⁹⁴ trata da questão do México, sustentando que *“o fracasso da repressão maciça pelo governo mexicano é indicativo dessa dificuldade. De fato, por várias razões descritas acima, a repressão em si é provavelmente uma das principais causas do aumento da violência”* [Tradução livre]²⁹⁵.

Mark Thornton²⁹⁶ sustenta, por sua vez, que há relação direta entre o aumento de preços de drogas – decorrente da proibição – e o incremento da *“criminalidade e da corrupção política”*.

O que se percebe, portanto, é que a proibição às drogas não inibe a violência urbana, ao contrário, resulta na ampliação da atuação de organizações criminosas que atuam com violência crescente.

2.2.4 Sistema Penitenciário

O proibicionismo contribui para a inflação populacional do sistema penitenciário. Denis Russo Burgierman²⁹⁷ leciona no sentido de que uma das consequências do proibicionismo é a de que *“as cadeias lotam”*, o que seria um efeito óbvio. De acordo com Burgierman, ao analisar estatísticas prisionais dos EUA, *“nos anos 1970, quando a guerra contra as drogas começou de verdade, havia pouco mais de 300 mil prisioneiros no país todo; em 1998, o número chegou a 1,8 milhão”*.

conectando todos os escroques da região, que com isso dominaram o submundo, controlando tudo o que ficava nas sombras, do lixo ao financiamento de campanhas eleitorais. O crime ganhou então uma “capacidade de realização” de fazer inveja às grandes empresas privadas”. (BURGIERMAN, *Op. cit.* p. 18)

²⁹⁴ REUTER, Peter. Systemic violence in drug markets. **Crime Law Soc Change**. Springer Sciency, 2009. Disponível em: <http://faculty.publicpolicy.umd.edu/sites/default/files/reuter/files/systemic_violence.pdf>. Acesso em 04.08.2018.

²⁹⁵ Tradução livre de: *“the failure of the massive crackdown by the Mexican government is indicative of that difficulty. Indeed, for a variety of reasons described above, the crackdown itself is probably one of the principal causes of the upsurge of violence”*.

²⁹⁶ THORNTON, *Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. [posição 245].

²⁹⁷ BURGIERMAN, *Op. cit.* 21.

De acordo com Burgierman²⁹⁸, *“uma pessoa é presa nos Estados Unidos por causa de maconha a cada 45 segundos, e mais da metade de todos os detidos no país inteiro é gente que cometeu crimes ligados a drogas”*.

A situação brasileira não é diferente. No ano de 1965 o Brasil tinha uma população carcerária de 23.385 pessoas. Em 2016 (ano do último levantamento disponível realizado pelo INFOPEN), a população carcerária era de 726.712 pessoas (31 vezes maior). Poder-se-ia argumentar que a consideração de números absolutos não seria significativa, em vista do aumento, também, da população. Contudo, a análise dos números relativos (presos para cada 100 mil habitantes) também revela aumento extremamente significativo do número de encarcerados. Em 1965 eram 28 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2016 este número aumentou para 347 (12 vezes maior)²⁹⁹.

Ainda sobre a situação brasileira, relevante considerar o aumento da população carcerária após a edição da Lei n. 11.343/2016, conforme se depreende da lição de Szabó e Risso³⁰⁰:

A lei também aumentou a pena de prisão para traficantes, mas, ainda que mencione critérios como a natureza da substância portada e sua quantidade, não apresenta parâmetros objetivos para orientar a distinção entre uso e tráfico. A ausência dessa diferenciação objetiva gerou uma explosão no número de pessoas presas por tráfico. Enquanto a população carcerária cresceu 43,07% do final de 2006 até 2014, o número de presos por tráfico de drogas aumentou 132,34%. Isso gerou um acréscimo tanto do número total de presos no sistema quanto do tempo que eles permanecem na prisão.

O que se percebe é que o aparente avanço da legislação sobre drogas em verdade repercutiu no aumento do número de presos, em decorrência, sobretudo, na ausência de critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes, o que acarreta atuação ainda mais seletiva do sistema penal.

Muito embora se tenha feito referência aos casos do Brasil e dos EUA, o incremento da população prisional após o proibicionismo mostra-se como realidade global.³⁰¹

²⁹⁸ BURGIERMAN, *Op. cit.* 21.

²⁹⁹ Dados extraídos de: ICPR/BIRKBECK. **World Prison Brief data**: Brasil. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em 24.11.2018.

³⁰⁰ SZABÓ; RISSO, *Op. cit.* p. 91.

³⁰¹ Neste sentido é a lição de Escobedo (Op. cit. 07): *“Quizá por eso, la delincuencia ligada directa o indirectamente a drogas ilícitas constituye el capítulo penal singular más importante en gran parte de los países del mundo y, desde luego, en los que se llaman avanzados, donde alcanza cotas próximas a tres cuartas partes de todos los reclusos. En los siglos XVIII y XIX lo equivalente a esta proporción correspondía a disidencia política, y del XIV al XVII a disidencia religiosa”*. Tradução livre: *“Talvez seja por isso que o crime ligado direta ou indiretamente a drogas ilícitas é o capítulo criminal mais importante*

A inflação carcerária – enquanto fato social – acarreta uma série de ônus que não podem ser desconsiderados. De acordo com Burgierman³⁰², a população que clama por vingança contra traficantes, vistos como “*vampiros*” ou “*seres malignos*”, não se atenta para o detalhe de que orçamento do país é “*finito*”, não sendo razoável “*gastar uma fortuna com prisões*” e ter que economizar em várias áreas importantes.

Segundo o Autor, “*enquanto nossas forças policiais se esfalfam para enxugar gelo, prendendo traficantes todos os dias, 99% dos homicídios cometidos nem sequer são investigados*”. Ou seja, o foco da repressão está deslocado daquilo que realmente é importante; a “*política de tolerância zero com as drogas na verdade é uma política de tolerância total com o crime*”³⁰³.

A superpopulação carcerária é um dos graves problemas político-criminais contemporâneos e a sua conexão com a “*guerra às drogas*” não pode ser desconsiderada enquanto elemento pragmático revelador da crise paradigmática do proibicionismo.

2.3 INADEQUAÇÃO DOGMÁTICA

Muito embora a crítica criminológica aponte para a crise de legitimação do direito penal, não é possível dispensar a análise dogmática do proibicionismo. De toda forma, é preciso pensar a dogmática jurídico-penal não como mero conjunto normativo de instrumentalização da punição, mas sim enquanto aparato de limitação do poder punitivo estatal, através da preservação de garantias e do respeito aos direitos fundamentais.

Neste sentido, Mário Ramidoff³⁰⁴ afirma que “*o direito funciona como regra básica do jogo social, o que por si só demanda responsabilidade ética para a formação e manutenção de um poder diferenciado estruturante, que, entretanto, não deixa de ser também dominante*”. Neste contexto, o “*saber jurídico*” é importante instrumento

na maioria dos países do mundo e, claro, naqueles que são chamados de avançados, onde atinge níveis próximos a três quartos de todos os presos. Nos séculos XVIII e XIX, o equivalente dessa proporção correspondia à dissidência política e, do XIV ao XVII, à dissidência religiosa”.

³⁰² BURGIERMAN, Op. cit. p. 22.

³⁰³ Ibidem. p. 22.

³⁰⁴ RAMIDOFF, 2007. p. 43.

de outorga de poder social cujo sentido profundo deve ser a tarefa de se postar sempre “*a serviço da emancipação humana, enquanto condição basilar da dignidade da pessoa humana*”.

Ainda de acordo com Ramidoff³⁰⁵, “*o poder para ser aceito não opera sem que esteja legitimado*”. Por esta perspectiva, destacam-se os limites impostos constitucionalmente na efetivação da dignidade da pessoa humana.

As proposições dogmáticas podem funcionar como limites ao sistema penal e ao proibicionismo, notadamente quando se busca compreender a dimensão material protetiva de bem jurídico e/ou se coloca em evidência os princípios de efetivação de um direito penal garantista.

A existência de parâmetros dogmáticos – direcionados à preservação de direitos fundamentais –, limitativos do *jus puniendi*, constitui ferramenta para a evitação do arbítrio e redução da seletividade operada pelo sistema penal. Tanto as escolhas da criminalização primária quanto a incidência da criminalização secundária devem ser confrontadas com estes parâmetros, a fim se verificar a adequação (ou não) da atuação estatal.

Para os fins específicos da vertente pesquisa, o que se pretende investigar é se o proibicionismo guarda adequação (ou não) à dogmática jurídico-penal de cunho constitucional e garantista.

De acordo com Antonio Escotado³⁰⁶, a guerra às drogas é inconciliável com o direito contemporâneo e com a estrutura constitucional, pois, entre outras coisas, “*requiere intervención del ejército en áreas civiles, presunción de culpa en vez de inocencia, validez para mecanismos de inducción al delito, suspensión de la inviolabilidad del domicilio sin orden de registro*”³⁰⁷.

Esta incompatibilidade narrada por Escotado bem revela que os limites normativos penais e processuais penais – e de base constitucional – não servem como fundamentos do proibicionismo; ao contrário, indicam que a “*guerra às drogas*” não se adequa aos contrornos jurídico-dogmáticos limitativos do *jus puniendi*. A dogmática,

³⁰⁵ RAMIDOFF, 2007. p. 43.

³⁰⁶ ESCOTADO, *Op. cit.* p. 06.

³⁰⁷ Tradução livre: “*requer intervenção do exército em espaços civis, presunção de culpa ao invés de inocência, validação para mecanismos de indução ao delito, suspensão da inviolabilidade de domicílio sem ordem judicial*”

portanto, pode ter importante papel na transformação do sistema penal. Neste sentido é a lição de Fábio da Silva Bozza³⁰⁸:

[...] Temos que, primeiro, pensar na função da dogmática penal, num contexto político, e não meramente jurídico, como o fazem a maior parte da doutrina. Segundo, pensar em como, dentro da dogmática penal, trabalhar os elementos do fato punível, de forma a reduzir a possibilidade de determinada conduta poder ser declarada como crime. Por fim, analisaremos, especificamente, a culpabilidade, propondo uma forma de se aplicar materialmente o princípio constitucional da igualdade na teoria jurídica do crime.

Assim, relevante se mostra a análise da (in)adequação do proibicionismo aos contornos de uma dogmática jurídico-penal voltada à preservação dos direitos fundamentais, com ênfase na dignidade humana.

2.3.1 Bem Jurídico

Importante questão a ser proposta sobre o direito penal é a de saber se ele possui uma função. A criminologia crítica afirma que esta função é a de exercer controle social. No campo dogmático, as teorias contemporâneas do “*bem jurídico*” sustentam que a função é a de tutelar os bens jurídicos relevantes ao exercício da vida digna em sociedade. O que se percebe, portanto, é que há tensão dialética nas respostas, as quais variam a depender das percepções sobre funções “*declaradas*” e “*obscuras*”.

A estruturação conceitual do direito penal não é tarefa simples, muito menos pacífica. O direito penal, observado sob viés crítico, normalmente é apontado como instrumento de controle social. Conceituar ou compreender a função/missão do direito penal é, portanto, uma questão de perspectiva.

Tanto é assim que Nilo Batista³⁰⁹ aponta a existência de uma espécie de “*missão secreta*” do direito penal. Batista afirma que “*efeitos sociais não declarados da pena (estigmatização, controle do exército industrial de reserva, criação de bodes*

³⁰⁸ BOZZA, Fábio da Silva. **Finalidades e fundamentos do direito de punir**: do discurso jurídico ao criminológico [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: UFPR, 2005. p. 124. Disponível em: <<https://acervo.digital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2918/R%20%20D%20%20FABIO%20DA%20SILVA%20BOZZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 04.07.2018.

³⁰⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 113.

expiatórios, retroalimentação de autoritarismos etc) também configuram, nessas sociedades, uma espécie de missão secreta”.

Contudo, da mesma forma que foi analisada a ilegitimidade do proibicionismo pela perspectiva criminológica, o que se pretende fazer agora é a análise da (in)adequação do proibicionismo às funções “*declaradas*” do direito penal. Ou seja, é preciso saber o que quer o direito penal e, também, perquirir se a proibição está (ou não) de acordo com este querer.

Sobre a importância de se compreender o sentido exato do direito penal, relevante a lição de Zaffaroni³¹⁰:

O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do “ser” e refugiar-se ou isolar-se no “dever ser” porque para que esse “dever ser” seja um “ser que ainda não é” deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é, num embuste. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício do poder.

O direito penal – a se guiar pelo princípio da intervenção mínima e por perspectiva funcionalista teleológica – tem por função a tutela de bens jurídicos relevantes contra agressões perpetradas por terceiros.

Boa parte da doutrina (dogmática) contemporânea se vale da “*figura*” do bem jurídico relevante como elemento essencial para delimitar a amplitude da tutela penal. Enfim, o bem jurídico ou constitui fundamento penal, ou ao menos representa interessante barreira de limitação ao poder punitivo. Esta perspectiva limitativa do direito penal está de acordo com as proposições do “*garantismo*”³¹¹ de Luigi Ferrajoli³¹².

Luigi Ferrajoli afirma que a lesão a um bem jurídico³¹³ “*condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo*”. Ainda de acordo com o Autor, deve haver separação axiológica entre direito e moral, sendo que “*a lei penal tem o dever de*

³¹⁰ ZAFFARONI, 1991. p. 19.

³¹¹ Alguns criminólogos críticos e/ou pensadores abolicionistas são críticos do “garantismo”, pois sustentam que ele funcionaria como instrumento de legitimação do direito penal, enquanto este não teria como ser legitimado.

³¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juárez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

³¹³ Ferrajoli posiciona o bem jurídico enquanto essência do Direito Penal: “*sob este aspecto, ao menos a partir de uma ótica utilitarista, a questão do bem jurídico lesionado pelo delito não é diferente da dos fins do direito penal: trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar*”. (*Ibidem*. p. 374)

*prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições*³¹⁴.

Claus Roxin³¹⁵, por sua vez, leciona no sentido de que as proibições estabelecidas no âmbito penal não se dão por escolha livre do legislador, de forma que não se justificam previsões repressivas para comportamentos meramente imorais ou indesejados (críticas políticas, uso de drogas, etc.). A previsão de tipos penais deve se ater a limites, os quais devem ser deduzidos das finalidades do direito penal. O referido Autor considera que o direito penal tem a finalidade de *“garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”*. Com base neste raciocínio, os limites penais ficam atrelados à característica de *“proteção subsidiária de bens jurídicos”*³¹⁶.

A doutrina brasileira também se utiliza do bem jurídico como importante referencial limitativo do poder punitivo estatal, conforme se depreende da lição de René Ariel Dotti³¹⁷:

A missão do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas (incriminatórias, sancionatórias e de outra natureza), definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e a outros bens declarados e protegidos pela Constituição.

Em linha similar, Juarez Tavares³¹⁸ considera o bem jurídico como elemento essencial, limitador da estruturação normativa. De acordo com o Autor: *“o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo”*. Desta forma, eventuais normas incriminadoras que não guardem relação com a proteção clara de determinado bem jurídico são inválidas. Existência e lesividade ao bem jurídico são, portanto, *“pressupostos indeclináveis do injusto penal”*.

O bem jurídico pode ser compreendido, portanto, como importante elemento de delimitação conceitual do direito penal e, por consequência, de limitação do exercício do poder punitivo estatal, seja na criminalização primária ou na secundária.

³¹⁴ FERRAJOLI, 2002. p. 374.

³¹⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et alii. Madrid: Civitas, 2003. p. 31-35.

³¹⁶ *Ibidem*. p. 31-35.

³¹⁷ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 85.

³¹⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Rio de Janeiro: DelRey, 2002. p. 199.

Ainda que não se ignore as correntes penais contrárias, a exigência de risco ou lesão a bem jurídico é componente essencial da dogmática penal contemporânea. De acordo com Ávila e Carvalho³¹⁹:

Criminalizações sem bem jurídico significam, em verdade, mera tutela da própria vigência normativa, com independência de suas bases concretas (materiais ou imateriais) relacionadas à vida em sociedade. Por essa razão, uma das mais relevantes funções assinaladas à teoria do bem jurídico é precisamente desmascarar falsos bens jurídicos e, conseqüentemente, desnudar a desnecessidade da intervenção jurídica.

Com base nesta premissa é necessário questionar: qual bem jurídico está sob proteção através da criminalização do uso de drogas?

A realização de tal questionamento é essencial, pois, a partir da resposta a ser encontrada, pode-se estabelecer importante reflexão sobre a adequação ou inadequação dogmática do proibicionismo.

Contudo, antes de se investigar as respostas possíveis, duas ponderações iniciais são pertinentes:

Em primeiro lugar: é preciso esclarecer que a proteção penal se refere a bem jurídico de terceiros e não do próprio sujeito que realiza a conduta. O direito penal não pune aquilo que a pessoa faz consigo própria; para exemplificar: são impuníveis a tentativa de suicídio e a autolesão. Neste contexto, o poder punitivo não pode se voltar contra as escolhas morais, religiosas ou políticas do indivíduo. Aquilo que o indivíduo faz consigo próprio, ainda que o prejudique, mas que não prejudique terceiros, não interessa ao direito penal. A conduta penalmente relevante é aquela que tem alteridade.

Em segundo lugar: o conceito de bem jurídico deve seguir delimitação estrita e não figurar como reflexo de meras construções linguísticas despidas de substrato material ou representativas de funções administrativas estatais. Aberturas conceituais generalizantes na definição de bens jurídicos podem resultar na criminalização de toda e qualquer conduta, o que afeta o sentido do uso do bem jurídico enquanto ferramenta de delimitação do poder punitivo. Expressões como “*segurança pública*”, “*saúde pública*” e “*paz pública*” constituem fins sociais gerais (de promoção estatal) e não bens jurídicos precisos e delimitados.

³¹⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 225.

De um lado, parcela da doutrina – e da jurisprudência – sustenta que o uso de drogas afeta o bem jurídico “saúde pública”, mas, conforme a ponderação anterior, tal conceito não tem mínima delimitação material e, de forma erística, poderia ser utilizado para sustentar a reprovação penal de várias e várias condutas que na atualidade são permitidas. O uso do álcool é permitido e o alcoolismo, em tese, afeta a saúde pública. As pessoas podem se alimentar da forma que quiserem, mesmo que a obesidade represente uma das condições mais lesivas à saúde humana na atualidade. A proibição de tais comportamentos, contudo, não encontra – e não encontraria – respaldo social.

De outro lado, a doutrina crítica ao proibicionismo sustenta que o uso de drogas não afeta nenhum bem jurídico e, ainda que potencialmente prejudicial, o prejuízo é experimentado pelo próprio indivíduo. Desta forma, o proibicionismo revelaria repressão meramente moral, despida de conteúdo jurídico, inadequada aos limites dogmático-penais. Neste sentido, relevante é a lição de Ávila e Carvalho³²⁰:

Nos delitos constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), as criminalizações são vinculadas a um suposto bem jurídico, a saúde pública. Trata-se, porém, de um falso bem jurídico-penal. O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual.

Não se ignora que o direito penal tem caminhado para a tutela de bens jurídicos supra-individuais. Mas, conforme sustentam Lopes e Pêcego³²¹, o consumo de drogas não é aflitivo a direito de conteúdo supra-individual; o que se tem, em verdade, é que o Estado quer exercer uma função regulatória administrativa que lhe incumbe (promoção da saúde pública) através do direito penal³²².

³²⁰ ÁVILA; CARVALHO. *Op. cit.* p. 655.

³²¹ LOPES, Luciano Santos; PÊCEGO, Antonio J. de F. A inconstitucionalidade da criminalização da posse para uso de entorpecentes: a questão do bem jurídico protegido. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 476.

³²² “Trata-se de constatar que não há bem jurídico a ser protegido. Há efetivamente uma ordem estatal (através da proibição típica) de respeito (e, portanto, de auxílio) a uma função regulatória sua (Estado): apresentar políticas públicas de promoção e preservação de saúde dos indivíduos. E, evidentemente, a questão das drogas se encaixa nessa função administrativa. Tal como as políticas destinadas ao consumo do tabaco e da bebida alcoólica, o consumo de drogas também deve ser compreendido pelo Estado nesse viés de saúde. Trata-se, pois, de uma questão de política pública de saúde. Mas, definitivamente, não é tema para o Direito Penal. Não há bem jurídico a ser protegido no uso de drogas. Trata-se apenas de uma proteção da destacada função administrativa estatal”. (*Ibidem*. p. 486)

O fato de que o Estado deve realizar a promoção da saúde pública não lhe confere legitimidade para se servir do direito penal na instrumentalização de tal função administrativa.

Outro aspecto merece aqui ser enfrentado. O debate político sobre a questão das drogas inclui, entre as suas pautas, a tese do risco indireto, consistente na hipótese de que a pessoa sob a influência da droga possa agir de forma violenta e/ou criminosa. Por esta perspectiva, a repressão penal estaria protegendo, de forma indireta, variados bens jurídicos. Tal argumento não tem adequação dogmática, pois o exercício repressivo atingiria o indivíduo não pelo seu comportamento criminoso, mas sim por uma hipótese de concretização incerta; a punição recairia sobre o indivíduo por sua condição pessoal, em verdadeira retomada de um direito penal de autor.

2.3.2 Direitos Fundamentais e Garantias

O direito penal não pode desrespeitar os preceitos constitucionais. Desta forma, lhe cabe conciliar a proteção a bens jurídicos com o respeito aos direitos fundamentais. Ana Paula de Andrade³²³ afirma que “*o respeito da disciplina jurídico-penal aos cânones constitucionais simboliza a impossibilidade do retrocesso em matéria de direitos fundamentais*”. A Constituição deve funcionar como uma barreira ao arbítrio do sistema penal³²⁴.

Neste sentido, Zaffaroni³²⁵ sustenta que “*a melhor garantia da eficácia do direito penal – até onde ela pode ser exigida – é o respeito aos direitos fundamentais*”. Isto porque, a violação a tais direitos acaba obscurecendo e desacreditando “*qualquer intervenção penal*”. Na medida em que os direitos fundamentais devem ser

³²³ ANDRADE, Ana Paula de. A atuação do Supremo Tribunal Federal na lei 11.343 entre 2006 e 2016: leituras constitucionais – entre o proibicionismo e os direitos fundamentais. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 536.

³²⁴ Lopes e Pêcego falam sobre a necessidade de se “*refletir acerca de um modelo constitucional de tutela penal: subsidiário, respeitador dos princípios e valores constitucionais, e que se pautar pela proteção de bens jurídicos (como função legitimadora da intervenção punitiva)*”. (LOPES; PÊCEGO, *Op. cit.* p. 476.)

³²⁵ ZAFFARONI, 1997. p. 187.

preservados pelo Estado, não se mostra razoável que tal Estado acabe por violá-los através de um sistema penal arbitrário.

O direito penal, portanto, não pode se contrapor aos direitos fundamentais e às garantias correlacionadas. O indivíduo deve ter um mínimo de proteção “*contra o arbítrio e o erro penal*”³²⁶.

De acordo com o “*modelo garantista*”, estabelecido por Luigi Ferrajoli, dez seriam as “*condições, limites ou proibições*” que funcionariam como garantias do cidadão. A uma, “*não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito*”. A duas, a conduta deve estar prevista na lei como delito. A três, deve haver necessidade (justificativa) para a proibição e punição. A quatro, a conduta precisa ter sido lesiva para terceiros. A cinco, a ação criminosa tem de ter caráter externo ou material. A seis, o indivíduo tem de ser imputável e culpável. A sete, o crime deve ser provado. A oito, o processo deve ser público e julgado por juiz imparcial. A nove, devem ser observados o contraditório e a ampla defesa. A dez, deve ser respeitado o devido processo legal³²⁷. O modelo garantista pressupõe, portanto, garantias materiais e formais.

Em linha similar, Alessandro Baratta³²⁸ discorre sobre os princípios intrassistemáticos de uma mínima intervenção penal, com base na perspectiva de máximo respeito aos direitos humanos. De acordo com o autor, os princípios intrassistemáticos podem ser divididos em: (a) de limitação formal; (b) de limitação funcional; (c) de limitação pessoal.

Com relação aos princípios de limitação formal, Baratta³²⁹ se refere aos seguintes: (a.1) princípio da reserva da lei; (a.2) princípio da taxatividade; (a.3) princípio da irretroatividade; (a.4) princípio do primado da lei penal substancial³³⁰; (a.5) princípio da representação popular.

Os princípios de limitação funcional: (b.1) princípio da resposta não contingente³³¹; (b.2) princípio da proporcionalidade abstrata; (b.3) princípio da

³²⁶ FERRAJOLI, 2002.

³²⁷ *Ibidem.* p. 83.

³²⁸ BARATTA, 1987.

³²⁹ *Ibidem.*

³³⁰ Este princípio “*tem o propósito de assegurar a extensão das garantias contidas no princípio da legalidade à situação do indivíduo em cada um dos subsistemas em que pode ser subdividido o sistema penal. Isto é, ante a ação da polícia, dentro do processo e na execução da pena*”. (*Ibidem.*)

³³¹ De acordo com Baratta (*Ibidem.*): “*A lei penal é um ato solene de resposta aos problemas sociais fundamentais que se apresentam como gerais e duradouros em uma sociedade. O procedimento que conduz a essa resposta deve compreender um exaustivo debate parlamentar e deve estar*

idoneidade³³²; (b.4) princípio da subsidiariedade; (b.5) princípio da proporcionalidade concreta ou de adequação do custo social; (b.6) princípio da implementação administrativa da lei³³³; (b.7) princípio do respeito pelas autonomias culturais; (b.8) princípio do primado da vítima.

E os princípios gerais de limitação pessoal: (c.1) princípio da personalidade; (c.2) princípio da responsabilidade pelo fato; (c.3) princípio da exigibilidade social do comportamento conforme a lei.

Tanto o modelo garantista de Ferrajoli quanto o minimalista de Baratta buscam conectar a dogmática jurídico-penal aos direitos fundamentais, conferindo limitação de base constitucional à intervenção punitiva.

Destarte, quando se confronta a proibição às drogas com as premissas estabelecidas por Ferrajoli ou com os princípios descritos por Baratta, o que se extrai é que a tipificação penal do consumo de drogas não se mostra adequada aos limites “*garantistas*” e/ou “*minimalistas*” de uma dogmática jurídico-penal racionalizada constitucionalmente.

A questão da necessidade de lesão a bem jurídico (caráter material) já foi objeto de análise, mas destaca-se aqui que tal lesão deve ser a direito alheio (alteridade). Sobre este aspecto, relevante é a lição de Escotado³³⁴:

A natureza muito especial de tais crimes pode ser vista no fato de que o ofensor e a vítima podem (e geralmente) ser a mesma pessoa, já que a orientação aqui é proteger o sujeito de si mesmo, em um grau ou força, conforme exigido pela lei, como quando se exige o uso de cinto de segurança para motoristas de automóveis [Tradução livre]³³⁵.

A intervenção penal só se mostra razoável quando estritamente necessária, conforme sustenta Ferrajoli; por esta perspectiva, não faz sentido que um

acompanhado de uma profunda análise no âmbito dos partidos políticos e de uma ampla discussão pública”.

³³² “Esse princípio obriga o legislador a realizar um atento estudo dos efeitos socialmente úteis que cabe esperar da pena: somente subsistem as condições para sua introdução se, à luz de um rigoroso controle empírico baseado na análise do efeitos de normas similares em outros ordenamentos, de normas análogas do mesmo ordenamento e em métodos atendíveis de prognose sociológica, aparece provado ou altamente provável algum efeito útil na relação das situações em que se pressupõe uma grave ameaça aos direitos humanos”. (BARATTA, 1987.)

³³³ Tal princípio, de acordo com Baratta (*Ibidem.*) conecta-se com a implementação de mecanismos de redução da seletividade penal.

³³⁴ ESCOTADO, *Op. cit.* 07.

³³⁵ Tradução livre de: “La especialísima naturaleza de semejantes delitos se observa en el hecho de que delincuente y víctima pueden (y suelen) ser una idéntica persona, pues la orientación del derecho aquí es proteger al sujeto de si mismo, de grado o por fuerza, como cuando exige el uso del cinturón de seguridad en los conductores de automóviles”.

comportamento que não lesa ou coloca em risco (concreto) bem jurídico alheio tenha por resposta a incidência punitiva.

De acordo com o princípio da “*idoneidade*” descrito por Baratta, o legislador deve buscar analisar ampla gama de conhecimentos para concluir pela utilidade (pragmatismo) da repressão penal de determinado comportamento. Com relação às drogas, os estudos mais recentes indicam que a proibição não se mostra como a medida mais adequada, o que revela a carência de idoneidade da repressão penal.

Ademais, a intervenção do sistema penal não pode criar problemas mais graves do que a própria conduta que pretende reprimir. Neste sentido é a lição de Alessandro Baratta³³⁶ sobre o “*princípio da proporcionalidade concreta*” (ou princípio da adequação do custo social):

Por outro lado, existem casos muito evidentes nos quais a introdução de medidas penais produz problemas novos e mais graves que aqueles que a pena pretende resolver (pense-se na criminalização da interrupção da gravidez) e nos quais essa pode ser considerada como uma variável essencial na estrutura de um problema social complexo. Deve-se refletir, nessa perspectiva, sobre a criminalização do uso do álcool em tempos passados e sobre o que hoje constitui a proibição de estupefacientes. Sabemos, pois, que a criminalização e a proibição são os fatores principais dos quais dependem a estrutura artificial do mercado de drogas e que, por sua vez, determina, em torno da sua produção e da sua circulação, formas ilegais de acumulação e uma criminalidade organizada de extrema relevância; por outra parte, como se sabe, a proibição faz mais grave e perigoso o uso da droga para os consumidores.

A repressão às drogas cria problemas mais graves do que os efeitos destas. O mercado ilícito da droga gera estruturas de poder paralelas e o consequente incremento da violência, além da inflação populacional do sistema penitenciário, consequências estas que possuem altos custos sociais e econômicos.

O que se conclui é que o paradigma proibicionista de repressão penal às drogas não possui adequação a um modelo dogmático jurídico-penal de efetivação de direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

³³⁶ BARATTA, 1987. p. 9-10.

3 ALTERNATIVAS AO PROIBICIONISMO

O modelo bélico repressivo de “*guerra às drogas*” se encontra em crise. Esta é a hipótese provisória depreendida do capítulo anterior.

Em síntese, o modelo proibicionista: (a) se revela democraticamente ilegítimo (perspectiva criminológica); (b) não se mostra adequado ao cerne do problema (perspectiva sanitário-pragmática); (c) cria outros problemas sociais, tais como a ampliação da violência urbana e o encarceramento em massa (perspectiva econômico-pragmática); (d) não encontra amparo nos princípios e teorias limitadoras da incidência penal (perspectiva dogmática).

Diante deste cenário de crise, os conhecimentos atuais sobre drogas apontam para caminhos alternativos, potencialmente mais legítimos e adequados, conforme se depreende da lição de Sebastian Scheerer³³⁷:

O conhecimento atual geralmente apóia a idéia de que drogas atualmente banidas são suficientemente semelhantes a drogas legais como álcool, maconha e tabaco para ter o mesmo status legal, o que significaria (1) a revogação da proibição de drogas, (2) a comercialização de drogas proibidas até o momento para permitir o acesso legal a essas drogas para fins recreativos, (3) a proteção mais eficaz possível para menores, (4) informação, prevenção, tratamento e reabilitação de primeira categoria para usuários com problemas [Tradução livre]³³⁸.

O discurso bélico do “*war on drugs*” sempre colocou a droga na posição de “*inimigo público*”, razão pela qual alternativas e flexibilizações nunca fizeram muito “*sucesso*” na vigência plena deste paradigma eficientista. Contudo, a partir do início do Século XXI houve enfraquecimento da “*hegemonia dos discursos proibicionistas*”³³⁹, emergindo novos discursos e práticas³⁴⁰.

³³⁷ SCHEERER, *Op. cit.* p. 389.

³³⁸ Tradução livre de: “*Los conocimientos actuales suelen sustentar la idea de que las drogas prohibidas actualmente son lo suficientemente similares a las drogas legales como el alcohol, el cannabis y el tabaco como para tener el mismo estatus jurídico, lo que significaría (1) la revocación de la prohibición de las drogas, (2) la comercialización de drogas prohibidas hasta la fecha para permitir el acceso legal a esas drogas con fines recreativos, (3) la protección más eficaz posible de los menores, (4) información, prevención, tratamiento y rehabilitación de primera categoría para los usuarios con problemas*”.

³³⁹ BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. “**Resistir para re-existir**”: criminologia (d)e resistência diante do governo necropolítico das drogas [Tese de Doutorado: Direito]. Curitiba: UFPR, 2018. p. 192. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57850/R%20-%20T%20%20FLAVIO%20BORTOLOZZI%20JUNIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 24.12.2018.

³⁴⁰ De acordo com Bortolozzi (*Ibidem*. p. 192): “*é tão somente no início do século XXI que a hegemonia do discurso proibicionista se enfraquece. Um conjunto de novos discursos e práticas emerge, e num aspecto ambivalente. Se de um lado podem representar novas formas de ampliação da regulação e*

A compreensão que se tem hoje sobre as drogas permite que o problema seja analisado a partir de uma série de modelos interpretativos variáveis³⁴¹.

Não se ignora, por evidente, a dificuldade de implementação social destes modelos alternativos, notadamente porque o eficientismo das últimas décadas teve base em campanhas massivas de estigmatização da droga, o que faz com que as mudanças dependam de uma verdadeira “revolução” das ideias estabelecidas e da superação dos preconceitos arraigados no seio social³⁴².

Na prática, o que se percebe é a continuidade do movimento de expansão penal, conforme leciona Vera Regina Pereira Andrade³⁴³:

É o momento em que a demanda por segurança pública através do sistema penal e das Políticas criminais passa a colonizar a pauta dos partidos políticos, de todos os matizes ideológicos, realizando a poderosa intersecção da esquerda e da direita punitiva nos confins de um mercado eleitoral avidamente consumidor de criminalização primária (produção de leis penais). Diluindo, portanto, ideologias partidárias, o hino à intolerância faz também seus reféns minimalismos reformistas, cujas reformas, ao invés de minimizar, têm ampliado, sucessivamente, o sistema penal e o controle social.

O simples aparecimento de alternativas, portanto, não faz com que haja superação automática do proibicionismo. A implementação de modelos alternativos depende de mudanças não apenas culturais, mas, sobretudo, dogmático-jurídicas. Isto ocorre porque a proibição constitui modelo de base jurídica, pressupondo a

controle sobre os corpos (biopolítica), de outro, abrem franjas para práticas de resistência, contra-condutas e formas outras de subjetividades”. Ainda de acordo com o Autor (Ibidem. p. 193): “cada vez mais evidente fica que a cisão operada entre drogas lícitas e drogas ilícitas é contingencial; ou seja, não guarda correlação alguma com as substâncias em si (ou com questões do campo da saúde), mas sim com interesses e determinantes do contexto político, econômico e/ou moralista. Em verdade, o discurso que deu bases ao proibicionismo não tem mais sustentação”.

³⁴¹ PONS DIEZ, Xavier. Modelos interpretativos del consumo de drogas. **Revista Polis** [online]. v. 4. n. 2. p. 157-186. México, 2008. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187023332008000200006&lng=es&nrm=isso>. Acesso em 24.08.2018.

³⁴² Neste sentido é a lição de Mark Thornton (*Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. [posição 3247]): “Após um século de experimentações com a proibição, soluções para os problemas do abuso de drogas ainda frustram nossos formuladores de políticas. A impraticabilidade da solução de livre mercado, ou de qualquer política, não impediu que alguns economistas incorporassem essas políticas em suas análises ou na sua defesa de reformas. As mudanças no sentimento público que ocorreram no início dos anos 1990 sugerem que a revogação da proibição dos narcóticos é provável, e que a sua relegalização é possível. Como em muitos outros casos, soluções reais para problemas sérios podem ser encontradas somente na raiz e tais problemas podem ser resolvidos somente com uma revolução nas ideias e mudanças dramáticas”.

³⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**. n. 52. p. 163-182. Santa Catarina, 2006.

realização de alterações legislativas e/ou jurisprudenciais para que haja qualquer mudança nuclear significativa.

Destarte, a transformação paradigmática pode ocorrer no âmbito de atuação do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário e – em hipótese – pode resultar na eliminação integral da repressão às drogas (perspectiva político-criminal abolicionista) ou na mesclagem entre soluções alternativas e a incidência penal reduzida (perspectiva político-criminal minimalista).

3.1 TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DE DESCONTINUAÇÃO

A guerra contínua às drogas, travada no Século XX, obnubilou as alternativas reflexivas, mas são vários os modelos interpretativos existentes, entre os quais podem ser destacados os descritos por Xavier Pons Diez³⁴⁴: (a) modelo jurídico; (b) modelo de distribuição do consumo; (c) modelo médico tradicional; (d) modelo de redução de danos; (e) modelo de privação social; (f) modelo de fatores sócio-estruturais; (g) modelo de educação para a saúde; (h) modelo psicológico individualista; (i) modelo sócio-ecológico.

Interessante é o modelo sócio-ecológico referido por Pons Diez³⁴⁵, notadamente por buscar a compreensão múltipla da questão das drogas, levando em consideração elementos físicos, biológicos, psicológicos, sociais, culturais,

³⁴⁴ PONS DIEZ, *Op. cit.* p. 158.

³⁴⁵ De acordo com Pons Diez (*Ibidem.*): “Este modelo se fundamenta en la toma en consideración de una serie de interrelaciones e interdependencias complejas entre el sistema orgánico, el sistema comportamental y el sistema ambiental. Al hablar de ambiente no sólo se contemplan los factores físicos y sociales, sino también las percepciones y cogniciones que de aquél tienen las personas, es decir, el sentido y significado que el ambiente adquiere para las personas que interaccionan en él y con él. Así, serán tomados en consideración tanto aspectos físicos, biológicos y psicológicos como sociales, etnoculturales, económicos y políticos. Por lo tanto, si se pretende comprender el complejo mecanismo del consumo de drogas es necesario implicar dentro de este proceso las características personales del consumidor y las múltiples características socioambientales que le rodean”. Tradução livre: “Este modelo baseia-se em levar em conta uma série de inter-relações e complexas interdependências entre o sistema orgânico, o sistema comportamental e o sistema ambiental. Ao falar sobre o meio ambiente, não apenas os fatores físicos e sociais são contemplados, mas também as percepções e cognições que as pessoas têm sobre isso, ou seja, o sentido e significado que o ambiente adquire para as pessoas que interagem nele e com ele. Assim, aspectos físicos, biológicos e psicológicos, bem como sociais, étnico-culturais, econômicos e políticos serão levados em consideração. Portanto, se se quiser entender o complexo mecanismo do consumo de drogas, é necessário envolver nesse processo as características pessoais do consumidor e as múltiplas características socioambientais que o cercam”.

econômicos e políticos relacionados ao consumo de drogas. De acordo com Pons Diez³⁴⁶:

O comportamento do consumo de drogas surge, nessa perspectiva, como o produto de um complexo campo de forças. O modelo sócio-ecológico busca reavaliar o ser humano em sua essência como ser social e cultural, e atende ao problema das drogas como fenômeno multidimensional, possibilitando buscar e descobrir novas alternativas de intervenção que permitam reduzi-lo e controlá-lo, atacando suas causas em diferentes níveis de profundidade. Nesse sentido, o fenômeno do uso de drogas é redimensionado como um problema social [Tradução livre]³⁴⁷.

Chester Nelson Mitchell³⁴⁸ também reflete sobre modelos variados de regulamentação das drogas, fazendo referência aos seguintes: (a) modelo de prescrição médica; (b) modelo de direito privado; (c) modelo de racionamento; (d) modelo de taxação.

De toda forma, por se estar refletindo sobre alternativas, não é possível eleger, de antemão, um modelo melhor ou pior do que outro, até mesmo porque peculiaridades regionais e/ou culturais podem alterar a maneira de se lidar com as drogas.

Tanto é assim que a Comissão Global de Política de Drogas recomenda que cada país adapte o trato às drogas de acordo com os seus respectivos marcos institucionais, sociais e culturais³⁴⁹.

A advertência de adequação cultural é de todo relevante, pois não se pode simplesmente importar modelos jurídicos adaptados à realidade norte-americana ou

³⁴⁶ PONS DIEZ, *Op. cit.* p. 178.

³⁴⁷ Tradução livre de: “*La conducta de consumo de drogas aparece, desde esta perspectiva, como el producto de un complejo campo de fuerzas. El modelo socioecológico pretende revalorizar al ser humano en su esencia como ser social y cultural, y atiende al problema de las drogas como un fenómeno multidimensional, posibilitando buscar y descubrir nuevas alternativas de intervención que permitan reducirlo y controlarlo, atacando sus causas en diferentes niveles de profundidad. En este sentido, el fenómeno del consumo de drogas se redimensiona como problema social*”.

³⁴⁸ Professor de Direito da Universidade Carleton (Ontário), autor do livro “*The Drug Solution: Regulating Drugs According to Principles of Efficiency, Justice and Democracy*”. Texto referenciado por Beauchesne (MITCHELL, Nelson. *Apud.* BEAUCHESNE, *Op. cit.* p. 235-238)

³⁴⁹ De acordo com a Comissão (2018. p. 08): “*Cada país debe identificar las vías de regulación que se adapten a su contexto nacional particular y sus limitaciones en función de sus marcos institucionales, sociales y culturales. Las economías de bajos y medianos ingresos o las instituciones frágiles no deben considerarse obstáculos para explorar la regulación. Al reducir los efectos corrosivos del comercio ilegal, la regulación de los mercados de drogas puede fomentar el desarrollo y crear un espacio para el fortalecimiento de las instituciones*”. Tradução livre: “*Cada país deve identificar os canais regulatórios que são adaptados ao seu contexto nacional específico e suas limitações em termos de suas estruturas institucionais, sociais e culturais. Economias de baixa e média renda ou instituições frágeis não devem ser vistas como obstáculos à exploração da regulamentação. Ao reduzir os efeitos corrosivos do comércio ilegal, a regulamentação dos mercados de drogas pode fomentar o desenvolvimento e criar um espaço para o fortalecimento das instituições*”.

européia, mas que não guardem mínima pertinência à realidade latino-americana e, em evidência, à brasileira.

Autores como Zaffaroni, Rosal del Olmo e Nilo Batista buscam pensar a questão criminal de acordo com as peculiaridades políticas e culturais da América Latina. Neste sentido, pertinente a advertência geral e de cunho histórico de Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra *“Raízes do Brasil”*³⁵⁰:

A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra.

Celso Luiz Ludwig³⁵¹, no campo filosófico, também sustenta a necessidade de uma libertação filosófica, no sentido de se reconhecer a racionalidade discursiva *“situada para além da realidade das comunidades filosóficas hegemônicas”*.

A reflexão sobre as alternativas ao proibicionismo deve levar em consideração, portanto, as peculiaridades culturais e sócio-políticas brasileiras.

Na presente pesquisa, quando se propõe a análise de alternativas ao paradigma proibicionista, a delimitação do objeto recai sobre as alternativas de descontinuação, em oposição às hipóteses político-criminais expansionistas.

Não se ignora, por evidente que os modelos de expansão do proibicionismo possuem força contemporânea, a exemplo dos discursos eficientistas do direito penal do inimigo, conforme fica evidente na lição de Pavarini³⁵²:

Ao lado, portanto, de uma ‘criminologia da vida cotidiana’, desenvolve-se também uma ‘criminologia do outro’, um discurso sobre o criminoso como inimigo, cuja periculosidade não pode ser de outro modo ‘gerida’ se não através de sua neutralização; e para mantê-lo na condição material de não prejudicar, no fim das contas não precisa nem mesmo conhecê-lo muito. Lembre-se da regra áurea que hoje domina as diretrizes da política criminal

³⁵⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 35.

³⁵¹ De acordo com Ludwig: *“a libertação da situação de dependência e de dominação implica a libertação da própria filosofia: libertação do sujeito que produz filosofia e libertação do discurso produzido, o que significa a libertação do etnocentrismo filosófico europeu. Essa libertação do eurocentrismo filosófico é importante condição quanto à possibilidade de um pensar desde a afirmação da racionalidade negada. Portanto, o processo de libertação da filosofia está no reconhecimento da racionalidade discursiva de outras comunidades filosóficas, desde realidades distintas, situadas para além da realidade das comunidades filosóficas hegemônicas”*. (LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 44, 2006. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9414/6506>>. Acesso em 04.11.2018. p. 55)

³⁵² PAVARINI, *Op. cit.* p. 57.

estadunidense: ‘three strikes and you’re out’, três sentenças condenatórias e tu estás ‘eliminado’, mediante uma life sentence.

Este movimento de expansão penal evidenciou-se, inclusive, na formação do paradigma eficientista de “*guerra às drogas*”, conforme restou analisado no primeiro capítulo da vertente pesquisa. O que se tem hoje é um direito penal em expansão, fundado na cultura do medo³⁵³ e na perspectiva de uma “*sociedade de risco*”³⁵⁴.

Contudo, quando se trabalha com a ideia de “*alternativas*”, tais não podem se confundir com a retroalimentação eficientista, ou seja, com a perspectiva de que o direito penal não funciona adequadamente porque não dimensionado de forma suficiente, o que justificaria a sua ampliação.

As alternativas propostas aqui são aquelas que pressupõem a eliminação ou a redução do direito penal no trato do problema das drogas, a exemplo do modelo de política criminal de intervenção mediadora³⁵⁵.

No campo hipotético jurídico-penal tem-se trabalhado com três possibilidades: (a) descarcerização; (b) descriminalização; (c) legalização. Cada uma destas possibilidades, ainda, pode ser refletida com maior ou menor amplitude a partir de perspectivas político-criminais³⁵⁶: (a) abolicionistas; (b) minimalistas; (c) garantistas.

³⁵³ BAUMAN, 2009.

³⁵⁴ BECK, *Op. cit.*

³⁵⁵ Este modelo de política criminal é descrito por Shacaira (*Op. cit.* p. 239): “*Nele buscam-se novas identidades em que se abandona o ideário do terror intervencionista bem como o da engenharia química psicotrópica. Tal intervenção coincide com as práticas do Estado Democrático de Direito e está pautado por quatro ideias: (a) princípio da imanência: o fenômeno da droga e seus atores não são coisas estranhas ou alheias às sociedades atuais. Ao contrário expressa um estado imanente ao normal funcionamento das sociedades contemporâneas; (b) princípio da tolerância: a sociedade da modernidade líquida é uma sociedade que parte da premissa da alteridade, da diversidade entre pessoas, grupos de pressão e classes sociais. Isso impõe a todos uma atitude menos arrogante de combate às drogas fazendo com que se deva aprender a conviver com esse fenômeno; (c) princípio do mal menor: a humildade que há de se ter diante do fenômeno das drogas elimina a irreal busca do seu extermínio, obrigando a todos conviverem com a ideia de uma redução dos riscos e dos danos, isto é, mitigar os custos sociais e individuais ao mínimo viável; princípio da irreversibilidade: existem situações de consumo de drogas que são irreversíveis. Essas situações exigem soluções humanitárias e éticas que contrariam tabus que dominaram o discurso punitivo do terror intervencionista e que estão a demandar novas atitudes em relação ao viciado que não passe por seu julgamento moral*”.

³⁵⁶ Salo de Carvalho (*Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. [Parte II, Cap. 8, 1 de 35].) esclarece que: “*Como legados da Criminologia Crítica, os movimentos de política criminal alternativa, portadores do discurso da descriminalização e da recodificação, apresentam-se identificados nas tendências do abolicionismo e do minimalismo penal. [...] As correntes abolicionistas e minimalistas congregam autores que, tendo como pressupostos os avanços do paradigma do etiquetamento, comungam de táticas para limitar o uso do sistema penal e substituir gradualmente as instituições carcerárias*”.

3.1.1 Descarcerização, Descriminalização e Legalização

A descarcerização consiste na substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito na repressão ao consumo de drogas.

A descriminalização é a alternativa ao proibicionismo que importa na retirada do controle penal sobre o consumo – por atuação do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário –, mas sem a regulamentação do acesso à droga, mantendo, portanto, a “*disponibilização*” na ilegalidade.

A legalização – ou regulamentação – consiste na alternativa mais ampla, pois envolve a retirada do direito penal do controle do consumo, bem como prevê a utilização de outros ramos do direito para a gestão do acesso, o que pode se dar de formas variáveis.

No Brasil o que se tem atualmente é a descarcerização do consumo de drogas, tendo em vista que as penas aplicadas aos usuários não são privativas de liberdade.

Sobre a legislação brasileira, Shecaira³⁵⁷ esclare que “*continua-se a ter um processo criminal, com as consequências inerentes a uma sentença condenatória, mas não se envia o condenado ao cárcere. As penas previstas aos usuários são sempre alternativas*”.

Muito embora a descarcerização – ou despenalização³⁵⁸ – seja apontada como um avanço da Lei n. 11.343/2006, tal modelo mantém a repressão penal – com os estigmas inerentes. O consumidor não tem mais a privação de liberdade incidindo contra si, mas continua a sofrer com o peso do aparato penal. Em síntese: o usuário pode ser “*repreendido*”³⁵⁹ pela autoridade policial; responder a processo penal e receber a aplicação de penas alternativas³⁶⁰.

³⁵⁷ SHECAIRA, **Drogas: uma nova perspectiva...** p. 241.

³⁵⁸ O termo descarcerização, para se referir à mudança da Lei n. 11.343/2006 – que eliminou as sanções privativas de liberdade com relação aos usuários –, parece ser a mais adequada. Isto porque, a eliminação da sanção privativa de liberdade não eliminou outras sanções penais (restritivas de direitos). Ou seja, a mudança legislativa não afastou a incidência penal, o que importaria em uma despenalização, mas sim afastou a hipótese de encarceramento – enquanto sanção – o que revela tão só a descarcerização. Autores como Salo de Carvalho (*Op.cit.*) também se utilizam do termo descarcerização.

³⁵⁹ Muito embora as condutas relacionadas ao consumo de drogas não comportem prisão em flagrante, o usuário pode ser encaminhado para a delegacia de polícia para a lavratura de termo circunstanciado, o que bem revela que se encontra sob a tutela penal do Estado.

³⁶⁰ O art. 28 da Lei n. 11.343/2006 estabelece as seguintes penas: (a) advertência sobre os efeitos das drogas; (b) prestação de serviços à comunidade; (c) medida educativa de comparecimento a programa

A descarcerização não se mostra, portanto, como uma verdadeira alternativa ao proibicionismo, mas sim como adequação eficientista aos objetivos da repressão, de acordo com a “*ideologia da diferenciação*”³⁶¹, mantendo-se incólume a gestão penal do uso.

A descriminalização – de forma distinta da descarcerização – afasta a incidência de qualquer pena sobre o usuário, mas mantém as drogas no campo da ilicitude penal. Szabó e Risso³⁶² esclarecem que “*descriminalizar não é legalizar*”. A partir da descriminalização “*as drogas continuam ilegais, portanto, a produção e venda dessas substâncias continuam proibidas, mas o consumidor não é tratado como criminoso*”³⁶³. Ainda que o controle penal seja retirado do usuário com a descriminalização, não parece ser este o caminho mais adequado, pois o acesso à droga continua mantido na clandestinidade, com os problemas de saúde e a estigmatização social inerentes.

A legalização, por sua vez, consiste na utilização de outros ramos do direito para a “*regulamentação*” da produção e distribuição das drogas, de forma similar ao que hoje ocorre com relação ao cigarro, bebidas alcoólicas e medicamentos psicotrópicos.

De acordo com Shecaira³⁶⁴, “*o principal objetivo da legalização é tentar reduzir o uso problemático das drogas e as consequências causadas pela criação de mercados ilegais*”. De forma distinta ao que acontece no sistema “*tradicional e inflexível*” de proibição, um modelo de legalização permitiria “*um melhor controle sobre quem consome drogas, podendo melhor direcionar as agências de saúde para o tratamento e a prevenção*”, reduzindo os danos à saúde dos usuários³⁶⁵.

A legalização encontra-se associada a mecanismos de controle administrativos, num caminho político que Shecaira denomina de “*normalização*”. Este modelo objetiva a realização de quatro metas³⁶⁶: (a) ênfase na prevenção; (b) não

³⁶¹ CARVALHO, *Op. cit.*

³⁶² SZABÓ; RISSO, *Op. cit.* p. 88.

³⁶³ *Ibidem.* p. 88.

³⁶⁴ SHECAIRA, **Drogas: uma nova perspectiva...** 2014. p. 242.

³⁶⁵ *Ibidem.* p. 242.

³⁶⁶ “*A primeira é que a política de drogas deve colocar em relevo a prevenção da demanda e a assistência aos consumidores, tirando o foco repressivo que é inerente à atual política. A segunda característica desta política é gradativamente caminhar para a não punição do comércio de drogas entre adultos. Isso se consegue com um controle administrativo da produção e venda de drogas, o que vem a ser a terceira meta. O quarto objetivo da política de normalização é a de se punir penalmente todos aqueles que ministrarem drogas aos menores de idade ou carecedores de capacidade de decisão autônoma, tão somente*”. (*Ibidem.* p. 243)

punição do comércio entre adultos; (c) controle administrativo da produção e da venda das drogas; (d) repressão penal do fornecimento de drogas a crianças, adolescentes e incapazes.

A legalização é apontada por Mark Thornton³⁶⁷ como a alternativa mais adequada ao proibicionismo:

A única solução de longo prazo para os problemas produzidos pela “utilização equivocada” de um produto, sustento, é a legalização desse produto. Com a legalização, em oposição à descriminalização e outras formas de intervencionismo governamental, o governo trata o produto ou serviço que é mal utilizado como se fosse soja, chips de computador, ou lápis. O mercado é controlado pelo autointeresse e por restrições legais normais, tais como a lei de responsabilidade pelos produtos.

A legalização, na perspectiva de Leonardo Marcondes Machado³⁶⁸, traria uma série de benefícios no combate às drogas, tais como: (a) maior capacidade fiscalizatória por parte do Estado; (b) maior dificuldade de acesso às drogas por adolescentes; (c) exercício de controle qualitativo, com consequente redução de efeitos danosos³⁶⁹.

Line Beauchesne³⁷⁰ também enumera alguns efeitos potencialmente positivos decorrentes da legalização, entre os quais se destacam “a articulação das regulamentações para melhores estratégias preventivas das toxicomanias baseadas na promoção da saúde” e a diminuição drástica da discriminação e das violações aos direitos fundamentais “geradas pela guerra às drogas”.

A Comissão Global de Política de Drogas³⁷¹ vê a legalização não apenas como uma possibilidade, mas sim como uma necessidade³⁷².

³⁶⁷ THORNTON, *Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. [posição 196].

³⁶⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Op. cit.*

³⁶⁹ De acordo com Machado (*Ibidem*. p. 42): “Deveras, o que ocorre é que, com a proibição de drogas, o estado renuncia ao controle sobre disponibilidade e pureza dessas substâncias. Ocorre que, mesmo em regimes totalitários e instituições penais, o consumo de drogas não pode ser impedido. Neste particular, os presídios brasileiros são prova viva”.

³⁷⁰ BEAUCHESNE, *Op. cit.* p. 245.

³⁷¹ COMISSIÓN GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS, 2018.

³⁷² De acordo com a Comissão Global de Política de Drogas: “Una pregunta fundamental con respecto a las drogas ilegales rara vez se pregunta. ¿Quién debería asumir el control de estas sustancias que conllevan riesgos graves para la salud: el Estado o el crimen organizado? Estamos convencidos de que la única respuesta responsable es regular el mercado, establecer regulaciones adaptadas a la peligrosidad de cada droga y monitorear y hacer cumplir estas regulaciones. Este ya es el caso de los alimentos, las sustancias psicoactivas legales, los productos químicos, los medicamentos, los isótopos y muchos otros productos o comportamientos que implican un riesgo. Este informe demuestra que la regulación de las drogas actualmente ilegales no solo es posible, sino que es necesaria. El informe nos recuerda que incluso si la comunidad global necesita mucho tiempo para revisar las actuales convenciones sobre drogas, ninguna convención internacional libera a los Estados de sus obligaciones con sus poblaciones, para proteger sus vidas, su salud, su dignidad y garantizar la igualdad de derechos sin discriminación”. Tradução livre: “Uma pergunta fundamental sobre drogas ilícitas raramente é feita.

A legalização e as demais alternativas jurídico-penais ao proibicionismo devem ser refletidas a partir de perspectivas político-criminais redutoras da incidência penal, entre as quais destacam-se: (a) abolicionismo; (b) minimalismo; (c) garantismo.

3.1.2 Abolicionismo penal

O abolicionismo penal “é uma prática de liberdade que soma experimentos”³⁷³. De acordo com Edson Passetti³⁷⁴, o abolicionismo “aproxima-se da corrente descriminalizadora visando à contenção da criminalização de novos comportamentos e alia-se à difusão das medidas de redução de danos”.

A partir das reflexões libertárias de Louk Hulsman³⁷⁵ é possível compreender que o abolicionismo se apresenta como um caminho aberto às diversas soluções possíveis para a resolução dos conflitos sociais, as quais não deveriam ser excluídas de antemão em virtude da criminalização³⁷⁶.

A descriminalização de determinadas condutas pode, inclusive, revelar avanço democrático de uma determinada sociedade, conforme se depreende da lição de Hulsman³⁷⁷:

Quem deve assumir o controle dessas substâncias que trazem sérios riscos à saúde: o Estado ou o crime organizado? Estamos convencidos de que a única resposta responsável é regular o mercado, estabelecer regulamentos adaptados à periculosidade de cada medicamento e monitorar e fazer cumprir essas regulamentações. Este já é o caso de alimentos, substâncias psicoativas legais, produtos químicos, medicamentos, isótopos e muitos outros produtos ou comportamentos que envolvem um risco. Este relatório mostra que a regulamentação de drogas atualmente ilegais não é apenas possível, é necessária. O relatório nos lembra que mesmo que a comunidade global precise de muito tempo para revisar as convenções atuais sobre drogas, nenhuma convenção internacional libera os Estados de suas obrigações para com suas populações, para proteger suas vidas, sua saúde, sua dignidade e garantir a igualdade de direitos. direitos sem discriminação”.

³⁷³ PASSETTI, Op. cit. p. 11.

³⁷⁴ *Ibidem.* p. 11. Ainda de acordo com o Autor: o abolicionismo “está próximo da criminologia crítica caracterizando os efeitos das penas alternativas e a emergência neoliberal do Estado Penal. É parceiro das humanidades abordando os costumes destabilizadores das sociedades. Quase sempre recorre a situações-problema em que as pessoas estão envolvidas com sexo, drogas e jovens infratores, para delas extrair outras práticas distintas da normalização do sexo, das políticas de ação afirmativa, das terapêuticas ou difusão de uso medicalizado de drogas destinadas a ampliar potencialidades produtivas e de docilização, e do confinamento de jovens em programas inter, pluri, multi ou transdisciplinares, diante de mobilizações midiáticas facistas de redução de idade penal”.

³⁷⁵ HULSMAN, Op. cit. p. 100.

³⁷⁶ De acordo com Hulsman (*Ibidem.* p. 100): “Se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação punitiva, frequentemente vão parecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, etc... Chamar um fato de “crime” significa excluir de antemão todas estas outras linhas”.

³⁷⁷ *Ibidem.* p. 98.

Há alguns casos, enfim, em que é absolutamente claro que a descriminalização constitui uma libertação para pessoas e grupos e um saneamento da vida social. Num país como a Espanha, onde, durante 40 anos, se reunir, se associar, expressar publicamente opiniões contrárias à ideologia oficial, foram atividades punidas como crimes, o desaparecimento dessas figuras do código repressivo, após a morte de Franco, foi saudado como uma vitória da democracia.

Vera Regina Pereira de Andrade apresenta quatro variantes teóricas do abolicionismo³⁷⁸: (a) a estruturalista de Michel Foucault; (b) a materialista de Thomas Mathiesen; (c) a fenomenológica de Louk Hulsman; (d) a fenomenológica histórica de Nils Christie.

Contudo, não se pretende, através da vertente pesquisa, fazer uma análise minuciosa das variantes teóricas do abolicionismo, mas sim apresentar alguns dos elementos que o definem enquanto “*prática libertária*” apta à estruturação de alternativas ao modelo proibicionista de “*guerra às drogas*”.

Em artigo intitulado “*Dez Razões para a não Construção de mais Prisões*”³⁷⁹ Thomas Mathiesen faz críticas pontuais às falhas do sistema punitivo, como base para o abolicionismo das prisões.

As razões apontadas por Mathiesen³⁸⁰ são as seguintes: (a) ineficácia da função ressocializadora (dimensão preventiva especial positiva); (b) ineficácia da função preventiva geral; (c) ineficácia da função “*incapacitadora*” (dimensão preventiva especial negativa); (d) ausência de critério preciso de quantificação das penas, o que resulta em variações locais e temporais “*injustas*”; (e) irreversibilidade da construção de prisões; (f) insaciabilidade do sistema carcerário; (g) desumanidade do cárcere; (h) ruptura das prisões com os valores básicos de dignidade e respeito a direitos humanos; (i) despreocupação com as vítimas; (j) existência de respostas alternativas ao encarceramento.

Thomas Mathiesen também se vale – em seu livro “*Prisão em Julgamento*”³⁸¹ – do fracasso da criminalização das drogas na Noruega como um dos indicativos da falência da pena de prisão. De acordo com Mathiesen as ampliações constantes da pena para o tráfico de drogas – atingindo o máximo de 21 (vinte e um) anos – tiveram

³⁷⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**. n. 52. p. 163-182. Santa Catarina, 2006.

³⁷⁹ MATHIESEN, Thomas. Diez razones para no construir más cárceles. **Revista Nueva Doctrina Penal**. Traducción: Gabriel Ignacio Anitua y Marta Monclús Masó. n. 01. p. 03-20. Buenos Aires, 2005.

³⁸⁰ MATHIESEN, *Ibidem*.

³⁸¹ *Idem*. **Prision on trial**. 3.ed. Winchester: Waterside Press, 2006. p. 182.

“*pouco ou nenhum efeito*” sobre a prática do crime; ao contrário, a expansão repressiva resultou na intensificação do crime organizado na região.

O que se percebe – a partir da perspectiva abolicionista de Mathiesen – é que a expansão penal se mostra absolutamente falha na resolução de problemas sociais como o do consumo de drogas.

Nils Christie³⁸² afirma, por sua vez, que “*os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários*”.

Este totalitarismo se revela sobretudo nas escolhas da criminalização. Afinal, o que exatamente deve ser criminalizado? Quais os critérios? Ao analisar estas questões, Hulsman³⁸³ sustenta a incoerência do discurso penal:

Nem o critério de gravidade do fato serve para fazer a distinção, pelo menos de acordo com o senso comum. Quando, por exemplo, um grande supermercado é vítima de um furto, teremos uma questão penal. Mas, quando um assalariado é vítima de uma rescisão abusiva do contrato de trabalho, isto não passará de uma questão civil. Por acaso, não é este último ato o que tem consequências mais graves para a vida das pessoas? Como reconhecer o que é ou não uma questão penal?

O que se percebe é que os pensadores abolicionistas se valem do discurso crítico que recai sobre o sistema penal (revelador de carência de legitimação e de efetibilidade), para sugerirem caminhos “*libertários*”, de superação da pena.

Estas práticas libertárias abolicionistas se conectam diretamente às alternativas ao modelo proibicionista de “*guerra às drogas*”. Tanto é assim que Mathiesen³⁸⁴ coloca a descriminalização das drogas como uma das principais “*estratégias*” abolicionistas.

Mathiesen apresenta duas proposições que resultariam numa diminuição significativa do sistema penal: a primeira consistente no “*direcionamento de políticas sociais aos vulneráveis*”, como forma de redução da desigualdade social e da pobreza

³⁸² CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 05.

³⁸³ HULSMAN, *Op. cit.* p. 118.

³⁸⁴ De acordo com Mathiesen (2006): “*Acortando las condenas para delitos relacionados con drogas. Las condenas por drogas acarrear a nivel internacional penas exorbitantes, también cuando se trata de delitos menores. Incluso pequeñas reducciones de las condenas (en realidad deberían llevarse a cabo grandes reducciones) provocarían una disminución sustancial de la población reclusa, haciendo innecesaria la construcción de nuevas cárceles*”. Tradução livre: “*Encurtar as condenações por crimes relacionados com drogas. As condenações por delitos de drogas acarretam penalidades exorbitantes em nível internacional, mesmo no caso de delitos menores. Mesmo pequenas reduções de sentenças (na verdade, grandes reduções devem ser realizadas) causariam uma diminuição substancial na população carcerária, tornando desnecessária a construção de novas prisões*”.

o que, por consequência, diminuiria os crimes contra o patrimônio; a segunda consistente na “*descriminalização das drogas*”³⁸⁵.

Thiago Rodrigues³⁸⁶ analisa especificamente o abolicionismo no “*campo da lei de drogas*”. Rodrigues sustenta que abolir a proibição importa no “*deslocamento para a localidade e singularidade das situações*”. A legalização, não obstante, depende de uma resposta clara aos discursos eficientistas. Esta resposta reside, sobretudo, na capacidade de uso controlado da droga, de acordo com regras e aspectos culturais locais.

O Autor esclarece que a legalização não necessariamente importa na eliminação do uso destrutivo da droga, mas o trato do uso como situação-problema – e não como crime – produz “*uma brecha que prescinde das soluções totalizadoras ditadas pela lei e aponta caminhos singulares, ímpares, talhados como respostas-percurso*”³⁸⁷.

3.1.3 Minimalismo Penal

O minimalismo³⁸⁸ penal consiste em modelo de política criminal que pressupõe a máxima redução da incidência penal, opondo-se, portanto, aos modelos expansionistas³⁸⁹, fundados no paradigma eficientista. De acordo com Anitua, o

³⁸⁵ PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade? **Revista Liberdades**. n. 23. Setembro/Dezembro de 2016. IBCCRIM: São Paulo, 2016. p. 109

³⁸⁶ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In. PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ De acordo com Anitua (*Op. cit.* p. 725-726): “*O minimalismo ou garantismo emergiu no confronto contra a sobrevivência da legislação autoritária e contra a emergência da legislação antiterrorista, que tanto na Itália quanto na Espanha, ameaçavam os princípios de um direito penal ilustrado que não havia chegado a desenvolver-se completamente, e que, portanto, podia ser usado mais por suas promessas do que por suas realizações*”.

³⁸⁹ Neste sentido é a lição de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 p. 25): “*O contraponto do modelo garantista-minimalista é visualizado em outro extremo da resposta penal: o pampenalismo. Existem, pois, dois modelos tendenciais (tipos ideais) de controle social que são denominados direito penal mínimo (minimalismo) e direito penal máximo. Esses modelos coabitam os ordenamentos jurídicos contemporâneos, caracterizando e diferenciando textos legais e estruturas normativas. Os sistemas de direito e de responsabilidade penal, portanto, oscilam entre dois extremos opostos, identificáveis não apenas pelas dicotomias saber/poder, ou fato/valor ou cognição/decisão, mas também pelo caráter condicionado ou incondicionado, ou limitado ou ilimitado do poder punitivo*”.

minimalismo objetiva – a partir do pensamento crítico – “*uma defesa das garantias e do Estado de direito*”³⁹⁰.

O minimalismo distingue-se do abolicionismo, pois não objetiva a eliminação do direito penal e das penas. Contudo, Vera Regina Pereira de Andrade³⁹¹ sustenta que abolicionismo e minimalismo não são essencialmente antagônicos. O abolicionismo, em verdade, é a antítese do eficientismo e do “*rumo da política criminal que ele representa*”³⁹².

O minimalismo – como fim em si ou meio para o abolicionismo – sustenta a máxima contração do sistema penal. De acordo com Vera Andrade³⁹³:

O dilema do nosso tempo não é, portanto, a escolha entre minimalismo e abolicionismo, mas a concorrência, absolutamente desleal, entre a totalizadora colonização do eficientismo e a aversão ao abolicionismo, mediados pelo pretenso equilíbrio prudente de minimalismos de híbrida identidade.

Entre os teóricos do minimalismo existem – de acordo com Andrade³⁹⁴ – aqueles que adotam o minimalismo como meio (estratégias de curto e médio prazo) para o abolicionismo (Alessandro Baratta³⁹⁵) e os que sustentam o minimalismo como um fim em si mesmo, enquanto elemento de (re)legitimação do sistema penal (Luigi Ferrajoli³⁹⁶).

Alessandro Baratta³⁹⁷, ao discorrer sobre os “*princípios do direito penal mínimo*”, destaca a importância dos direitos humanos como marco limitador do poder punitivo. De acordo com Baratta “*a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos*”. O Autor destaca que “*uma política de contenção da violência punitiva é realista só se inserida no movimento para a afirmação dos direitos humanos e da justiça social*”³⁹⁸.

A lição de Baratta³⁹⁹ é essencial para a compreensão do minimalismo penal, pois o Autor, além de apontar os princípios intrassistemáticos de mínima intervenção penal (analisados no segundo capítulo da vertente pesquisa), enuncia, também,

³⁹⁰ ANITUA, *Op. cit.* p. 726.

³⁹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. 2006

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ Baratta escreveu artigo sobre os princípios do direito penal mínimo (1987).

³⁹⁶ O modelo de direito penal mínimo de Luigi Ferrajoli foi denominado por ele como “*garantismo penal*” e, por suas peculiaridades, será analisado em tópico específico.

³⁹⁷ BARATTA, 1987. p. 05.

³⁹⁸ *Ibidem*. p. 05.

³⁹⁹ *Ibidem*. p. 16-17.

princípios (ideais) extrassistemáticos, condutores de políticas criminais alternativas reducionistas. Tais princípios podem ser divididos em dois grupos: (a) princípios de descriminalização⁴⁰⁰; (b) princípios “*metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais*”⁴⁰¹.

O direito penal mínimo de Baratta aproxima-se, em variados aspectos, de algumas proposições abolicionistas⁴⁰², notadamente quando se verifica que os princípios extrassistemáticos por ele propostos se relacionam com alternativas descriminalizadoras e/ou de “*reapropriação dos conflitos*” pelas partes envolvidas, considerando a hipótese de substituição parcial da intervenção penal “*por meio de formas de direito restitutivo e acordos entre as partes no marco de instâncias públicas e comunitárias de reconciliação*”⁴⁰³.

De acordo com Hauser⁴⁰⁴, “*o modelo minimalista de Baratta fundamenta-se na negação do sistema repressivo estatal, na relação que este guarda com a consolidação das assimetrias sociais*”.

Eugênio Raul Zaffaroni também trabalha com “*táticas e estratégias*” para a redução da incidência penal. O Autor afirma que a criminologia deve se envolver no “*realismo marginal*”⁴⁰⁵ de forma a “*demonstrar sucessivos objetivos estratégicos, que*

⁴⁰⁰ De acordo com Baratta (1987. p. 17): “*A maior parte dos princípios intrassistemáticos funcionam também como princípios de descriminalização, porquanto indicam as condições relativas ao respeito dos direitos humanos, sem cuja realização não se justifica a manutenção das leis penais. Impõe-se, portanto, uma tarefa de eliminação parcial ou total das figuras delitivas, bem como a implementação de modificações que reduzam tanto qualitativa como quantitativamente a violência punitiva*”.

⁴⁰¹ “*Os princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais implicam a liberação da imaginação sociológica e política a respeito de uma “cultura do penal”, que colonizou amplamente o modo de perceber e de construir os conflitos e os problemas sociais na sociedade. Esses princípios têm a função de enfrentar por contraste a coisificação dos conceitos de criminalidade de pena²³ e de propiciar uma visão inovadora e mais diferenciada dos conflitos e dos problemas sociais*”. (*Ibidem*. p. 18)

⁴⁰² De acordo com Ester Eliana Hauser (Baratta *apud* Hauser): “*A defesa de um Direito Penal mínimo não representa, neste enfoque, uma contraposição ao ideal abolicionista, mas, ao contrário, emerge a partir da aceitação da mesma premissa que orienta todo o programa abolicionista*”. (HAUSER, Ester Eliana. **Modelos penais minimalistas**: contribuições e limites na reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos [Dissertação de Mestrado]. Florianópolis: UFSC, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81846/181707.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05.07.2018. p. 132.)

⁴⁰³ BARATTA, 1987. p. 17.

⁴⁰⁴ HAUSER, *Op. cit.* p. 169.

⁴⁰⁵ Expressão criada por Zaffaroni e explicada por ele na obra “*Em busca das Penas Perdidas*” (ZAFFARONI, 1991. p. 161-166). Em síntese o uso do termo realismo está relacionado com a observação efetiva da real atuação das agências punitivas, sem o marcamento de ficções ou metáforas; já o termo marginal se explica em razão da posição da América Latina na “*periferia do poder planetário*”.

*tenderiam a reduzir o exercício de poder do sistema penal e a substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos*⁴⁰⁶.

Com base neste raciocínio, Zaffaroni⁴⁰⁷ sustenta o uso da intervenção mínima enquanto tática para a diminuição da incidência penal através da descriminalização. O realismo marginal de Zaffaroni – a exemplo do direito penal mínimo de Baratta – também se funda na deslegitimação do sistema penal, de forma que as “táticas” minimalistas propostas se aproximam dos ideais abolicionistas.

Os modelos político-criminais minimalistas fundamentam a superação do paradigma proibicionista de “*guerra às drogas*”, pois a descriminalização de determinadas condutas – tendo por norte a intervenção mínima – constitui estratégia central do minimalismo.

A crise do proibicionismo associada aos objetivos de um direito penal mínimo viabilizam o repensar da repressão penal às drogas e a busca por estratégias alternativas, entre as quais se inserem as políticas de redução de danos.

A perspectiva minimalista também viabiliza a adoção dos caminhos de descriminalização ou legalização, integral ou parcial (redução tópica).

A redução tópica consiste na redução das espécies de drogas proibidas. Movimentos neste sentido são perceptíveis com relação à maconha, não apenas pela amplitude da disseminação do uso de tal substância, mas por ser considerada menos deletéria à saúde.

Sobre a redução tópica relacionada à maconha, relevante é a lição de Burgierman⁴⁰⁸ acerca do modelo holandês:

No início dos anos 1970, a heroína começou a chegar à Holanda, e o governo decidiu que, se algo não fosse feito em relação à maconha, a saúde dos jovens seria afetada. Sua ideia foi permitir a venda de maconha para separar as chamadas drogas leves das pesadas, desmontando o *frankenstein*. No resto do mundo, a proibição juntou maconha e drogas muito mais perigosas nas mãos dos mesmos traficantes. Como heroína e cocaína são cem vezes mais lucrativas que maconha, os traficantes têm um incentivo para propagandear a droga mais cara para seus clientes. Isso gera o chamado “efeito escadinha”: usuários de maconha, como já têm acesso ao mercado, acabam experimentando heroína, e muitos ficam dependentes. No sistema planejado pelos políticos holandeses, a polícia vigiaria de perto o sistema de comercialização de cannabis e fecharia a porta da escadinha.

⁴⁰⁶ ZAFFARONI, 1991. p. 174.

⁴⁰⁷ *Ibidem*. p. 177.

⁴⁰⁸ BURGIERMAN, *Op. cit.* p. 55.

O minimalismo penal permite a reflexão sobre inúmeras alternativas reducionistas do sistema penal e – na linha proposta por Zaffaroni – viabiliza a criação de táticas e estratégias para este fim. Destarte, a superação do proibicionismo se mostra como um dos caminhos mais efetivos de redução da incidência penal.

3.1.4 Garantismo Penal

O modelo garantista – desenvolvido por Luigi Ferrajoli⁴⁰⁹ –, conforme já se mencionou, é, também, um modelo minimalista⁴¹⁰. Contudo, este modelo político-criminal estabelecido por Ferrajoli é diferente daquele proposto por Baratta.

De um lado, Baratta busca fundamento na ausência de legitimação do sistema penal para *“indicar estratégias que, situadas fora do campo penal, possam conduzir à redução dos níveis desta forma de violência e dos processos de exclusão a ela inerentes”*⁴¹¹, ou seja, não pretende conferir legitimidade ao discurso penal.

De outro lado, Ferrajoli não propõe a superação do sistema penal, mas sim a sua racionalização⁴¹², fundada em princípios limitativos, com a consequente legitimação discursiva, *“a partir da afirmação de fins úteis que podem ser alcançados pelo Direito e pelo sistema penal”*⁴¹³.

De acordo com Luigi Ferrajoli⁴¹⁴, a ideia de um direito penal mínimo *“corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza”*. Com base nesta perspectiva, *“resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as*

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, *Op. cit.*

⁴¹⁰ “Da nova doutrina de justificação para o controle penal construída por Ferrajoli deriva, portanto, o seu modelo de Direito Penal ideal. Trata-se de um modelo que se situa entre os sistemas de controle penal máximos e o abolicionismo, ou seja, um modelo de Direito Penal mínimo, através do qual se assegure ao mesmo tempo o máximo de bem-estar possível para os não desviados e o mínimo mal-estar para os desviados” (HAUSER, *Op. cit.* p. 132.)

⁴¹¹ *Ibidem.* p. 172.

⁴¹² “Para Ferrajoli o Direito e o Processo Penal podem constituir-se, inclusive, como instrumentos ou condições de democracia, a medida que contribuem para minimizar a violência punitiva. Para realizar esta tarefa devem ser, prioritariamente, um conjunto de preceitos destinados aos poderes públicos para estabelecer limitações ao seu poder punitivo do que um conjunto de normas destinados aos cidadãos para estabelecer limitações a sua liberdade, ou seja, deve significar um conjunto de garantias que visa assegurar os direitos fundamentais do cidadão contra a arbitrariedade e o abuso da força por parte do Estado”. (*Ibidem.* p. 168.)

⁴¹³ *Ibidem.* p. 168.

⁴¹⁴ FERRAJOLI, *Op. cit.* p. 83-84.

vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos". O direito penal mínimo, fundado em princípios limitativos⁴¹⁵, seria, portanto, a construção teórica opositiva à ideia de um direito penal máximo⁴¹⁶.

Anitua, interpretando a lição de Ferrajoli, bem delimita a linha de distinção entre minimalismo e abolicionismo. Para o Autor, na perspectiva minimalista de Ferrajoli *"continua havendo um lugar para o direito penal, mas será um direito penal e um poder punitivo radicalmente distintos dos existentes"*⁴¹⁷. De acordo com Anitua⁴¹⁸:

Na opinião de Ferrajoli, o desaparecimento do sistema penal – isto é, não apenas do direito penal mas também da própria pena – levaria à existência de uma anarquia punitiva, com respostas estatais ou sociais selvagens, diante de um fato reputado improvável, ou à existência de uma sociedade disciplinar na qual o cometimento desses fatos imorais seria faticamente impossível devido à existência de uma vigilância social ou estatal total. Diante dessas perspectivas de futuro, denominadas por Ferrajoli de "utopias regressivas", é que seu direito penal garantista se colocaria como alternativa progressista.

Ferrajoli sustenta a importância do respeito ao direito, notadamente enquanto limitação ao arbítrio estatal, sendo que o termo *"garantismo"* pode ser compreendido de acordo com três significados:

De acordo com o primeiro significado, o garantismo se apresenta como modelo de estrita legalidade, se caracterizando: (a) no campo epistemológico *"como um sistema cognitivo ou de poder mínimo"*; (b) no campo político *"como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade"*; (c) no campo jurídico *"como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia do direitos do cidadão"*⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Na lição de Mário Ramidoff (Elementos de Processo Penal, 20): *"os princípios, portanto, dentro do processo penal, têm inúmeras funções, que são determinantes da validade e da eficácia dos atos a serem adotados no sistema de justiça penal – como, por exemplo, as decisões judiciais –, servindo, assim, como critérios verificatórios não só das eventuais nulidades processuais, mas também da própria pertinência constitucional da administração da justiça penal e, conseqüentemente, do regime democrático"*. (RAMIDOFF, Mário Luiz. **Elementos de processo penal**. Curitiba: InterSaberes, 2017. P. 20)

⁴¹⁶ *"O modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação"*. (FERRAJOLI, Op. cit. p. 84.)

⁴¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Apud. ANITUA, Op. cit. p. 731.

⁴¹⁸ Ibidem. p. 732.

⁴¹⁹ FERRAJOLI, Op. cit. p. 684.

De acordo com Ferrajoli “*garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si mas, também, pela existência ou vigor das normas*”⁴²⁰.

O garantismo também “*designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade*”⁴²¹. Esta concepção pressupõe a separação entre direito e moral.

A perspectiva de Ferrajoli confere força aos postulados constitucionais, sendo que o poder de punir deve estar atrelado a limites formais e substanciais. Assim, Ferrajoli propõe variados postulados (princípios) inerentes a um sistema garantista de efetivação democrática do sistema penal.

Estes princípios propostos por Ferrajoli foram analisados no segundo capítulo da vertente pesquisa, sendo que lá se trabalhou com a hipótese – aqui retomada – de que a criminalização das drogas não se justifica em um modelo político-criminal garantista. Isto porque, o consumo da droga não se revela como comportamento apto a gerar a necessidade da intervenção penal. O uso da droga não representa conduta lesiva ou de risco efetivo a bem jurídico de terceiro.

O que se conclui, portanto, é que os modelos político-criminais (abolicionismo, minimalismo e garantismo) que objetivam a limitação, redução ou abolição do sistema penal – cada um por sua perspectiva – não dão sustentação ao discurso penal de “*guerra às drogas*”; antes o contrário, servem como base para a estruturação de estratégias alternativas.

A superação do paradigma proibicionista, portanto, se mostra como hipótese razoável, a ser concretizada no âmbito estatal, seja por atuação do Poder Legislativo ou por atuação do Poder Judiciário.

Contudo, não existem indicativos de uma potencial mudança significativa decorrente da atuação do Poder Legislativo. Por outro lado, a utilização de alternativas ao proibicionismo no âmbito do Poder Judiciário – desde a efetivação da redução de danos (nas variáveis da Justiça Restaurativa e Terapêutica) até a potencial descriminalização do consumo no STF – se mostra como realidade jurisprudencial contemporânea, razão pela qual a análise detida das alternativas ao modelo proibicionista terá recorte na atuação específica do Poder Judiciário.

⁴²⁰ FERRAJOLI, *Op. cit.* p. 684.

⁴²¹ *Ibidem.* p. 685.

3.2 “DESCRIMINALIZAÇÃO” NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

A separação dos poderes estatais serve à preservação da saúde democrática do Estado, saúde esta que – segundo Immanuel Kant⁴²² – consiste no máximo respeito à Constituição e aos princípios jurídicos.

Os poderes – em harmonia – devem buscar a concretização dos ideais democráticos. Os organismos sociais, conforme esclarece Ramidoff⁴²³, devem se destinar, portanto, “à defesa intransigente, promoção e proteção dos interesses e dos direitos humanos”. Desta forma, tais organismos devem estabelecer, entre as pautas públicas, a reflexão “acerca de temáticas que contemplem o atendimento dos novos fenômenos sociais, procurando, assim, formatar estratégias e funções que possam superar as deficiências organizacionais – desestruturação e disfuncionalidade – dos aparelhos estatais”.

A defesa, promoção e proteção dos direitos humanos a que se refere Ramidoff deve estar na base de atuação do Poder Judiciário, pois cabe a ele a concretização do respeito à Constituição e aos princípios jurídicos.

O Poder Judiciário não fica adstrito à aplicação automatizada de dispositivos legais, não se limita a ser a “*boca da lei*”. De acordo com Chaim Perelman⁴²⁴, na medida em que a justiça não se mostra meramente formalista, a decisão judicial não se basta na indicação de dispositivo legal, “é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil”. O juiz deve buscar encontrar a solução “que seja razoável, aceitável, ou seja, nem subjetiva, nem arbitrária”⁴²⁵, nos contornos da lógica jurídica⁴²⁶.

⁴²² De acordo com Kant: “São três poderes diferentes (potestas legislatória, executória, iudiciaria), portanto, pelos quais o Estado (civitas) tem sua autonomia, isto é, configura-se e mantém a si mesmo segundo leis da liberdade. Em sua união reside a saúde do Estado (salus reipublicae suprema lex est), pela qual não se deve entender nem o bem-estar nem a felicidade dos cidadãos, pois esta talvez possa realizar-se de forma mais cômoda e desejável no estado de natureza (como também Rousseau afirma), ou ainda sob um governo despótico. Deve-se entender por ela um estado de máxima concordância entre a constituição e os princípios jurídicos, algo que a razão nos obriga a aspirar através de um imperativo categórico”. (KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 318.)

⁴²³ RAMIDOFF, 2007. p. 130.

⁴²⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vegínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 216.

⁴²⁵ *Ibidem*. p. 222.

⁴²⁶ De acordo com Perelman (*Ibidem*. p. 241): “Conforme atribua maior ou menor importância ao princípio da separação dos poderes, e conforme a maneira pela qual conceba a autonomia do poder judiciário, apesar da primazia atribuída ao poder legislativo, o juiz se achará obrigado, ao menos

O Poder Judiciário tem, portanto, relevante papel na defesa da Constituição e dos princípios inerentes ao Estado democrático de direito. Por esta perspectiva pode adequar a lei aos ditames constitucionais, o que faz por meio da revisão judicial da legislação.

Especificamente com relação à incidência penal, Salo de Carvalho⁴²⁷ sustenta que o magistrado pode atuar “*desde dentro do sistema positivado na perspectiva de minimizar a criminalização*”. Shecaira⁴²⁸, por sua vez, cita a experiência jurisprudencial de outros países para se referir à descriminalização das drogas no âmbito de atuação do Poder Judiciário.

Com base nesta compreensão alargada da atuação do Poder Judiciário, fundada na lógica jurídica e no ideal de preservação dos direitos fundamentais e garantias constitucionais; o que se pretende investigar neste capítulo é a possibilidade (ou não) do Poder Judiciário atuar na estruturação de alternativas (independentes) ao modelo proibicionista, seja pelo caminho da descriminalização⁴²⁹ ou por mecanismos redutores da incidência penal, a exemplo da adoção de estratégias de redução de danos.

3.2.1 Bases Teóricas da Revisão Judicial

A revisão judicial da legislação é objeto das mais variadas controvérsias doutrinárias. Questão central sobre o tema parece ser a proposta por Jeremy

formalmente, a conformar-se estritamente à letra da lei, ou à vontade do legislador que a votou, ou então, compreendendo que nem todo o direito está contido na lei, reconhecerá que seu papel é conciliar a lei com a equidade. Se conceder à lei um lugar central para guiar seu pensamento, o juiz disporá, conforme o caso, de maior ou menor poder para torna-la flexível, entender ou restringir seu alcance, a fim de conciliar o respeito pelos textos com a solução mais equitativa e mais razoável dos casos específicos”.

⁴²⁷ CARVALHO, Op. cit. [versão eletrônica: ebook]. [Parte II, Cap. 8, p. 11].

⁴²⁸ De acordo com Shecaira (**Drogas: uma nova perspectiva...** p. 240-241): “A primeira alternativa de política criminal conhecida é a da descriminalização que não é homogênea e tem grandes variantes. A palavra tem diferentes acepções, mas é usada para identificar a não punição dos usuários de drogas com penas de natureza criminal. Há várias formas com que se atingiram esses objetivos. Em alguns casos, medidas legislativas simplesmente descriminalizaram o uso de certas drogas. Em outros países, foi resultado de uma longa construção jurisprudencial e o mérito de tais medidas deve ser creditado à atividade dos magistrados”.

⁴²⁹ Hipótese que se concretizaria pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Waldron⁴³⁰, quando este se pergunta se os juízes teriam autoridade para “*derrubar*” a legislação nas hipóteses em que convencidos da violação a direitos individuais?

Tal questão conecta-se com o problema analisado no presente capítulo, qual seja o de saber se o Poder Judiciário pode descriminalizar o consumo de drogas, através do reconhecimento da inconstitucionalidade (revisão judicial) do at. 28 da Lei n. 11.343/2006?

Este problema de pesquisa pressupõe, portanto, a investigação prévia da questão mais ampla proposta por Waldron.

A doutrina se divide na construção das hipóteses resolutivas, a iniciar pelo próprio Jeremy Waldron⁴³¹. O Autor – contrário à revisão judicial dita “*forte*” – reúne alguns argumentos de exaltação do Poder Legislativo, em defesa da essência democrática, no que pertine ao processo (que considera adequado) para o “*enfrentamento*” da divergência sobre direitos. Este é um dos pontos centrais defendidos por Waldron⁴³². Segundo ele, o Legislativo resolve o desacordo sobre direitos e, se pendente o desacordo, os cidadãos podem eleger outros representantes (essência democrática) para deliberar e resolver a questão.

Waldron usa como exemplo o que aconteceu na Grã-Bretanha na década de 1960, oportunidade em que o Poder Legislativo debateu questões extremamente controvertidas, tais como a legalização do aborto e do homossexualismo e a abolição da pena de morte. Segundo o Autor é absurda a afirmação de que os congressistas seriam incapazes de debater e definir tais questões com a devida responsabilidade.

Entretanto, a “*resistência*” de Waldron⁴³³ à revisão judicial não é absoluta. O Autor admite que a atuação revisional do Poder Judiciário pode se revelar necessária diante de “*patologias*” legislativas referentes a questões sensíveis, tais como: sexo, raça e religião.

Waldron⁴³⁴ admite, ainda, que a sua proposição pressupõe o funcionamento ideal das instituições em um ambiente democrático. Em outras palavras, o compromisso com os direitos depende do correto funcionamento das instituições democráticas.

⁴³⁰ WALDRON, Jeremy. **The core against judicial review**. The Yale Law Journal, 2006.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ *Ibidem*.

Em sentido oposto às ideias de Jeremy Waldron, é possível citar as reflexões de Will Waluchow⁴³⁵. Enquanto Waldron se volta contra a atuação do Poder Judiciário na revisão judicial fundada na efetivação das cartas de direitos, Waluchow se mostra idealista desta hipótese.

Waluchow⁴³⁶ considera a carta de direitos enquanto uma “*árvore viva*”. Tal árvore viva seria capaz de crescer e se expandir dentro de seus limites; de forma que, sem se afastar da essência constitucional, permitiria o crescimento dos direitos e a adaptação às novas concepções sociais.

A estruturação de uma carta de direitos possui inegável valor simbólico, pois a existência de base constitucional de direitos reforça os compromissos de um país com determinadas práticas jurídicas e valorativas previamente estabelecidas. Waluchow⁴³⁷ contrapõe, portanto, os argumentos de Waldron, sustentando a importância da revisão constitucional enquanto elemento de efetivação constitucional; ressaltando a posição da jurisdição no desenvolvimento dos ramos da “*árvore viva*”, símbolo representativo da carta de direitos.

Vários são os autores que, na mesma linha de Waluchow, se mostram idealistas da revisão judicial da legislação.

A atuação do Poder judiciário no exercício do controle de constitucionalidade da legislação já era destacada pelos “*Federalistas*”⁴³⁸:

Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.

Estefânia Barboza⁴³⁹, ao analisar a perspectiva de Ronald Dworkin sobre o tema, discorre no sentido de que “*a tutela dos direitos fundamentais está na essência*

⁴³⁵ WALUCHOW, Will. **Constitutions as Living Trees**: an idiot responds. Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2005. Disponível em: <https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Constitutions_as_Living_Trees_An_Idiot-1.pdf>. Acesso em 03.07.2018.

⁴³⁶ *Ibidem*.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

⁴³⁹ DWORKIN, Ronald. *Apud*. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 62.

do constitucionalismo, o que acaba por demonstrar que o judicial review pode conviver com total harmonia com o princípio da democracia”.

De acordo com a teoria de Dworkin – referida por Barboza – a revisão judicial não afetaria o processo deliberativo democrático, mas sim asseguraria uma espécie de “*deliberação republicana*” superior. Isto porque o debate realizado no âmbito do Poder Judiciário seria orientado pelos princípios constitucionais e “*não apenas por valores forjados por maiorias eventuais*”⁴⁴⁰.

A lição de Luigi Ferrajoli⁴⁴¹ – ao analisar o Estado Constitucional de Direito – também merece ser consignada:

Em paralelo, o papel da jurisdição é alterado, passa a ser a aplicação da lei apenas se for constitucionalmente válida, e cuja interpretação e aplicação são sempre, portanto, também um julgamento sobre a própria lei que o juiz tem o dever de censurar como inválida, denunciando sua inconstitucionalidade, quando não é possível interpretá-la em sentido constitucional [Tradução livre]⁴⁴².

Ferrajoli⁴⁴³ sustenta, portanto, que é dever do juiz realizar a censura à norma que não possa ser considerada, de forma alguma, constitucional. A partir deste raciocínio é possível afirmar que o controle de constitucionalidade nada tem de antidemocrático, já que objetiva preservar o conteúdo normativo constitucional.

A atuação do Poder Judiciário é, portanto, importante componente do processo democrático. De acordo com Luiz Osório Moraes Panza, democracia e justiça são conceitos conectados⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ BARBOZA, *Op. cit.* p. 65.

⁴⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del estado de derecho**. Fundación Juan March: Madrid, 2001. p. 18.

⁴⁴² Tradução livre de: “*Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla em sentido constitucional*”.

⁴⁴³ FERRAJOLI, 2001.

⁴⁴⁴ De acordo com Panza: “*Os pensadores sempre se preocuparam em conceituar justiça, assim como a democracia. Na realidade, não devemos apenas conceituar, mas sentir os elementos de formação. O conceito pode muitas vezes ser estático. A justiça e a democracia não. São situações de vida que emergem e evoluem diante das relações e ingerências humanas, estas tão fluídas pela imensidão do pensar do cidadão. Da democracia nasce a justiça e desta nascem os elementos para o avanço democrático*”. (PANZA, Luiz Osório Moraes de. **Justiça e democracia**: a validade pela legitimidade popular. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet. v.5, 2011. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Osorio-Moraes-Panza.pdf>>. Acesso em 07.09.2018.)

Alguns autores, a exemplo de Miguel Godoy⁴⁴⁵, propõem uma interação dialogal entre os poderes, na busca de equilíbrio na interpretação constitucional dos direitos.

De acordo com esta “*teoria do equilíbrio*”, nenhum dos poderes está em posição de supremacia na tarefa interpretativa da Constituição, sendo que o Poder Judiciário atuaria como mais uma instância de análise dos sentidos constitucionais, devendo se preocupar, inclusive, com a participação de outros “atores” na definição dos significados constitucionais. Godoy⁴⁴⁶ ressalta a importância da interação dialogal entre as instituições:

A perspectiva de diálogo interinstitucional aqui defendida, portanto, é aquela que não enxerga uma oposição entre os poderes. [...] A melhor interpretação sobre a constituição e a melhor decisão, seja ela jurídica ou político-legislativa, não decorrem somente das capacidades de uma ou outra instituição, mas sim da interação deliberativa entre elas e da busca pelas melhores razões públicas para justificar suas posturas e julgamentos.

Miguel Godoy⁴⁴⁷ também analisa o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete da Constituição. Neste aspecto o Autor ressalta que o Supremo não estabelece o ponto final dos dizeres democráticos, mas sim representa apenas um estágio; representando a sua decisão “*uma última palavra provisória*”.

Destarte, “*é preferível uma corte mais comedida e humilde, que se enxerga como participante de um diálogo interinstitucional de construção do significado da Constituição*”. Godoy⁴⁴⁸ ressalta, outrossim, a importância dos mecanismos populares de “*participação*” no processo decisório, destacadamente as audiências públicas e a atuação dos *amici curiae*.

Em síntese, Godoy⁴⁴⁹ ressalta a importância dos diálogos institucionais na cognição constitucional, como forma de aprimoramento democrático, notadamente enquanto instrumento de evolução normativa, reconhecendo, portanto, o importante papel do Poder Judiciário na definição de caminhos democráticos, o que se dá a partir da revisão judicial.

⁴⁴⁵ GODOY, Miguel. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

Roberto Gargarella⁴⁵⁰, por sua vez, considera válida a atuação do Poder Judiciário na revisão judicial das leis, mas sustenta que tal atividade deve se ater a certos limites:

Da mesma forma, e para concluir, gostaria de salientar que tudo o que foi dito até aqui não pretende negar a possibilidade de justificar algum tipo - mais restrito - de controle judicial. Tampouco pretende rejeitar a possibilidade de defender qualquer tipo de participação do Judiciário no processo de criação e interpretação legal. [Tradução livre]⁴⁵¹.

A ponderação de Gargarella⁴⁵² se mostra adequada, pois a atuação desmedida do Poder Judiciário perverteria o regime democrático e poderia resultar em uma espécie de ativismo desestabilizador. Os limites democráticos devem ser observados na interação entre os poderes.

A hipótese da revisão judicial, com ênfase na atuação dos tribunais constitucionais, ganha ainda maior importância em tempos de crise, conforme destaca Jorge Reis Novais⁴⁵³:

De facto, a única posição constitucionalmente adequada, ou mesmo admissível, é exatamente a oposta daquela que defendem [os críticos]. De facto, em tempo de crise, a Constituição deve adquirir uma nova e reforçada aplicabilidade, deve ser aplicada com maior rigor e exigência e o Tribunal Constitucional deve ser, se se pode dizer assim, ainda mais vigilante e guardião dos direitos e garantias nela previstos do que em tempos de normalidade. E facilmente se percebe que assim seja, ainda que se aceite que um leigo, um jornalista ou um comentador se confundam neste domínio.

Ran Hirschl⁴⁵⁴, por sua vez, esclarece que a importância política dos tribunais tem se tornado mais abrangente e se expandido em escopo, revelando um fenômeno multifacetário de elaboração de políticas pública por juízes. O objeto de pesquisa de Hirschl⁴⁵⁵ tem base na análise de participação do Judiciário naquilo que ele denomina de “*megapolítica*”. De acordo com o Autor, a “*judicialização da política*” envolve o deslocamento para os tribunais das mais polêmicas questões que uma democracia pode envolver.

⁴⁵⁰ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía**, n. 6, 1997. p. 70.

⁴⁵¹ Tradução livre de: “*Del mismo modo, y para concluir, quisiera señalar que todo lo expuesto hasta aquí no pretende negar la posibilidad de justificar algún tipo – más restringido – de control judicial; así como tampoco pretende rechazar la posibilidad de defender algún tipo de participación del poder judicial en el proceso de creación e interpretación jurídica*”.

⁴⁵² GARGARELLA, 1997.

⁴⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do tribunal constitucional**: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

⁴⁵⁴ HIRSCHL, Ran. **Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

Oscar Vilhena Vieira⁴⁵⁶ inova ao usar o termo “*supremocracia*” ao discorrer sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos extremamente complexos e que encerram questões políticas (células-tronco, fidelidade partidária e crimes hediondos)⁴⁵⁷. De acordo com Vieira, o Supremo passou a ter posição de destaque na solução destas controvérsias políticas.

Relevante também a lição de Mário Ramidoff⁴⁵⁸ sobre a importância das “*interpretações emancipatórias*”:

Os avanços culturais e sociais de uma certa comunidade determinarão uma permanente superação da onipotência legislativa, contudo, nem sempre através de sua modificação, mas, certamente, através de interpretações emancipatórias e humanísticas que possibilitem a todo tempo a adequação/atualização do texto legal com o atendimento das necessidades vitais básicas individuais e comunitárias, sem, contudo, obstar, limitar ou suprimir direitos individuais de cunho fundamental.

As posições se dividem sobre a revisão judicial da legislação, mas é possível concluir que o controle de constitucionalidade é função essencial do Poder Judiciário enquanto partícipe do processo democrático, na busca de efetivação e proteção de direitos.

Claro que tal atuação não pode ser desmedida e/ou arbitrária, mas sim centrada no respeito à Constituição. Desta forma, o Poder Judiciário pode decidir as questões de direitos mais substanciais, como forma de proteção ou efetivação dos direitos fundamentais.

3.2.2 Revisão Judicial de Normas Penais Criminalizadoras

Entre as hipóteses de revisão judicial da legislação, é possível identificar papel peculiar do Supremo Tribunal Federal, qual seja o de realizar o controle de

⁴⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. n. 2. p. 441-464. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 23.08.2018.

⁴⁵⁷ A fim de ilustrar o argumento, Vieira (*Ibidem.*) aborda os julgamentos realizados sobre células-tronco, fidelidade partidária e crimes hediondos: “*Em primeiro lugar, será analisado o caso das células-tronco, ADI 3.510-0, emblemático da atual etapa de expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal, como arena de discussão pública de temas de natureza político moral. Em um segundo momento, a partir da análise do caso da fidelidade partidária, Mandado de Segurança n. 26.603/DF, e dos crimes hediondos, Reclamação 4.335-5/Acre, buscarei demonstrar como o Supremo vem expandido sua atividade legiferante, com ênfase naquela de impacto constitucional, ou seja, passando do campo do exercício da autoridade para o exercício do poder.*”

⁴⁵⁸ RAMIDOFF, 2011. p. 45.

constitucionalidade e, portanto, a revisão judicial da criminalização primária (tipificação de determinadas condutas).

As normas penais criminalizadoras também podem contrariar – em tese – os limites constitucionais ao exercício do poder punitivo, justificando o controle pelo Poder Judiciário destes eventuais excessos de criminalização.

Ran Hirschl⁴⁵⁹ sustenta que tem se tornado cada vez mais comum, em variados lugares distintos, o anúncio por tribunais constitucionais de variadas decisões referentes a direitos fundamentais, sempre no sentido de proteger garantias individuais, limitando a regulação estatal, o que inclui o estabelecimento de certas restrições ao poder punitivo.

A tipificação de condutas e a atribuição das respectivas sanções pressupõe a existência de real necessidade de repressão penal (intervenção mínima), a qual deve estar em consonância com os valores inscritos na Constituição. Não faz sentido que a repressão penal se realize de forma desarrazoada ou em desacordo com os princípios constitucionais, tendo o Poder Judiciário destacado papel democrático na evitação da criminalização arbitrária. Neste sentido, Ferrajoli⁴⁶⁰ esclarece que a submissão da lei aos princípios constitucionais representa o estabelecimento de limite substancial (condição de validade) e democrático à atuação do sistema penal.

Incumbe ao Poder Judiciário, portanto, o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais, sendo que tal controle não fica limitado à mera interpretação da norma criminalizadora; pode, inclusive, resultar em atuação criativa e em resposta descriminalizadora.

Roberto Gargarella⁴⁶¹ afirma que os juízes fazem muito mais do que levar adiante uma mera leitura da Constituição, o que fazem na verdade é a incorporação ao texto normativo de soluções que não constavam expressamente dele. O Poder Judiciário deve conferir certa racionalidade⁴⁶² ao sistema penal.

⁴⁵⁹ HIRSCHL, *Op. cit.*

⁴⁶⁰ FERRAJOLI, 2001. p. 19.

⁴⁶¹ GARGARELLA, 1997.

⁴⁶² De acordo com Gargarella (2016. [versão eletrônica: ebook]. [posição 510].): “*A las agencias judiciales, en cambio, las presenta más cerca de lo que pueden o deben ser, una agencia consciente de la selectividad propia del sistema penal, que procura resistir tales sesgos (por caso, a través de la utilización de categorías como las de la insignificancia o la vulnerabilidad); que se orienta a dotar de racionalidade un processo marcado por la irracionalidade; que resiste los impulsos autoritarios del sistema; que limita la represión penal fogoneada desde las empresas mediáticas; que establece barreras frente al poder punitivo estatal*”. Tradução livre: “*As agências judiciais, por outro lado, as apresentam mais próximas do que podem ou deveriam ser, uma agência consciente da seletividade do sistema criminal, que procura resistir a tais preconceitos (por exemplo, através do uso de categorias*

Ao longo das últimas décadas diversas normas penais e processuais penais foram revistas judicialmente pelo Poder Judiciário, sendo possível mencionar a título exemplificativo: (a) o reconhecimento de inconstitucionalidade dos crimes previstos na Lei de Imprensa⁴⁶³ e (b) a inconstitucionalidade da fixação obrigatória de regime inicial fechado para crimes hediondos⁴⁶⁴.

O Supremo Tribunal Federal também tem analisando temas como a descriminalização das condutas relacionadas ao consumo de drogas e do aborto realizado pela gestante.

Esta atuação do Supremo Tribunal Federal nada tem de exclusiva no cenário internacional. O aborto já foi objeto de inúmeras proposições jurisdicionais ao redor do mundo e o consumo de drogas foi descriminalizado em âmbito jurisdicional pela Suprema Corte Argentina⁴⁶⁵.

O que se percebe, portanto, é que a revisão judicial da legislação penal é uma realidade, remanescendo o problema de saber se tal atuação jurisdicional é legítima ou se afeta o processo democrático. A resposta parece estar conectada com a revisão judicial da legislação em geral, já que as leis penais, mais do que quaisquer outras, devem estar de acordo com os valores insculpidos na Constituição. O que se quer dizer é que a admissão da revisão judicial – de forma geral – importa por evidente na revisão judicial de leis penais e processuais penais. E, quanto a este ponto, já se colocou os lados distintos da dialética estabelecida doutrinariamente, mas não é demais reiterar a lição de Estefânia Barboza⁴⁶⁶, a partir do pensamento de Ronald Dworkin:

A concepção constitucional de democracia prevê que as decisões de política sejam tomadas por agentes eleitos democraticamente pelo povo. Não obstante, permite que o Judiciário, mesmo tendo caráter contramajoritário,

como insignificância ou vulnerabilidade); que visa fornecer racionalidade de um processo marcado pela irracionalidade; que resiste aos impulsos autoritários do sistema; que limita a repressão criminal alimentada pelas empresas de mídia; que estabelece barreiras contra o poder punitivo do estado”.

⁴⁶³ BRASIL, STF. Ação de descumprimento de preceito fundamental [ADPF 30]. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 29.12.2018.

⁴⁶⁴ “*Ementa: Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida [...]”.* (BRASIL, STF. Habeas Corpus [HC 111.8440/ES]. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490>>. Acesso em 20.10.2018.

⁴⁶⁵ VASQUEZ, *Op. cit.*

⁴⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Apud*. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.* p. 64.

possa tomar decisões sobre direitos, já que em alguns casos os tribunais estão mais preparados na proteção de direitos que garantem igual consideração e respeito, ou de que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”.

No próximo capítulo será analisado o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 635.659⁴⁶⁷, mas já se mostra interessante transcrever trecho do voto em que o Ministro destaca a importância do controle de constitucionalidade das leis penais a fim de se viabilizar a correção de escolhas desproporcionais do legislador:

A doutrina identifica como típicas manifestações de excesso no exercício do poder legiferante a contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, assim, a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada.

O controle de constitucionalidade da legislação penal é, portanto, atividade inerente às competências conferidas ao Poder Judiciário, razão pela qual as normas penais típicas inconstitucionais podem ser objeto de revisão judicial.

3.2.3 Revisão Judicial e Descriminalização das Drogas

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659⁴⁶⁸, o Supremo Tribunal Federal passou a enfrentar de forma ampla – ainda que em sede de controle difuso, mas com reconhecimento de repercussão geral – a potencial inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas)⁴⁶⁹.

O julgamento da questão ainda não se encerrou⁴⁷⁰ no Supremo Tribunal Federal, impedindo conclusões antecipadas, mas os votos já proferidos apontam para

⁴⁶⁷ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [REExt 635.659]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em 02.10.2017.

⁴⁶⁸ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [REExt 635.659].

⁴⁶⁹ BRASIL. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Lei de drogas.

⁴⁷⁰ O julgamento foi suspenso no ano de 2015, quando o Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos. Em virtude do falecimento do Ministro Teori Zavascki, o autos foram em vista ao Ministro Alexandre de Moraes, que assumiu a vaga. Em 23 de novembro de 2018, o Ministro Alexandre de Moraes liberou os autos para que a continuidade do julgamento seja pautada. (CONJUR. **Alexandre de Moraes libera voto e RE sobre posse de drogas pode ser julgado** [Notícia]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-23/alexandre-moraes-libera-voto-re-posse-drogas>>. Acesso em 29.12.2018).

certa mudança de tendência jurisprudencial sobre drogas, ainda que de forma “*tímida*” em certos aspectos.

Tanto é assim que, em decisão mais recente⁴⁷¹ (monocrática), o Ministro Luís Roberto Barroso decidiu pela concessão de liminar em Habeas Corpus para suspender o trâmite de ação penal que apura conduta amoldada ao art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

A decisão mencionada confirma o cenário de mudança. Portanto, é relevante analisar – ainda que de forma sintética – os votos até então proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659.

No primeiro voto⁴⁷², o Ministro Gilmar Mendes, Relator do Recurso Extraordinário, abordou inicialmente a viabilidade de se analisar a inconstitucionalidade de tipos penais, o que hipoteticamente, conforme problematizado no voto, poderia revelar incursão desautorizada na atividade legislativa e, por consequência, violação do princípio democrático.

A conclusão foi no sentido de que a atuação do Supremo Tribunal Federal é democraticamente legítima. O Relator – valendo-se de precedentes do direito alemão – sustentou que o reconhecimento de inconstitucionalidade de tipos penais integra legitimamente o campo de atividade jurisdicional⁴⁷³.

Sob a influência da jurisprudência alemã, o Ministro fez constar que o controle de constitucionalidade pode ser realizado em diferentes graus de intensidade, quais sejam: (a) controle de evidência; (b) controle de justificabilidade; (c) controle material de intensidade.

O Relator sustentou que o Poder Judiciário não pode permitir a criminalização de condutas de forma injustificada, sem base dogmática e de política criminal, sendo plenamente viável o controle de constitucionalidade de tipos penais. Já no início do voto, o Ministro Gilmar Mendes destacou a importância de se examinar – como premissa para o julgamento da questão das drogas – “*os parâmetros e limites do*

⁴⁷¹ BRASIL, STF. Habeas corpus [HC 143.798/SP]. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão monocrática proferida em 18 de maio de 2017. Liminar concedida no HC 143.798 MC/SP.

⁴⁷² Todas as referências aos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin constam de: BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].

⁴⁷³ O Ministro Gilmar Mendes se ateve ao mesmo problema proposto neste capítulo da pesquisa: o de saber se o poder Judiciário poder realizar a revisão judicial de normas penais criminalizadoras? Contudo, o Ministro percorreu caminho distinto para chegar à mesma conclusão aqui lançada. Enquanto, a vertente pesquisa se ocupou da revisão bibliográfica da doutrina contemporânea sobre o “*judicial review*”, o Ministro fundamentou a sua posição decisória na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã.

*controle de constitucionalidade de leis penais*⁴⁷⁴, notadamente com relação aos tipos penais que criminalizam riscos abstratos.

O Ministro também ressaltou a relevância do princípio da proporcionalidade na criminalização de condutas – com o objetivo de tutela de bens jurídicos. A proporcionalidade deve ser avaliada, segundo ele, a partir da correlação entre meios e fins, sendo que “*o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa*”⁴⁷⁵. Tal ponderação está de acordo com o princípio penal da intervenção mínima, o qual confere ao direito penal função restrita e posição de último interventor (*ultima ratio*). Isto acontece porque o direito penal atua através da pena, a qual atinge bens jurídicos relevantes, sobretudo a liberdade, de forma que a sanção não pode ser maior do que a afronta ao bem jurídico agredido pelo crime, hipótese que contribuiria para o desequilíbrio social.

O necessário respeito à proporcionalidade, na concepção do Ministro Gilmar Mendes, abre a possibilidade de se controlar a constitucionalidade (revisão judicial) das normas de direito penal. O Poder Judiciário tem, portanto, legitimidade para verificar se o Poder Legislativo atuou de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos essenciais.

Para fundamentar a sua posição sobre a revisão judicial de tipos penais, o Ministro estruturou a base teórica do argumento a partir de jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. O precedente de referência foi o estabelecido no julgamento do caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 BVerfGE 50, 290)⁴⁷⁶. A Corte Constitucional Alemã – a partir deste caso – definiu níveis distintos de controle de constitucionalidade: (a) controle de evidência; (b) controle de justificabilidade; (c) controle material de intensidade.

Em primeiro lugar, o Ministro Gilmar Mendes, sobre o controle de evidência, sustentou que “*a norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental*”⁴⁷⁷. O controle de evidência se relaciona com a verificação de ausência da tomada de outras providências pelo Estado – não penais

⁴⁷⁴ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [REExt 635.659].

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

⁴⁷⁶ Referência extraída do voto do Relator (BRASIL, STF. Recurso extraordinário [REExt 635.659].)

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

– para a tutela do bem jurídico ou que as providências penais adotadas se mostrem inadequadas e insuficientes.

Em segundo lugar, através do controle de justificabilidade, o Poder Judiciário verifica se o legislador – quando da edição da norma – fez o levantamento e considerou adequadamente todas as informações sobre o tema objeto da normatização. Neste nível de controle, cabe ao Poder Judiciário a análise da adequação da norma às informações disponíveis. Neste sentido, o Ministro fez constar do voto que:

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, portanto, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto da atividade legislativa é que é possível averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada⁴⁷⁸.

O terceiro nível de controle de constitucionalidade (controle material de intensidade) se relaciona com o princípio da proporcionalidade, pois o Poder Judiciário verifica se a escolha do legislador – potencialmente lesiva a bem jurídico fundamental (liberdade) – é obrigatoriamente necessária e equilibrada quando confrontada com a tutela do bem jurídico decorrente da criminalização. Fica a cargo da jurisdição, nesta hipótese, verificar “*se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes*”⁴⁷⁹.

O Ministro Gilmar Mendes – ao analisar os três níveis de controle – se posicionou no sentido de que a análise da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 pelo Poder Judiciário revelar-se-ia como medida plenamente legítima e adequada.

O Relator concluiu pela inconstitucionalidade da repressão penal aos usuários de drogas. De acordo com o Ministro, não cabe ao direito penal a repressão ao porte de drogas destinadas ao consumo.

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato

⁴⁷⁸ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita⁴⁸⁰.

O Ministro Gilmar Mendes também destacou em seu voto que a criminalização do consumo constitui agressão à intimidade e à privacidade, bem como que se trata de medida que marginaliza o usuário, contrariando a necessária atenção à saúde e a busca de reinserção social.

Já nas conclusões, o Relator demonstrou preocupação com as dificuldades em se diferenciar o pequeno traficante do usuário de drogas, em virtude da ausência de parâmetros objetivos, sendo que a existência destes parâmetros seria, em sua compreensão, “*medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes*”⁴⁸¹. Neste ponto, o Ministro apontou a necessidade de regulamentação legislativa de critérios objetivos e determinou a regulamentação jurisdicional da apresentação⁴⁸² do preso por tráfico ao juiz como medida a viabilizar – em tese – melhor análise diferenciadora.

Na parte dispositiva do voto, o Ministro, embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade do art. 28, o fez sem redução de texto, recomendando que as sanções previstas sejam aplicadas em esfera não penal:

Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa⁴⁸³.

O Ministro Luís Roberto Barroso proferiu voto em sentido similar ao do Relator, tendo exposto a ausência de razão jurídica para a criminalização e o fracasso da política repressiva; contudo surpreendeu ao reduzir o espectro da decisão à maconha, o que acabou não guardando muito sentido com os fundamentos críticos incisivos relacionados à criminalização do consumo como um todo.

Na ementa do seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso dividiu as razões da descriminalização em “*pragmáticas*” e “*jurídicas*”:

Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e

⁴⁸⁰ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [REExt 635.659].

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² Espécie de audiência de custódia.

⁴⁸³ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [REExt 635.659].

(iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública⁴⁸⁴.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso se aprofundou nos mais variados pontos justificantes da descriminalização, não focando apenas na possibilidade jurídica, mas na necessidade social – pragmática – da medida. Ele teceu inúmeras considerações reveladoras do fracasso da “*guerra às drogas*”, tendo dito que “*insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade*”⁴⁸⁵.

Em sua concepção se destacariam algumas prioridades, a serem alcançadas de forma gradativa: (a) neutralizar o poder do tráfico, acabando com a ilegalidade das drogas e regulando a produção e distribuição; (b) reduzir o encarceramento de pessoas presas com pequenas quantidades de drogas, a partir da definição de critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante; (c) focar em soluções de apoio e não de repressão ao consumidor das drogas.

Sobre esta última prioridade apontada, o Ministro foi categórico em dizer que a “*criminalização do consumo tem produzido consequências mais negativas sobre a sociedade e, particularmente, sobre as comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelas drogas sobre os seus usuários*”⁴⁸⁶.

O Ministro também fez breve análise do direito comparado, mencionando as experiências internacionais com a descriminalização, destacando os exemplos de Colômbia e Argentina, países nos quais “*a descriminalização veio por decisão do Tribunal Constitucional e da Suprema Corte, respectivamente*”⁴⁸⁷.

O Ministro Barroso foi ainda mais avante em sua decisão, pois – muito embora a título de sugestão – inovou o conteúdo normativo, ao propor uma quantidade mínima de 25 gramas de maconha para a diferenciação entre usuário e traficante.

Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso concluiu o seu voto com o seguinte dispositivo:

É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei no 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se

⁴⁸⁴ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores⁴⁸⁸.

Terceiro a votar, o Ministro Edson Fachin enfrentou a questão de maneira técnica e concluiu pela inconstitucionalidade, restringindo tal reconhecimento à maconha e, na linha do Relator, não reduzindo o texto, de forma a manter a aplicação das “*sanções*” em esfera diversa da penal.

De acordo com o Ministro Edson Fachin, o direito penal não pode se fundar em substrato exclusivamente moral; nas palavras do Ministro: “*os ideais de excelência humana que integram preciso sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, mas devem ser produto de escolha de cada indivíduo*”⁴⁸⁹.

O Ministro Fachin – adentrando a ponto jurídico central do debate – salientou que, a se considerar o princípio da ofensividade, “*somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção*”⁴⁹⁰.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal não tenha firmado posição definitiva sobre a questão, remanescendo ainda os votos de oito ministros, o que se percebe, sobretudo no voto do Relator, é uma tendência ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006; o que, em se confirmando, importará na descriminalização (integral ou parcial) do consumo de drogas.

Todavia, algumas observações críticas sobre os votos proferidos também se mostram necessárias, notadamente sobre determinados aspectos aparentemente incoerentes.

Eis algumas destas incoerências aparentes: (a) de um lado, sustenta-se que o consumo de drogas (em geral) não afeta direito de terceiros e que a criminalização viola a intimidade e a vida privada e, de outro lado, limita-se a inconstitucionalidade da criminalização somente à maconha; (b) de um lado, reconhece-se a inconstitucionalidade da repressão e, de outro lado, mantem-se – em vista da não redução de texto – medidas com caráter repressivo, ainda que aplicadas em esfera não penal; (c) de um lado, discorre-se sobre a indispensabilidade de critério objetivo de diferenciação entre usuário e traficante e define-se um critério (25 gramas) e, de

⁴⁸⁸ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

outro lado, estabelece-se que tal quantificação mínima é apenas uma “*presunção*”, o que acaba por transformar objetivo em subjetivo.

Sobre a primeira incoerência, revela-se adequado iniciar pela análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. O voto adentrou aos fundamentos pragmáticos e jurídicos justificantes da descriminalização do porte de drogas para fins de consumo, contudo a extensão decisória se limitou à maconha. Neste sentido foi enfático o Ministro: “*a droga em questão, portanto é a maconha. O meu voto trabalha sobre este pressuposto*”⁴⁹¹.

Em diversas partes da fundamentação, o Ministro Barroso falou em drogas de uma forma geral, até porque boa parte de sua construção argumentativa – como se viu na síntese do voto – não fez diferenciação entre tipos de drogas, mas sim baseou-se nos direitos à privacidade e à liberdade individual, bem como na desproporcionalidade punitiva.

Dois aspectos críticos merecem atenção: (a) não se mostra coerente vislumbrar que a proibição do consumo de substâncias (drogas) afronta a liberdade individual, a alteridade e a privacidade, para, posteriormente, reconhecer a inconstitucionalidade tão só com relação a uma substância específica (maconha); (b) tal reconhecimento acaba esvaziando o debate, pois para se considerar inconstitucional a proibição de droga específica, desnecessária seria a verificação de inconstitucionalidade do art. 28, bastando considerar inconstitucional o ato executivo de inclusão da referida substância na portaria da ANVISA⁴⁹².

O voto proferido pelo Ministro Edson Fachin também restringiu o debate à maconha, o que revela potencial tendência restritiva no encaminhamento da questão pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal⁴⁹³.

Contudo, o próprio Ministro Fachin apontou em seu voto que o reconhecimento da repercussão geral permitiria à Corte “*extrapolar os limites do pedido formulado para firmar tese acerca do tema, que para além dos interesses subjetivos da demanda, seja de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica*”⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].

⁴⁹² BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE: ANVISA. Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

⁴⁹³ O Ministro Edson Fachin sustentou que a questão em debate deveria se circunscrever à “*constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade*”. (BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].)

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

Caso a totalidade dos fundamentos eleitos pelos Ministros, para o reconhecimento da inconstitucionalidade, tivesse relação exclusiva com a maconha, coerente estaria a decisão; mas, considerando que a grande maioria dos fundamentos eleitos (*ratio decidendi*) tiveram amplitude apta a englobar qualquer droga (privacidade, autonomia individual, alteridade, proporcionalidade etc.), a restrição não se mostra coerente, até mesmo porque o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não trata de substâncias específicas.

Não se ignora que o caso concreto, levado a conhecimento do Supremo Tribunal Federal, versa sobre situação envolvendo maconha, mas o pleito de reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 28 não se prende à peculiaridade da substância em questão, notadamente quando reconhecida a repercussão geral do recurso.

A segunda incoerência aparente a ser mencionada é a que recai sobre a parte do voto do Relator em que restou reconhecida a inconstitucionalidade da criminalização, mas sem a redução de texto, mantendo as “*sanções*”, na condição de medidas de caráter administrativo⁴⁹⁵.

De um lado, se reconhece a liberdade individual do indivíduo em consumir determinadas substâncias, ainda que prejudiciais à saúde, sem prejuízo a terceiros, mas, de outro lado, traz como solução a aplicação de medida coercitiva (e punitiva, ainda que se mude o nome), a fim de reprimir na via administrativa a escolha individual.

A técnica de se realizar o controle de constitucionalidade sem redução de texto é medida legítima de atuação jurisdicional. Contudo, o que não se compreende é a utilização de tal técnica para se manter o trato repressivo ao usuário, apenas alterando a esfera sancionadora. Diz-se que não há crime, mas mantém-se a repressão ao usuário.

Por fim, parece ser incoerente também a postura do Ministro Luís Roberto Barroso ao, de um lado, demonstrar grande preocupação com a falta de definição de critério objetivo de diferenciação entre usuário e traficante, chegando a propor um critério diferenciador (25 gramas), mas, por outro lado, dizer que o critério por ele

⁴⁹⁵ Esta consequência consta do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, tendo sido acompanhado pelo Ministro Edson Fachin. (BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].)

escolhido funcionaria como mera presunção⁴⁹⁶. Enfim, se uma das funções da definição de critério objetivo seria a diminuição da discricionariedade judicial, não faz sentido, ao menos aparentemente, que o critério proposto como objetivo tenha contornos de mera presunção, de forma a viabilizar a continuidade de escolhas subjetivadas e arbitrárias.

Bem se sabe que estas incoerências aparentes não compõem o julgado definitivo, já que o julgamento ainda se encontra em fase inicial, faltando o voto dos demais ministros, mas tais pontos merecem ser problematizados, sobretudo para que o provimento final mantenha harmonia entre fundamentação e dispositivo, bem como tenha uma *ratio decidendi* coerente.

O que se conclui é que o Supremo Tribunal Federal pode vir a reconhecer a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, hipótese reveladora de aparente avanço na superação do paradigma proibicionista. Contudo, não se sabe se esta descriminalização – ainda meramente hipotética – será integral ou circunscrita à maconha, bem como não se pode ter certeza se a repressão não ganhará outros contornos de cunho eficientista, por meio do controle administrativo das escolhas individuais. Portanto, o que se tem no atual momento é que a descriminalização operada pelo Poder Judiciário continua a ser meramente potencial, muito embora encontre-se em estado latente, em vista da pendência de continuidade do julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659.

3.3 REDUÇÃO DE DANOS

Entre os modelos alternativos à proibição, um dos que se destaca – como estratégia integral ou parcial de descontinuação – é o de redução de danos. Tal modelo pode ter efetivação legislativa e/ou judicial.

⁴⁹⁶ De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso: “É preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. [...] Cabe deixar claro que o que se está estabelecendo é uma presunção de que quem esteja portando até 25 gramas de maconha é usuário e não traficante. Presunção que pode ser afastada pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto. Portanto, poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior. Nessa hipótese, seu ônus argumentativo se torna mais acentuado”. (BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].)

No campo de atuação do Poder Judiciário é possível refletir sobre a inserção de políticas de redução de danos sobretudo em planos de “*Justiça Restaurativa*” e “*Justiça Terapêutica*”. De acordo com Salo de Carvalho, a redução de danos se conecta à perspectiva garantista⁴⁹⁷ de atuação do Poder Judiciário.

Maurides de Melo Ribeiro⁴⁹⁸ define a redução de danos como “*política humanista e pragmática que visa a melhora do quadro geral do cidadão que usa drogas, sem que lhe seja exigida a abstinência ou imposta a renúncia ao consumo dessas substâncias*”. O que se pretende, a partir desta escolha de política pública, é que o sujeito que faz uso da droga “*o faça com os menores danos possíveis à sua saúde, física e mental, à sua vida de relação, família, trabalho, sociedade etc. e, finalmente, à própria comunidade em que vive*”.

Sobre a origem das políticas de redução de danos, Maurides Ribeiro⁴⁹⁹ esclarece que:

[...] a quase totalidade dos autores estabelece como marco histórico da nova concepção de redução de danos o chamado Relatório Rolleston, publicado em 1926, na Inglaterra. [...] Esse relatório foi produzido por solicitação do governo inglês e a política dele decorrente era basicamente pautada nas necessidades dos usuários de drogas e na “normalização” de sua vida cotidiana. Essa normalização implicava diversas iniciativas como promover a administração da droga e seu monitoramento, por um médico, a esses indivíduos.

Destarte, ainda de acordo com Maurides⁵⁰⁰, as principais estratégias de redução de danos foram retomadas apenas na década de 1980, a partir de programa desenvolvido em Amsterdã, consistente na “*troca de seringas novas por usadas*”, reflexo da política holandesa sobre drogas, reconhecidamente mais liberal. Nesta mesma época, foi fundada em Amsterdã a “*Jukiebond*”, associação de usuários de drogas injetáveis voltada para a “*melhoria da qualidade de vida dos usuários de drogas*”.

A redução de danos prevista no programa holândes tinha como preocupação central a redução das doenças associadas ao compartilhamento de seringas

⁴⁹⁷ “A perspectiva garantista (no direito penal), entendida como atuação crítica desde o interior do sistema jurídico positivado, é de otimização da estrutura dogmática como freio aos excessos punitivos do estado, como limitação da coação direta ínsita às práticas da administração da justiça penal. Assim, distante do olhar contemplativo que busca o ideal ascético, na exposição das falhas do sistema (lacunas e antinomias) cria-se espaço para construção de práticas judiciais de redução de danos causados pelos processos de criminalização”. (CARVALHO, *Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. [Parte II, Cap. 8, p. 16].)

⁴⁹⁸ RIBEIRO, *Op. cit.* [versão eletrônica: ebook]. [posição 816].

⁴⁹⁹ *Ibidem.* [posição 849].

⁵⁰⁰ *Ibidem.* [posição 879].

(hepatites e HIV/Aids). A partir do êxito da experiência holandesa, vários países passaram a adotar políticas similares:

Já no ano de 1985, a Austrália iniciou um programa de âmbito nacional com projetos de troca de seringas como forma de prevenção à epidemia de HIV/Aids; o Canadá implantou seus primeiros programas em 1987; nos Estados Unidos, embora de forma precária e sem apoio governamental, iniciaram-se alguns programas no final da década de 1980. Na Europa, países como a França, Alemanha e Suíça também iniciaram projetos de redução de danos na mesma época⁵⁰¹.

As políticas de redução de danos da década de 1980 também repercutiram no Brasil, mais precisamente na cidade de Santos, sobretudo por se tratar de uma das principais cidades portuárias do país.

De acordo com Maurides⁵⁰², devido à amplitude do uso de drogas injetáveis, a partir de 1988, “*a cidade liderou durante anos o ranking de números de casos de Aids*”. Em virtude deste cenário, foi criado em Santos o primeiro programa de redução de danos, com estratégia similar à holandesa, qual seja a de “*troca de seringas novas pelas usadas*”⁵⁰³. Entretanto, sobretudo por se tratar de momento de expansão do proibicionismo, as autoridades policiais e o Ministério Público intervieram sobre o programa e “*criminalizaram*” as condutas dos idealizadores, sustentando que o fornecimento de seringas (trocas) consistiria em forma de incentivo ou difusão do uso de drogas⁵⁰⁴. Os coordenadores do projeto foram tratados pelas agências punitivas de forma similar aos traficantes, situação que bem revela a dificuldade de superação do paradigma proibicionista. Programa similar ao de Santos só galgou certo espaço no Brasil a partir de 1995, na cidade de Salvador⁵⁰⁵.

As estratégias de redução de danos não ficam circunscritas às drogas injetáveis, sendo que, debate-se no Brasil, inclusive, “*a viabilidade de implantação de locais especialmente destinados para o uso seguro, como já ocorre em alguns países europeus, como Alemanha, Espanha e Portugal, bem como no Canadá e na Austrália*”⁵⁰⁶. A implementação das estratégias de redução de danos, portanto,

⁵⁰¹ RIBEIRO, Op. cit. [versão eletrônica: ebook].[posição 862].

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ *Ibidem*. [posição 912].

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

⁵⁰⁵ *Ibidem*. [posição 912].

⁵⁰⁶ *Ibidem*. [posição 1005].

consiste em verdadeira mudança paradigmática⁵⁰⁷. Neste sentido é a lição de Szabó e Riso⁵⁰⁸:

Alguns exemplos inspiradores vêm de Portugal, da Colômbia, da Holanda e do Uruguai. Esses países adotam políticas distintas, mas em geral buscam diminuir a demanda com medidas educativas qualificadas, conhecimento científico e diálogo, sem tornar as drogas um tabu. Eles tratam aqueles que desenvolvem de abuso de substâncias não como criminosos, mas como pessoas que precisam de atendimento médico. Ao praticar a redução de danos, experimentam modelos mais humanos e eficientes para resolver a questão. Isso inclui acolher pessoas que foram criminalizadas pela lei anterior e apoiá-las na reconstrução de suas vidas, oferecendo oportunidades de formação e emprego.

As políticas de redução de danos se voltam para a efetivação dos direitos fundamentais dos usuários de drogas, através dos objetivos de atenção, prevenção e reinserção social⁵⁰⁹.

A redução de danos objetiva a atenção à saúde do usuário de drogas e este parece ser o principal aspecto a ser considerado quando se considera as drogas enquanto problema social. O que se quer dizer é que as soluções devem ser pensadas e efetivadas no campo da saúde pública⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ “Nesse passo há uma evidente mudança de paradigmas, pois a pessoa que usa drogas passa a ser vista como sujeito de direitos, tendo assegurada a garantia de não exclusão de escolas, centros esportivos e outros próprios do Estado; a garantia de não sofrer discriminação em campanhas contra o uso de drogas que diferenciem os usuários dos dependentes; o acesso a tratamentos que respeitem sua dignidade, permitindo sua reinserção social; o direito de ser informado, de todas as formas, estratégias, tipos, e etapas de tratamentos, incluindo os desconfortos, riscos, efeitos colaterais e benefícios; o apoio psicológico durante e após o tratamento, entre outros direitos e garantias típicas do exercício da cidadania, num Estado Social Democrático de Direito”. (Ibidem. [posição 991].)

⁵⁰⁸ SZABÓ; RISSO, *Op. cit.* p. 89.

⁵⁰⁹ Esta busca de efetivação de direitos, ao invés de repressão de direitos, fica clara na lição de Carla Regina Moreira: “A política de saúde que tem potência para protagonizar a efetivação de direitos humanos é a RD [Redução de Danos]. [...] A RD se configura por ações que promovem a atenção à saúde e o cuidado, que se efetiva por intervenções humanizadas. [...] Há que se distinguir, no entanto, que a maior parte das preocupações do debate em saúde, que justificam a adoção da RD como perspectiva humanizadora, se voltam à garantia dos direitos individuais, aproximando-se da defesa dos direitos civis, de que o sujeito é livre para fazer as suas escolhas de consumo e comprar no mercado”. (MOREIRA, Carla Regina. **As políticas públicas de saúde no campo das substâncias psicoativas ilícitas e os direitos humanos** [Dissertação em Enfermagem]. São Paulo: USP, 2014. p. 111-112.)

⁵¹⁰ De acordo com Xavier Pons Diez (*Op. cit.* p.165): “La reducción de daños puede ser vista como un objetivo de un programa de tratamiento –por ejemplo, los programas de mantenimiento con metadona–, pero también como un acercamiento ético y pragmático a la problemática social de las drogas, que hace hincapié en reducir las consecuencias negativas del uso de sustancias más que en promover la abstinencia. En ambos casos, uno de los puntos clave es que el consumo de drogas en cada persona concreta es aceptado como un hecho que surge de su decisión particular. El objetivo será que el consumo de drogas tenga los mínimos efectos negativos posibles para las personas y para la sociedad”. Tradução livre: “A redução de danos pode ser vista como um objetivo de um programa de tratamento - por exemplo, programas de manutenção com metadona - mas também como uma abordagem ética e pragmática dos problemas sociais das drogas, que enfatiza a redução das consequências uso negativo de substâncias, em vez de promover a abstinência. Em ambos os casos, um dos pontos-chave é que o consumo de drogas em cada pessoa específica é aceito como um fato

A Comissão Global de Política de Drogas⁵¹¹ destaca a importância da implementação dos mecanismos de redução de danos, conforme se depreende do último relatório emitido (2018):

As medidas de saúde pública destinadas a mitigar os riscos relacionados com a droga provaram ser eficazes na resposta ao VIH e às hepatites, reduzindo as overdoses fatais, melhorando a saúde e o status social das pessoas dependentes de drogas e as capacitando. Alguns países ainda preferem seguir a ilusão de alcançar uma sociedade livre de drogas. Por essa razão, a redução de danos ainda está lutando para reivindicar seu lugar no regime internacional de controle de drogas. No entanto, está lentamente se tornando um princípio orientador das políticas nacionais de saúde [Tradução livre]⁵¹².

O Poder Judiciário pode ter papel relevante na efetivação da redução de danos, não enquanto ente repressor, mas sim de efetivação de direitos, ou seja, atuando através de mecanismos restaurativos.

Mário Luiz Ramidoff⁵¹³ destaca a redução de danos enquanto “*estratégia político-social pública*” voltada sobretudo ao atendimento de crianças e adolescentes. De acordo com Autor “*afigura-se absolutamente prioritária a destinação privilegiada de recursos públicos para as áreas relacionadas com a proteção integral da saúde da criança e do adolescente*”. Ramidoff⁵¹⁴ considera fundamental a existência de entidades que componham uma rede de proteção integral às crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade em decorrência do “*uso abusivo de drogas*”⁵¹⁵.

A redução de danos é, portanto, uma estratégia política alternativa ao proibicionismo, sendo que a sua concretização pode se dar por via legislativa e/ou jurisdicional. Desta forma, revelante analisar o papel do Poder Judiciário na utilização

que surge de sua decisão particular. O objetivo será que o uso de drogas tenha o mínimo de efeitos negativos possíveis para as pessoas e a sociedade”.

⁵¹¹ COMISSION GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS. 2018. p. 05.

⁵¹² Tradução livre de: “*Las medidas de salud pública destinadas a mitigar los riesgos relacionados con las drogas han demostrado su eficacia para responder al VIH y la hepatitis, reducir las sobredosis fatales, mejorar la salud y la situación social de las personas dependientes a las drogas y empoderar a las personas que usan drogas. Algunos países aún prefieren seguir la ilusión de llegar a una sociedad libre de drogas. Por esa razón, la reducción del daño aún lucha por reclamar su lugar en el régimen internacional de fiscalización de drogas. Sin embargo, lentamente se está convirtiendo en un principio rector de las políticas nacionales de salud*”.

⁵¹³ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Drogas e a rede de proteção**. JUSBRASIL, 2011. Disponível em: <<https://marioluizramidoff.jusbrasil.com.br/artigos/121934662/drogas-e-a-rede-de-protecao?ref=serp>>. Acesso em 22.09.2018.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

⁵¹⁵ De acordo com Ramidoff (*Ibidem*.): “*Essas Entidades de atendimento operacionalizam suas atividades a partir de concepções teórico-pragmáticas (técnicas) não estigmatizantes, e, que, por isso, privilegiam a redemocratização das relações pessoais que se estabeleçam sob os auspícios das diretrizes principiológicas do movimento antimanicomial e antihospitalocêntrico*”.

destas estratégias de redução de danos, na perspectiva das denominadas “*Justiça Restaurativa*” e “*Justiça Terapêutica*”.

3.3.1 Justiça Restaurativa

As práticas restaurativas ganharam cada vez mais espaço no debate político criminal a partir do insofismável cenário de crise da justiça penal retributiva. A pena, enquanto instrumento capaz de infligir dor, é – nas palavras de Zaffaroni – “*sofrimento órfão de racionalidade*”⁵¹⁶.

A dificuldade em se encontrar racionalidade na pena constitui, portanto, importante impulso para que o sistema penal seja repensado.

A despeito das teorias legitimadoras da pena, “*fundadas nas irrealizáveis ideias de retribuição e prevenção*”, Maria Lúcia Karam afirma que a pena só se explica “*em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder*”⁵¹⁷.

Friedrich Nietzsche relata que há grande dificuldade em se estabelecer qual a finalidade do castigo, o que o faz afirmar que não existe uma única finalidade, “*mas uma síntese de finalidades*”. A fim de demonstrar o argumento, Nietzsche apresenta um elenco com doze finalidades distintas, mas destaca que a finalidade de aterrorizar, em certas circunstâncias, “*parece anular todos os elementos restantes*”⁵¹⁸.

A imagem que Nietzsche constrói sobre o castigo revela o quanto o sistema penal fundado sobre ele pode ser opressor e perpetuador de injustiças, pois afeta a própria condição humana do punido e expõe a crueldade⁵¹⁹ e o prazer de punir da sociedade. “*O castigo é simplesmente a imagem, a mímica da conduta normal a respeito do inimigo detestado, desarmado e abatido, que perdeu todo o direito não só*

⁵¹⁶ ZAFFARONI, *Op. cit.* 1991.

⁵¹⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Pela abolição do sistema penal**. In PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 82.

⁵¹⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Genealogia da Moral**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 77-78.

⁵¹⁹ O Autor faz uma análise detalhada do castigo, enquanto instrumento de controle e de submissão, destacando o estranho prazer associado daqueles que aplicam e assistem aos suplícios.

*à proteção, mas também à piedade; é o grito de guerra, o triunfo da vae victis em toda a sua inexorável crueldade*⁵²⁰.

De acordo com Vera Malaguti Batista⁵²¹, “*a invenção da pena pública supõe o confisco do conflito da vítima, que se torna apenas uma figura secundária na reconfiguração do poder punitivo*”. Este confisco da relação conflitiva é criticado por Louk Hulsman⁵²², sobretudo por ser o Estado ente distante e impessoal.

Especificamente com relação ao proibicionismo relacionado às drogas, tal possui consequências nefastas. Edson Passetti⁵²³ ensina que “*é pelo proibicionismo que as corrupções se expandem, multiplicam-se as seguranças, acrescentam-se novas punições*”. Ainda de acordo com o referido autor “*as drogas exemplificam o duplo jogo da moral e dos múltiplos efeitos das éticas correlatas*”.

Em síntese: seja de forma geral ou específica com relação às drogas, é evidente que a punição se encontra em crise e, portanto, precisa ser repensada. Um repensar não pelas lentes do proibicionismo, em verdadeira reconfiguração do problema, mas sob a égide de aspirações libertárias.

Neste cenário surgem, diuturnamente, proposições alternativas, alocadas dentro do sistema penal ou alternativas a ele. Entre estas alternativas se inserem as “*práticas restaurativas*”, as quais podem ser pensadas de forma mais radical, enquanto mecanismos alternativos ao próprio sistema penal; ou de forma mais moderada, enquanto instrumentos redutores do direito penal. O que não se aceita como razoável, por outro lado, é que sob a roupagem da “*restauração*” sejam criados mecanismos de repetição do autoritarismo eficientista, em verdadeira recriação legitimadora do punitivismo sob pretenso viés conciliatório.

Em essência, a Justiça Restaurativa se volta à concretização de objetivos, tais como: (a) o reconhecimento da necessidade de reparação da vítima, não apenas pelo dano sofrido, mas em sua própria dignidade; (b) o afastamento do castigo enquanto instrumento de solução da situação-problema, substituído por mecanismos que

⁵²⁰ NIETZSCHE, *Op. cit.* p. 71.

⁵²¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Op. cit.* p. 24.

⁵²² De acordo com Hulsman (*Op. cit.* p. 126): “*A sociedade, para cada um, significa, em primeiro lugar, seus vínculos pessoais, suas relações de trabalho, de vizinhança, de lazer, seus interesses partilhados com outros: sua igreja, seu bairro, sua comunidade, etc. Por que deixar ao estado, poder frequentemente distante e longínquo, o cuidado – exclusivo – com a resolução dos problemas nascidos de nossos contatos mais pessoais?*”.

⁵²³ PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. *In.* PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 20.

permitam a tomada de consciência sobre o fato lesivo e o restabelecimento dos laços sociais.

Em campo propositivo de políticas criminais alternativas, Alessandro Baratta⁵²⁴ faz referência a um princípio “*funcional*” limitativo do poder punitivo que denomina de “*princípio do primado da vítima*”:

A posição da vítima no sistema está atualmente no centro da atenção dos estudiosos. Têm sido postas em relevo as graves distorções que o sistema penal apresenta quando é avaliado do ponto de vista dos interesses da vítima; o direito penal permite comprovar, em particular quando se reflete sobre o papel da vítima no processo, a quase total expropriação do direito de articular seus próprios interesses (D. Krauss, 1984). Em regra, resulta injustificada a pretensão do sistema penal de tutelar interesses gerais que vão além dos da vítima. Desse ponto de vista, tem sido indicado com a denominação programática de “privatização dos conflitos”, um caminho para o qual se pode orientar com êxito uma estratégia de descriminalização que abarque boa parte dos conflitos sobre os quais incide a lei penal. (L. Hulsman, 1982; N. Cristie, 1977) Substituir, em parte, o direito punitivo pelo direito restitutivo, outorgar à vítima e, mais em geral, a ambas as partes dos conflitos individuais maiores prerrogativas, de maneira que possam estar em condições de restabelecer o contato perturbado pelo delito, assegurar em maior medida os direitos de indenização das vítimas são algumas das mais importantes indicações para a realização de um direito penal da

A Justiça Restaurativa não possui definição unívoca; trata-se de conceito aberto, com ampla margem de abstração. A própria denominação em si desperta inúmeras divergências. Outros termos podem ser utilizados para a mesma designação, a exemplo de “*práticas restaurativas*”, definição já utilizada na presente pesquisa. De acordo com André Giamberardino⁵²⁵, contudo, a denominação é algo de somenos importância, não afetando a essência das proposições restaurativas:

“Restauração”, “restituição criativa”, mediação: a denominação não deve importar tanto, já que “nomes” muitas vezes podem trazer consigo vícios e experiências que não correspondem ao que se pretende. O ponto central está na participação ativa e criativa dos sujeitos criminalizados e vitimizados, na criação de espaços e oportunidades de diálogo e mútua compreensão. É natural que prevaleça a utilização dos termos relativos às “práticas restaurativas” porque se trata, efetivamente, do mais consistente movimento, na atualidade, que caminha nessa direção. De todo modo, o termo não deve aprisionar e reduzir o potencial da proposta que está na base.

O uso de “*práticas restaurativas*” ao invés de “*Justiça Restaurativa*” parece realmente constituir escolha mais adequada. Afinal, o termo “*Justiça*” acaba por limitar inadequadamente a utilização de procedimentos restaurativos ao Poder Judiciário, o

⁵²⁴ BARATTA, 1987. p. 11-12.

⁵²⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo** [Tese de Doutorado]. Curitiba: UFPR, 2014. p. 128.

que não se justifica, pois, o processo restaurador – a depender da situação específica – pode tornar dispensável a atuação judicial. Com isso não se quer minimizar a importância do Poder Judiciário na efetivação das práticas restaurativas, mas apenas ressaltar a maior amplitude de tais práticas.

Não obstante a mencionada abertura conceitual, é indispensável que se investigue de forma mais detida alguns aspectos conceituais da denominada Justiça Restaurativa.

De acordo com Selma Pereira de Santana⁵²⁶ trata-se “*de um processo multidisciplinar que busca a resolução do conflito suscitado entre as partes, de modo não intervencionista e não formal*”. Tal processo teria o condão de evitar os estigmas resultantes da atuação punitiva. Como complemento ao conceito, a referida Autora aponta características próprias deste processo restaurativo: (a) voluntariedade (devidamente esclarecida); (b) resolução da controvérsia entre as próprias partes interessadas; (c) redução de demanda perante o Poder Judiciário; (d) “*restauração das relações*”; (e) reintegração do agente ao convívio social; (e) “*revalorização, transformação, restabelecimento da paz e, sobretudo, tratamento humano concedido aos envolvidos no conflito*”⁵²⁷.

A ideia de restauração não fica atrelada exclusivamente ao dano, mas inclui a relação interpessoal; restaura-se, portanto, os relacionamentos entre agente e vítima, entre agressor e sociedade. Neste sentido é a lição de Zanetti e Contin:

A Justiça Restaurativa tem como finalidade consertar e reparar o dano, restaurando relacionamentos, principalmente entre a vítima, o agente agressor e a sociedade. Sua premissa maior é a de reparar o dano causado pelo ilícito penal, que não é visto unicamente como uma violação a uma norma jurídica imposta pelo Estado, mas sim também uma violação ofensiva à pessoa da vítima, sendo que, dessa forma, à Justiça Restaurativa cabe identificar o trauma causado que deve ser reparado.⁵²⁸

A Justiça Restaurativa foca a resolução da situação-problema não no crime em si (evento passado), mas sim na busca de recomposição das relações sociais danificadas pelo fato (hipótese futura⁵²⁹). A Justiça Restaurativa tem, portanto, viés

⁵²⁶ SANTANA, Selma Pereira de. Aplicabilidade da justiça restaurativa a usuários e dependentes de drogas ilícitas: uma alternativa ao fracasso do sistema penal tradicional. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA**. v. 27. n. 1. Salvador: UFBA, 2017.

⁵²⁷ *Ibidem*.

⁵²⁸ ZANETTI, José Carlos Trinca; CONTIN, Alexandre Celiotto. A justiça restaurativa na Lei de Drogas: efetividade ou manipulação. **Revista de Direito Vox Forensis**. v.1. n. 1. UniPinhal, 2017.

⁵²⁹ Esta preocupação com o futuro é destacada por Fabiano Alves Mendanha: “*A justiça restaurativa se afigura sim como um novo modelo na resolução dos conflitos penais, com características mais humanizadas no tratamento do indivíduo, uma vez que seus objetivos basilares residem em reparar*

nitidamente conciliatório, sendo que os seus mecanismos se voltam à harmonização social posterior à ocorrência do crime.

Sobre o uso de mecanismos conciliatórios, Louk Hulsman⁵³⁰ exalta a ampliação para além das hipóteses postas à disposição daqueles envolvidos com crimes de “colarinho branco”:

Creio que, nos campos ainda não criminalizados, se deveria evitar a qualquer preço a criminalização. No que diz respeito à busca de igualdade de tratamento para todos, eu preferia que se estendessem àqueles que costumam ser chamados de “delinquentes pés-de-chinelo” os procedimentos conciliatórios que existem para os “grandes” no Ministério das Finanças, na Comissão de Valores Mobiliários e em outras instâncias mediadoras, à margem do sistema penal, que deve ser abolido em relação a todo mundo.

A questão fundamental que se apresenta – a partir daqui – é a de saber se estas práticas restaurativas podem ser aplicadas a usuários de drogas? A peculiaridade da repressão às drogas torna necessária a investigação mais detida do problema.

O modelo restaurativo parece mais adequado – do que a repressão – para se lidar com o uso de drogas. Portanto, pode-se dizer que há justificabilidade na aplicação das práticas restaurativas ao usuário de drogas⁵³¹.

Além de justificabilidade, há viabilidade na aplicação de práticas restaurativas ao usuário de drogas, ainda que se trate de um “crime” sem vítima. De acordo com Henrique Ribeiro Cardoso e Osvaldo Resende Neto, a ausência de vítima definida não impede o uso dos instrumentos restaurativos; segundo eles “a *inexistência de uma vítima em concreto nas situações que envolvem os delitos da Lei de Tóxicos não pode ser um empecilho para a utilização de práticas de autoconscientização do problema pessoal e social*”.⁵³²

erros pensando no futuro, restabelecer relações, especialmente entre o agressor, a vítima e a comunidade, objetivando ainda prevenir a recorrência delituosa”. (MENDANHA, Fabiano Alves. **A justiça restaurativa como uma possível alternativa ao poder judiciário para dispensar um tratamento mais humanitário aos usuários e dependentes de drogas** [Dissertação de Mestrado]. Palmas: UFT, 2016. p.46).

⁵³⁰ HULSMAN, *Op. cit.* p.

⁵³¹ Neste sentido é a lição de Selma Pereira de Santana (*Op. cit.* p. 72-73): “Destarte, diante do cenário de ineficácia do sistema penal tradicional no que tange às questões relacionadas ao consumo de drogas ilícitas, é preciso aumentar os espaços de utilização da Justiça Restaurativa, posto que tal proposta se apresenta em consonância com o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e os objetivos declarados (mas não cumpridos) da política criminal voltada a usuários/dependentes, na medida em que tenta estabelecer novo olhar sobre o indivíduo, afastando sua estigmatização e reforçando a dignidade da pessoa humana”.

⁵³² CARDOSO, Henrique Ribeiro; RESENDE NETO, Osvaldo. A importância de práticas da justiça restaurativa no combate ao tráfico de drogas. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. v. 2. n. 2. Curitiba: CONPEDI, 2016. p. 196.

Zanetti e Contin sustentam que a participação do processo restaurativo é de toda a comunidade, interessada em um tratamento adequado ao usuário. De acordo com o referido autor “*o sujeito passivo deste tipo penal é a própria coletividade, que deve participar também de sua restauração*”⁵³³.

A falta de vítima é indicativa – em verdade – da desnecessidade de incidência penal e não da impossibilidade de utilização de mecanismos restaurativos. Tanto é assim que, ao menos no campo hipotético, a Lei n. 11.343/2006 estabeleceu mecanismos de redução de danos e colocou o usuário em posição diferenciada da do traficante, afastando a aplicação da pena de prisão.

Neste sentido, Selma Pereira de Santana afirma que, apesar do Brasil continuar se utilizando “*da proibição e da repressão como estratégias prioritárias*”, não tendo rompido, portanto, com o paradigma eficientista, “*empreendeu mudanças na legislação penal aplicada às drogas, abrindo precedente para a inserção de novos modelos de atuação*”⁵³⁴.

Estas mudanças não ficam isentas de críticas, mas apenas para fins de constatação de viabilidade normativa, é possível afirmar que o legislador deu um passo restaurativo no trato ao usuário de drogas.

Thiago Rodrigues⁵³⁵ ressalta que, a partir das inovações legislativas, não se verifica a eliminação do controle do Estado sobre o usuário de drogas, mas, ainda assim, as modificações não deixam de representar uma forma de avanço:

A tolerância maior para com o usuário vem atrelada às modificações das sanções que ele pode vir a sofrer. Se não é mais destinado à prisão por seu hábito, a pessoa capturada é conduzida a um outro circuito que impinge de penas alternativas (trabalhos comunitários, cursos obrigatórios, etc.) a internações compulsórias em clínicas de desintoxicação para os que forem identificados pela perícia médico-judicial como “viciados”. Não se trata, assim, de uma eliminação do controle governamental sobre o consumidor, mas de uma migração para formas mais humanitárias de vigia e observação que não deixam de configurar um avanço no sentido do não encarceramento de parte (minoritária, deve-se afirmar) dos indivíduos colocados sob a mira do proibicionismo.

Contudo, a aplicabilidade da Justiça Restaurativa a usuários de drogas não escapa de algumas reflexões críticas.

Em primeiro lugar, destaca-se a dificuldade material e simbólica de efetividade dos mecanismos de redução de danos.

⁵³³ ZANETTI; CONTIN, *Op. cit.* p. 125

⁵³⁴ SANTANA, *Op. cit.* p. 73.

⁵³⁵ RODRIGUES, Thiago. *Op. cit.* p. 143.

A Lei n. 11.343/2006 ocupou-se da redução de danos nos seus dois primeiros capítulos, dando destaque aos mecanismos não proibicionistas para se lidar com o problema das drogas. Este é efetivamente um passo importante, uma abertura de brecha no contexto de “*guerra às drogas*”⁵³⁶.

As proposições de redução de danos, a partir da política de prevenção, atenção e reinserção do usuário de drogas, constitui – em hipótese – realmente uma mudança significativa.

Todavia, o conteúdo programático normativo ainda precisa vencer algumas barreiras culturais, incrustadas após anos de uma guerra ininterrupta às drogas. Eis aqui uma dificuldade de efetibilidade do conteúdo normativo. As várias medidas voltadas à redução de danos ainda não se destacam socialmente sobre os mecanismos repressivos.

Em segundo lugar, a Justiça Restaurativa pode funcionar como novo método (re)legitimante de repressão, conforme adverte André Giamberardino⁵³⁷:

Defende-se neste trabalho um tipo de relação entre mediação e outras práticas restaurativas de censura com o sistema penal pautada por algo que se pode quicá denominar “alternatividade estrategicamente não-excludente”, a meia distância da posição segundo a qual só haverá práticas restaurativas de censura quando for “abolida” a pena como é hoje conhecida, de um lado, e da postura mais descrente para a qual não há saída para além da relação de complementaridade e dependência entre um e outro, com o consequente risco de cooptação, de outro.

Neste aspecto a crítica à Justiça Restaurativa tem por base a necessária exclusão da pena como premissa para se pensar em práticas restaurativas que sejam efetivamente adequadas. Tal preocupação deve ser levada em consideração, pois a solução restaurativa, ainda que ocupada da reparação do dano (um de seus objetivos), não pode se perverter em espécie de castigo remodelado.

Em terceiro lugar, a aplicação das medidas alternativas não afasta necessariamente o etiquetamento, a violência simbólica e a violação aos direitos humanos. Neste sentido é a afirmação de Selma Pereira de Santana:

[...] as alternativas penais aplicadas ao usuário no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, ainda que não constituam medidas restritivas de sua liberdade, são sanções que, de todo modo, culminam no etiquetamento do agente,

⁵³⁶ “As medidas de redução de danos não são em si uma mudança substancial ao regime proibicionista; no entanto, ao colocar um novo patamar de relacionamento com os consumidores de drogas ilícitas, abre brechas no cenário cerrado da Proibição, colocando em evidência a impossibilidade de se erradicar a ebriedade química, além da abordagem diferenciada àqueles que vivenciam a experiência de manter um hábito em meio à sua proibição”. (RODRIGUES, Thiago. *Op. cit.* p. 143-144.)

⁵³⁷ GIAMBERARDINO, *Op. cit.* p. 133.

porquanto ainda submetido ao paradigma tradicional, calcado na punição do suposto mal causado pelo crime. Outrossim, a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/1995, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo, na prática dificilmente levam em conta o paradigma restaurador, preocupando-se apenas com o cumprimento do benefício concedido.⁵³⁸

As práticas restaurativas não podem ser utilizadas de forma a perpetuar os estigmas repressivos que atualmente recaem sobre os usuários de drogas. Não faz sentido que se use a alternativa da restauração para punir, para obrigar, para ferir a humanidade do usuário de drogas.

Em quarto lugar, a ausência de limites distintivos entre usuário e traficante mantém a histórica punibilidade seletiva decorrente dos rótulos sociais. Com a despenalização dos usuários de drogas, o que se tem percebido na última década é um significativo aumento do número de prisões por tráfico de drogas de pessoas encontradas portando pequenas quantidades de drogas. Este fenômeno é indicativo de que as agências de criminalização secundária continuam reprimindo – sob título adaptado – o uso de drogas.

A existência de variadas práticas restaurativas disponíveis ao usuário de drogas esvazia-se em sentido quando a política repressiva – enraizada na sociedade e nas agências punitivas – transforma o usuário em traficante, dando continuidade ao exercício do controle moralizador.

Este elenco de críticas é importante para se evitar que as práticas restaurativas sejam utilizadas como máscara de um eficientismo penal contemporâneo. A Justiça Restaurativa deve ter seus fundamentos estruturados sob a égide de aspirações libertárias. Desta forma, afirma-se que as práticas restaurativas verdadeiramente adequadas para se lidar com o uso de drogas são aquelas essencialmente ligadas às políticas de redução de danos.

3.3.2 Justiça Terapêutica

A Justiça Terapêutica pode ser conceituada como o programa judicial que compreende um conjunto de medidas voltadas à possibilidade de se permitir que

⁵³⁸ SANTANA, *Op. cit.* p. 69.

infratores usuários, em uso indevido ou dependentes químicos tenham a faculdade de entrar e permanecer em tratamento médico ou receber outro tipo de medida terapêutica, em substituição ao andamento de processo criminal ou à aplicação de pena privativa de liberdade, quando da prática de delito de menor potencial ofensivo, relacionado ao consumo de drogas⁵³⁹.

Com a edição da Lei n. 11.343/2006, o legislador previu variadas determinações ao Poder Público para a tomada de medidas de políticas sanitárias. Nesta perspectiva, o § 7º do art. 28 trouxe a previsão de que “*o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado*”.

Interessante é que tal dispositivo viabiliza ao Poder Judiciário a tomada de providências não apenas repressivas, mas também sanitárias (facultativas) e de apoio às pessoas que fazem uso problemático de drogas.

Alguns Juízos de Direito e Tribunais estruturaram programas relacionados ao que se tem denominado de Justiça Terapêutica, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás⁵⁴⁰ que instituiu o mencionado programa no ano de 2010.

O desenvolvimento de programas como o instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás indica uma transformação postural, pois o Poder Judiciário passa a ter uma atuação não meramente repressiva, mas de acolhimento, acompanhamento e encaminhamento do infrator usuário de drogas à rede de tratamento.

O Conselho Nacional de Justiça, através do Provimento 4/2010, se incumbiu da implantação e uniformização “*das práticas e políticas de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas no âmbito das competências do Poder Judiciário*”.

Contudo, como não poderia ser diferente, existem inúmeras críticas, sobretudo as lançadas por parcela da doutrina psicológica, à hipótese de se obrigar alguém a realizar tratamento para lidar com a dependência química. Alguns psicólogos

⁵³⁹ PONTAROLLI, André Luis. **Justiça Terapêutica** [Resumo apresentado no I Congresso Brasileiro de Execução de Penas e Medidas Alternativas, 2005]. Ministério Público do Estado do Paraná, 2005. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-518.html>>. Acesso em 10.08.2018.

⁵⁴⁰ O Tribunal de Justiça de Goiás instituiu o programa através do Decreto Judiciário nº 287/210. O art.1º do referido decreto bem delimita a extensão do programa: “*Fica instituído o Programa Justiça Terapêutica em todas as unidades do Poder Judiciário do Estado de Goiás, como forma de aplicar a legislação penal em harmonia com medidas sociais e de tratamento às pessoas que praticam crimes, nos quais o elemento droga esteja presente de alguma forma*”.

sustentam – não se ignorando a existência de corrente contrária⁵⁴¹ – que não se revela adequada a realização ou manutenção de tratamento coercitivo⁵⁴².

Maurides Riberiro⁵⁴³ também tece crítica contundente com relação à Justiça Terapêutica:

Deve ser destacada a evidente diferença existente entre o tratamento voluntário, considerado uma estratégia de redução de danos, e a imposição de tratamento compulsório, denominado de “Justiça Terapêutica”, que faz parte da estratégia proibicionista, pois exige a abstinência, e situa o uso de drogas no plano da moral.

As proposições críticas são válidas, mas não se pode perder de vista que o § 7º do art. 28 não estabelece – a partir de interpretação literal – qualquer tipo de obrigatoriedade ao infrator, mas sim determina a colocação à disposição deste de estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Ou seja, a Justiça Terapêutica pode ter aplicação adequada, desde que seja uma opção efetivamente voluntária, de real acolhimento, acompanhamento e encaminhamento. O tratamento – ou qualquer outra medida aplicada ao usuário – não pode ter a natureza de castigo, pois assim sequer poderia ser chamada de terapêutica (ou restaurativa; além do que ficaria absolutamente afastada da ideia de redução de danos). Mais uma vez ressalta-se, portanto, que as práticas restaurativas, nas quais se inserem as terapêuticas devem estar de acordo com as aspirações libertárias.

⁵⁴¹ RUIZ, Viviana Rosa Reguera; MARQUES, Heitor Romero. A internação compulsória e suas variáveis: reflexões éticas e socioculturais no tratamento e reinserção do paciente na sociedade. **Revista Psicologia e Saúde**, v. 7, n. 1, jan/jun 2015, p. 01-08. Disponível em: <<https://bit.ly/2scUO0l>> Acesso em 05.01.2018.

⁵⁴² “Sobre esses aspectos, foi discutida a capacidade do drogodependente em decidir ou não sobre a intervenção de terceiros em sua saúde. O querer, para alguns autores citados se revela quesito fundamental no sucesso do tratamento. Entretanto, o discernimento pode estar comprometido, por diversos fatores, oriundos do uso contínuo, sendo os efeitos próprios das substâncias no organismo e suas consequências na vida do sujeito” (*Ibidem.*).

⁵⁴³ RIBEIRO, Op. cit. [versão eletrônica: ebook]. [posição 1374].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo proibicionista de “*guerra às drogas*” se estruturou no âmbito do direito internacional público, a partir de movimentos capitaneados pelos Estados Unidos da América e com consolidação normativa decorrente de três convenções internacionais: (a) Convenção Única sobre Entorpecentes (1961); (b) Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971); (c) Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988).

Através das referidas convenções, a repressão efficientista manteve-se em constante expansão ao longo da segunda metade do Século XX, sendo que, o conteúdo político-criminal das convenções revela ideário preponderantemente moralizador. Neste sentido, basta observar a preocupação – constante do preâmbulo da Convenção de 1961 – “*com a saúde física e moral da humanidade*”.

O modelo proibicionista – desde a perspectiva internacional – funda-se na ideia da guerra e, por consequência, na luta contra inimigos. A segunda metade do Século XX foi marcada, portanto, pelo tom efficientista na repressão às drogas.

No momento atual, não há qualquer mudança significativa em curso no direito internacional, mas a ONU, por meio de seus relatórios anuais, vem registrando, ao menos, os resultados insatisfatórios alcançados pela repressão. O que se verifica, portanto, é que o direito internacional ainda se pauta por política eminentemente repressiva às drogas, mas, aos poucos, vem acenando timidamente para a hipótese de flexibilização.

O modelo proibicionista brasileiro, por sua vez, tem inspiração (a) nas normas “*ditadas*” pelo paradigma transnacional de controle e (b) nas perspectivas teóricas do “*direito penal do inimigo*”. A denominação “*guerra às drogas*” bem revela o viés belicista da repressão. Neste cenário de guerra, aqueles que invariavelmente se ligam às drogas (consumidores e traficantes) são deslocados simbolicamente para o polo dos desviantes. Desta forma passam a ser vistos como estranhos e rotulados como “*inimigos públicos*”.

Destarte, considerando que a escolha do inimigo depende de prévia criação discursiva, o processo de rotulação do inimigo segue a base moralizadora já identificada nas convenções internacionais e repercutida na legislação brasileira. Isto acontece (a) seja para conferir ao usuário a qualidade intrínseca e inafastável de

doente, a ser forçosamente curado (modelos médico-sanitários), (b) seja para atribuir ao traficante – ou ao próprio usuário – a pecha de criminoso (modelos bélicos).

No processo de sucessão de normas brasileiras sobre drogas é possível identificar dois “*grandes*” modelos repressivos: o primeiro marcado pela diferenciação entre consumidores (doentes e destinados aos “*manicômios*”) e comerciantes (criminosos e destinados ao cárcere); o segundo caracterizado pelo trato punitivo – propriamente dito – tanto a comerciantes quanto a consumidores, ambos destinados ao cárcere.

A Lei n. 11.343/2006 trouxe importantes inovações, mas, em diversos pontos tem sido objeto de críticas: (a) não define o que é droga, deixando os aspectos conceituais a cargo de escolhas aleatórias do Estado; (b) a descarcerização do consumo não evita os estigmas e consequências penais inerentes à criminalização que continua a recair sobre o usuário; (c) o aumento substancial das penas para o crime de tráfico, associado à ausência de critérios objetivos de distinção entre consumo e tráfico, gera respostas seletivas do Poder Judiciário e amplia os níveis de encarceramento. O que se conclui, portanto, é que o proibicionismo continua em pleno curso na legislação brasileira.

O tom efficientista da “*guerra às drogas*” também continua a repercutir na jurisprudência brasileira. Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha proferido algumas decisões redutoras do rigor da repressão às drogas – a partir de uma leitura constitucional – além de estar discutindo a descriminalização do consumo; por outros vários aspectos o Poder Judiciário vem atuando de forma a expandir o conteúdo repressivo, sendo relevante destacar: (a) a diferenciação casuística e seletiva entre traficante e usuário; (b) as interpretações efficientistas e restritivas de direitos fundamentais, tais como (b.1) violação de domicílio em buscas e apreensões sem ordem judicial, (b.2) expedição de mandados coletivos e genéricos de busca e apreensão.

Contudo, conforme se extrai de ampla revisão bibliográfica transdisciplinar, o modelo proibicionista se encontra em crise. Crise esta que possui contornos crítico-criminológicos, pragmáticos e jurídicos.

A desconstrução crítica da proibição é sustentada (a) na rotulação moral de indivíduos, (b) na seletividade estigmatizante e propagadora da desigualdade, (c) na ausência de racionalidade da tentativa de compatibilização entre problema sanitário e resposta punitiva e (d) na perceptível ampliação de problemas sociais decorrentes.

A repressão penal às drogas não se mostra democraticamente legítima, pois funciona como instrumento desigual de controle social. O ato de criminalização do uso de drogas expressa clara forma de controle social moralizante. A repressão às drogas consiste, desta forma, na repressão a indivíduos ou grupos ligados ao uso das drogas. A “*guerra às drogas*” é uma guerra cultural, moralizante, de adaptação dos desviantes. Os usuários são estigmatizados, estereotipados, colocados à margem da sociedade.

Um dos principais aspectos indicativos da crise de legitimação do direito penal – presente tanto entre os fundamentos do interacionismo, quanto da criminologia crítica – é o caráter seletivo da criminalização. O sistema penal é, portanto, antidemocrático e se vale da força bruta contra grupos socialmente vulneráveis. As respostas penais são desiguais e agravadas pela “*ideologia da diferenciação*”. A falta de clareza normativa sobre a diferenciação entre tráfico e uso de drogas faz com que as respostas penais sejam direcionadas de acordo com aspectos pessoais (rótulos).

Pela perspectiva pragmática é possível observar que o proibicionismo não atingiu os seus principais objetivos, quais sejam: promover a saúde dos indivíduos envolvidos com drogas e eliminar – ou reduzir – tanto a disponibilidade quanto a demanda por drogas. Ao contrário de atingir estes objetivos “*declarados*”, a proibição acarretou efeitos colaterais que se evidenciam: o aumento da violência urbana e a inflação da população carcerária. Ou seja, uma análise – por viés prático – sobre pretensões e resultados, revela o atual cenário caótico da proibição.

Sob o pretexto de proteger a saúde de determinados indivíduos – contra si próprios – o sistema penal acaba prejudicando ainda mais estes indivíduos, vez que além de ficarem desprovidos do adequado apoio sanitário, arcam com sanções e com estigmatizações decorrentes.

Ademais, a ciência atual está muito mais avançada, sendo capaz de desfazer estereótipos. As pesquisas contemporâneas mostram que os usuários são capazes de controlar o uso e que a dependência química é uma realidade em menor escala.

Problema ainda mais grave é o afastamento das reais soluções de saúde pública, certamente mais eficazes, como se observa em alguns países, incluindo Suíça (“*low-threshold*”) e Canadá (“*Supervised Injection Site*”), os quais já há algum tempo buscaram desenvolver políticas sanitárias mais adequadas para lidar com a questão das drogas.

Pelo viés econômico, pode-se concluir que o mercado de drogas é complexo e a proibição, muito embora possa resultar no aumento de preço da “*mercadoria*” ilícita,

não necessariamente causa a redução de disponibilidade e de demanda. Ademais, a alta rentabilidade do tráfico de drogas gera violentas disputas por posição no mercado ilegal, o que incrementa a violência urbana.

Outra decorrência colateral da proibição é o aumento significativo da população carcerária, em vista da relação óbvia com o aumento da violência urbana, mas também pela punição instrumentalizada – e atuarial – de determinados grupos sociais vulneráveis.

Pela perspectiva dogmática, conclui-se que a proibição às drogas não encontra respaldo em uma dogmática jurídico-penal de base constitucional, voltada à efetivação da dignidade humana. As proposições dogmáticas podem funcionar como limites ao sistema penal e ao proibicionismo, notadamente quando se busca compreender a dimensão material protetiva de bem jurídico e/ou se coloca em evidência os princípios de efetivação de um direito penal garantista.

A existência de parâmetros dogmáticos – direcionados à preservação de direitos fundamentais –, limitativos do *jus puniendi*, constitui ferramenta para a evitação do arbítrio e redução da seletividade operada pelo sistema penal. Tanto as escolhas da criminalização primária quanto a incidência da criminalização secundária devem ser confrontadas com estes parâmetros, a fim se verificar a adequação (ou não) da atuação estatal.

O uso de drogas não afeta bem jurídico e, ainda que potencialmente prejudicial, o prejuízo é experimento pelo próprio indivíduo. Desta forma, o proibicionismo revela repressão meramente moral, despida de conteúdo jurídico, inadequada aos limites dogmático-penais.

O direito penal não pode desrespeitar os preceitos constitucionais. Desta forma, lhe cabe conciliar a proteção a bens jurídicos com o respeito aos direitos fundamentais. O que se conclui é que o paradigma proibicionista de repressão penal às drogas não possui adequação a um modelo dogmático jurídico-penal de efetivação de direitos fundamentais.

Em síntese, o modelo proibicionista: (a) se revela democraticamente ilegítimo (perspectiva criminológica); (b) não se mostra adequado ao cerne do problema (perspectiva sanitário-pragmática); (c) cria outros problemas sociais, tais como a ampliação da violência urbana e o encarceramento em massa (perspectiva econômico-pragmática); (d) não encontra amparo nos princípios e teorias limitadoras da incidência penal (perspectiva dogmática).

Diante da crise do modelo proibicionista, justifica-se a reflexão contemporânea sobre modelos alternativos de superação ou de redução da incidência penal.

No campo hipotético jurídico-penal constatou-se três possibilidades: (a) descarcerização; (b) descriminalização; (c) legalização. Cada uma destas possibilidades, pensadas a partir de perspectivas político-criminais: (a) abolicionistas; (b) minimalistas; (c) garantistas.

Os modelos político-criminais (abolicionismo, minimalismo e garantismo) que objetivam a limitação, redução ou abolição do sistema penal – cada um por sua perspectiva – não dão sustentação ao discurso penal de “*guerra às drogas*”; antes o contrário, servem como base para a estruturação de estratégias alternativas.

A superação do paradigma proibicionista, portanto, se mostra como hipótese razoável, a ser concretizada no âmbito estatal, seja por atuação do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário tem papel significativo na consolidação de modelos alternativos, notadamente com relação ao caminho da descriminalização; isto porque, conforme se extrai da doutrina favorável à revisão judicial, pode realizar o controle de constitucionalidade de normas criminalizadoras e afastar aquelas que não se conectam aos valores constitucionais democráticos. Sobre a descriminalização das drogas, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, já inciou o julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659⁵⁴⁴, o qual pode representar importante marco de superação do paradigma proibicionista.

Por fim, enquanto proposição alternativa, o modelo de redução de danos se mostra como modelo aparentemente ideal, em vista do enfoque na saúde e nas estratégias de prevenção, educação e atenção ao usuário de drogas.

Muito embora o eficientismo da “*guerra às drogas*” ainda esteja arraigado culturalmente e normativamente, modelos alternativos estão ganhando cada vez mais espaço.

⁵⁴⁴ BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXANDER, Bruce K. **The myth of drug-induced addiction** [Presentation]. Ottawa: Senate of Canada. Disponível em: <<https://sencanada.ca/content/sen/committee/371/ille/presentation/alexander-e.htm>>. Acesso em 10.11.2018.

ANDRADE, Andressa Paula de. Atuação do Supremo Tribunal Federal na lei 11.343 entre 2006 e 2016: leituras constitucionais – entre o proibicionismo e os direitos fundamentasi. In. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**. n. 52. p. 163-182. Santa Catarina, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 177-192. Paraná: UFPR, 2012.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal [Tradução de Francisco Bissoli Filho]. **Revista Doctrina Penal**. n. 10. p. 623-650. Buenos Aires: Depalma, 1987.

BARATTA, Alessandro. Fundamentos ideologicos de la actual politica criminal sobre drogas: reflexiones alrededor de la teoria del poder en Michael Foucault. **Revista Pensamiento Jurídico**. n. 05. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 05. n. 20. São Paulo: RT, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BBC BRASIL. **Proposta da ONU para descriminalizar drogas é retirada após 'pressão política'**. Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151019_onu_proposta_descriminalizacao_drogas_rb>. Acesso em 03.09.2018.

BEAUCHESNE, Line. **Legalizar as drogas para melhor prevenir os abusos**. Tradução de Nina Vincent Lannes e Tiago Coutinho Cavalcante. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.

BOARINI, Maria Lúcia; MACHADO, Letícia Vier. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. **Revista Psicologia: Ciência e Profissão**. v. 33. n. 3, 2013. p. 583. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v33n3/v33n3a06.pdf>>. Acesso em 05.09.2018.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In. SHECAIRA, Sérgio Salomão [Organizador]. **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v 12. n. 21. SUR, 2015. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/95772/brasil_reflexoes_criticas_boiteux.pdf>. Acesso em 05.08.2018.

BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. **“Resistir para re-existir”**: criminologia (d)e resistência diante do governo necropolítico das drogas [Tese de Doutorado: Direito]. Curitiba: UFPR, 2018. p. 192. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57850/R%20%20T%20%20FLAVIO%20BORTOLOZZI%20JUNIOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 24.12.2018.

BOZZA, Fábio da Silva. **Finalidades e fundamentos do direito de punir**: do discurso jurídico ao criminológico [Dissertação de Mestrado]. Curitiba: UFPR, 2005. p. 124. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2918/R%20%20D%20%20FABI%20DA%20SILVA%20BOZZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 04.07.2018.

BRASIL. Decreto n. 54.216/64. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes.

BRASIL. Decreto n. 79.388/77. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas.

BRASIL. Decreto n. 154/91. Promulga a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

BRASIL. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Lei de drogas.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE: ANVISA. Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html> Acesso em 02.01.2019.

BRASIL, STF. Ação de descumprimento de preceito fundamental [ADPF 30]. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 29.12.2018.

BRASIL, STF. Habeas Corpus [HC 111.8440/ES]. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490>>. Acesso em 20.10.2018.

BRASIL, STF. Recurso extraordinário [RExt 635.659]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em 02.10.2017.

BRASIL, STF. Habeas corpus [HC 143.798/SP]. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão monocrática proferida em 18 de maio de 2017.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da criminologia crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

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

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático [versão eletrônica: ebook]. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; RESENDE NETO, Osvaldo. A importância de práticas da justiça restaurativa no combate ao tráfico de drogas. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. v. 2. n. 2. Curitiba: CONPEDI, 2016.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense, 1993.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COHEN, David. **Freud e a cocaína** [recurso eletrônico: ebook]. Tradução de Maria Cristina Torquillo Cavalcanti. Rio de Janeiro: Record, 2014.

COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS. **Avanços na reforma de políticas de drogas**: uma nova abordagem à descriminalização [Relatório de 2016]. Genebra, 2016. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wpcontent/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016_POR.pdf>. Acesso em 20.11.2018.

COMISIÓN GLOBAL DE POLÍTICA DE DROGAS. **Regulación**: el control responsable de las drogas [Informe 2018]. Genebra, 2018. Disponível em <http://www.globalcommissionondrugs.org/wpcontent/uploads/2018/09/SPA2018_Regulation_Report_WEB-FINAL.pdf>. Acesso em 25.10.2018.

CONJUR. **Alexandre de Moraes libera voto e RE sobre posse de drogas pode ser julgado** [Notícia]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-23/alexandre-moraes-libera-voto-re-posse-drogas>>. Acesso em 29.12.2018

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

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DISSENHA, Rui Carlo. O terrorismo e o direito penal genocida. **Revista da Defensoria Pública da União**. n. 6. Brasília, 2013. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/110236/terrorismo_direito_penal_dissenh_a.pdf>. p. 162. Acesso em 02.11.2018.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DUSSEL, Enrique D. **Filosofia da libertação**: na América Latina. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo: Edições Loyola, 1977.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

FERNANDES, Rubem Cesar, et. al. **Política de drogas**: novas práticas pelo mundo. Rio de Janeiro: Organização da CBDD, 2011. Disponível em: <<http://www.banco.deinjusticas.org.br/wpcontent/uploads/2011/11/Pol%C3%ADtica-de-drogas-novas-pr%C3%A1ticas-pelo-mundo.pdf>>. Acesso em 10.07.2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del estado de derecho**. Fundación Juan March: Madrid, 2001

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2015.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos** (1930-1936). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FRIEDMAN, Milton. **An open letter to Bill Benett** [Carta aberta para Bill Benett]. The Wall Street Journal, 1989. Disponível em: <<http://www.stephenhicks.org/wp-content/uploads/2016/12/Bennett-vs-Friedman-Drug-War-WSJ.pdf>>. Acesso em 02.07.2018.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **Isonomía**, n. 6, 1997.

GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: por una refundación democrática del derecho penal [versão eletrônica: ebook]. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.

GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedade contemporânea. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2001.

GEHRING, Marcos Roberto. O Brasil no contexto dos acordos e políticas internacionais para o combate às drogas: das origens à atualidade. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília**. Ano 2012. Ed. 10. Marília: UNESP, 2012. Disponível em <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/2655>>. Acesso em 02.09.2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo** [Tese de Doutorado]. Curitiba: UFPR, 2014.

GODOY, Miguel. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção – repressão. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUIMARÃES, Rejaine Silva; MACHADO, Linia Dayana Lopes. Direito penal no contexto da sociedade de risco: um desafio da pós-modernidade. **Revista de Direito**

Penal, Processo Penal e Constituição. v. 3. n. 1. p. 1-16. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1933/pdf>>. Acesso em: 23.11.2018.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

HARI, Johann. **Na fissura:** uma história do fracasso no combate às drogas. Tradução de Hermano Brandes de Freiras. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HART, Carl. **Um preço muito alto:** a jornada de um neurocientista que desafia a nossa visão sobre as drogas. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HAUSER, Ester Eliana. **Modelos penais minimalistas:** contribuições e limites na reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos [Dissertação de Mestrado]. Florianópolis: UFSC, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81846/181707.pdf?sequence>>. Acesso em: 05.07.2018.

HIRSCHL, Ran. **Juristocracy:** the origins and consequences of the new constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.

ICPR/BIRKBECK. **World Prison Brief data:** Brasil. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em 24.11.2018.

JUSTIFICANDO. **Insignificância: homem é condenado pelo STJ por tráfico de 0,02g de maconha** [Notícia]. Redação, 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/06/22/insignificancia-homem-e-condenado-pelo-stj-por-traffic-de-002g-de-maconha/>>. Acesso em 20.10.2018.)

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes.** Tradução de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. Legislação brasileira sobre drogas: história recente – a criminalização da diferença. In. ACSELRAD, G. [Organizador]. **Avessos do prazer:** Aids e direitos humanos [online]. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/bgqv/pdf/acselrad-9788575415368-10.pdf>>. Acesso em 04.08.2018.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In. PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

KINOUCHI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Revista Scientiae Studia**. v. 5. n. 2. São Paulo, 2007. p. 215-226. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ss/v5n2/a04_v5n2.pdf>. Acesso em 09.09.2018.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

LOPES, Luciano Santos; PÊCEGO, Antonio J. de F. A inconstitucionalidade da criminalização da posse para uso de entorpecentes: a questão do bem jurídico protegido. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 44, 2006. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9414/6506>>. Acesso em 04.11.2018.

MACHADO, Leonardo Marcondes. A política proibicionista de drogas: olhares sobre a guerra brasileira. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário e traficante de drogas: a seletividade penal na lei n. 11.343/2006. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MATHIESEN, Thomas. Diez razones para no construir más cárceles. **Revista Nueva Doctrina Penal**. Traducción: Gabriel Ignacio Anitua y Marta Monclús Masó. n. 01. p. 03-20. Buenos Aires, 2005.

MATHIESEN, Thomas. **Prision on trial**. 3. ed. Winchester: Waterside Press, 2006.

MENDANHA, Fabiano Alves. **A justiça restaurativa como uma possível alternativa ao poder judiciário para dispensar um tratamento mais humanitário aos usuários e dependentes de drogas** [Dissertação de Mestrado]. Palmas: UFT, 2016.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Teorias críticas e pragmatismo: a contribuição de G. H. Mead para as renovações da Escola de Frankfurt. **Revista Lua Nova**. n. 90. São Paulo, 2013. p. 367-403. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n90/a13n90.pdf>>. Acesso em 09.10.2018.

MISSE, Michel; LESSING, Benjamin; et. al. Mercados ilegais e desorganizados: entrevista com Peter Reuter. **Dilemas**: revista de estudos de conflito e controle social. v. 2. n. 4. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

MOREIRA, Carla Regina. **As políticas públicas de saúde no campo das substâncias psicoativas ilícitas e os direitos humanos** [Dissertação em Enfermagem]. São Paulo: USP, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Genealogia da Moral**. Tradução de Mário Ferreira dos Santos. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do tribunal constitucional**: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

NYTIMES. **The rational choices of crack addicts** [Entrevista com Carl Hart: by John Tierney]. New York, 2013. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2013/09/17/science/the-rational-choices-of-crackaddicts.html>>. Acesso em 23.07.2018.

ONU. **[Relatório do] Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**. Disponível em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Relatorio-SPT-2016-1.pdf?x48657>>. Acesso em 17.08.2018.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PANZA, Luiz Osório Moraes. **Justiça e democracia**: a validade pela legitimidade popular. **Anima**: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet. v.5, 2011. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Osorio-Moraes-Panza.pdf>>. Acesso em 07.09.2018.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. *In*. PASSETTI, Edson [Organizador]. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

PASTURA, Giuseppe; MATTOS, Paulo. Efeitos colaterais do metilfenidato. **Revista de Psiquiatria Clínica**. n. 31. p. 100-104, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v31n2/a06v31n2.pdf>>. Acesso em 05.10.2018.

PAVAN, Janaína Fernanda da Silva. O pensamento abolicionista como solução para o problema do encarceramento: utopia ou realidade? **Revista Liberdades**. n. 23. Set./Dez. de 2016. IBCCRIM: São Paulo, 2016.

PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vegínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PONS DIEZ, Xavier. Modelos interpretativos del consumo de drogas. **Revista Polis** [online]. v. 4. n. 2. p. 157-186. México, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187023332008000200006&lng=es&nrm=issso>. Acesso em 24.08.2018.

PONTAROLLI, André Luis. **Justiça Terapêutica** [Resumo apresentado no I Congresso Brasileiro de Execução de Penas e Medidas Alternativas, 2005]. Ministério

Público do Estado do Paraná, 2005. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-518.html>>. Acesso em 10.08.2018.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar [Tese de Doutorado]. Curitiba: UFPR, 2007. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12287/Tese-Mario_Ramidoff.pdf?sequence=1>. Acesso em 07.07.2018.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Drogas e a rede de proteção**. JUSBRASIL, 2011. Disponível em: <<https://marioluizramidoff.jusbrasil.com.br/artigos/121934662/drogas-e-a-rede-de-protecao?ref=serp>>. Acesso em 22.09.2018.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Elementos de processo penal**. Curitiba: InterSaberes, 2017.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

REUTER, Peter; KLEIMAN, Mark. Risks and prices: an economic analysis of drug enforcement. **Crime and Justice**: a review of research. n. 7, 1986.

REUTER, Peter. **Evaluando la política de drogas de los Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2008. p. 05. Disponível em: <http://www.herbogeminis.com/IMG/pdf/peter_reuter_espanol.pdf>. Acesso em 20.12.2018.

REUTER, Peter. Systemic violence in drug markets. **Crime Law Soc Change**. Springer Sciency, 2009. Disponível em: <http://faculty.publicpolicy.umd.edu/sites/default/files/reuter/files/systemic_violence.pdf>. Acesso em 04.08.2018.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas [versão eletrônica: ebook]. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In. PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. A banalização da busca e apreensão nos crimes de tráfico. In. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et alii. Madrid: Civitas, 2003.

RUIZ, Viviana Rosa Reguera; MARQUES, Heitor Romero. A internação compulsória e suas variáveis: reflexões éticas e socioculturais no tratamento e reinserção do paciente na sociedade. **Revista Psicologia e Saúde**, v. 7, n. 1, jan/jun 2015, p. 01-08. Disponível em: <<https://bit.ly/2scUO0l>>. Acesso em 05.01.2018.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2017.

SANTANA, Adalberto. A globalização do narcotráfico. **Revista Brasileira de Políticas Internacionais**. v. 42. n. 02 [In Scielo]. Instituto Brasileiro de Relações Internacionais: Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291999000200006>. Acesso em 13.08.2018.

SANTANA, Selma Pereira de. Aplicabilidade da justiça restaurativa a usuários e dependentes de drogas ilícitas: uma alternativa ao fracasso do sistema penal tradicional. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA**. v. 27. n. 1. Salvador: UFBA, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Tracy Joseph Reinaldet dos; PONTAROLLI, André Luis. O estado de exceção, o tráfico de drogas e o terrorismo: breve análise sobre a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben e sua relação com algumas medidas propostas pelo paradigma governamental contemporâneo. *In*. VEIGA, Fábio da Silva; GONÇALVES, Rubén Miranda. **Los nuevos desafíos del derecho ibero-americano**. Las Palmas de Gran Canaria: La Casa del Abogado, 2018.

SCHEERER, Sebastian. Prohibición de las drogas en sociedades abiertas. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. *In*. SHECAIRA, Sérgio Salomão [Organizador]. **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SILVA, Adrian Barbosa e. Horizonte de projeção da criminologia crítica na política de drogas no Brasil. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA. André Peixoto de. Uma psicologia do homicídio e da punição. **Revista lus Gentium**. v. 11. n. 06. Curitiba: Uninter, 2015. Disponível em: <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/185/pdf>>. Acesso em 10.11.2018.

SOUZA, Percival de. **Society Cocaína**. Santos: Traço Editora, 1981.

SZABÓ, Ilona; RISSO, Melina. **Segurança pública para virar o jogo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

SZASZ, Thomas. **Do drugs cause addiction?** [Transcription: Debates Show #113; Taped: August 26, 1996]. Disponível em: <<http://www.szasz.com/addiction.pdf>>. Acesso em 04.10.2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Rio de Janeiro: DelRey, 2002.

THORNTON, Mark. **Criminalização**: análise econômica da proibição das drogas [recurso digital: ebook]. Tradução de Cláudio Téllez-Zepeda. São Paulo: LVM Editora, 2018.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil**: da Colônia à República [Tese de Doutorado]. São Paulo: USP. 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-05102016165617/pt-br.php>>. Acesso em 02/12/2018.

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

VASQUEZ, Andrea. Políticas públicas en materia de drogas en Argentina: políticas de estigmatización y sufrimiento. **Revista Saúde Debate**. v. 38. n. 103 [In Scielo]. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n103/0103-1104-sdeb-38-103-0830.pdf>>. Acesso em 04.09.2018.

VIANNA, Túlio; ARTUZO, Rafael Maciel. A proibição da salvia divinorum. *In*. CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de [Organizadores]. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 4. n. 2. p. 441-464. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em 23.08.2018.

WALDRON, Jeremy. **The core against judicial review**. The Yale Law Journal, 2006.

WALTON, Paul; TAYLOR, Ian; *et. al.* **Criminologia crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

WALUCHOW, Will. **Constitutions as Living Trees**: an idiot responds. Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2005. Disponível em: <https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Constitutions_as_Living_Trees_An_Idi-1.pdf>. Acesso em 03.07.2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZANETTI, José Carlos Trinca; CONTIN, Alexandre Celiotto. A justiça restaurativa na Lei de Drogas: efetividade ou manipulação. **Revista de Direito Vox Forensis**. v.1. n. 1. UniPinhal, 2017.