

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL
UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO
EM DIREITO**

FELIPE HASSON

**CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E LIBERDADE: O PROBLEMA DAS DROGAS NAS
SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS**

CURITIBA
2010

FELIPE HASSON

**CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E LIBERDADE: O PROBLEMA DAS DROGAS NAS
SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre Em Direito, Faculdades Integradas do Brasil.

Orientadora: Prof. Dra. Clara Maria Román Borges

CURITIBA
2010

H355

Hasson, Felipe.

Constituição, democracia e liberdade: o problema nas
drogas nas
sociedades democráticas contemporâneas. / Felipe Hasson –
Curitiba:

UniBrasill, 2010.

106p. ; 29 cm.

Orientador: Clara Maria Román Borges.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil

–
UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia,
2010.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Drogas - Criminalização 3. Drogas – Libera-
lismo I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamen-
tais e Democracia. II. Título.

CDD 340

A meu pai, por ter me incentivado a entrar nessa viagem.

Ao meu grande amigo Ivo, pelas longas horas de discussão e debate, que tanto contribuíram para este trabalho.

A minha querida Tita, que sempre esteve ao meu lado e me deu todo seu apoio.

“A hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude.” (François duc de la Rochefoucauld)

“Some men see things the way they are and ask ‘why’?
Others dream of what’s never been and ask ‘why not?’”
(Robert F. Kennedy)

SUMÁRIO

RESUMO.....	i
ABSTRACT.....	ii
INTRODUÇÃO.....	1
1 O HOMEM E AS DROGAS.....	5
1.1 Drogas: Definições e Utilidades;.....	5
1.2 Cannabis, suas utilidades, e mudanças de paradigmas em relação as drogas.....	9
2.2.1. O uso medicinal da Cannabis;.....	12
1.3. O desenvolvimento das políticas proibicionistas.....	15
2 A PROIBIÇÃO: O FOCO POLÍTICO CRIMINAL.....	23
2.1. O desenvolvimento da sociedade de risco;.....	24
2.2. A criminalização da pobreza;.....	30
2.3. A guerra às drogas;.....	36
2.3.1 Os custos da proibição.....	40
2.3.2. O direito comparado: a experiência holandesa.....	43
3 A PROIBIÇÃO: O FOCO CONSTITUCIONAL.....	47
3.1. A questão dos Direitos Fundamentais;.....	50
3.2. A (im) possibilidade da criminalização.....	54
3.2.1. Liberdade e coerção.....	64

3.3. A Margem de Ação Epistêmica de Robert Alexy;.....	66
3.4. A Autonomia Pessoal em face dos Dispositivos Constitucionais;.....	71
4 A LEI 11.343/2006 E A SITUAÇÃO BRASILEIRA.....	75
4.1. Lei nº 11.343/2006: A discussão quanto à descriminalização do uso no Brasil.....	75
4.2. As inovações trazidas pela Lei 11343/06: Avanço ou Retrocesso;.....	79
4.3. A Legislação Simbólica;.....	83
4.3.1. Confirmação de valores sociais;.....	84
4.3.2. Legislação-álibi;.....	85
4.3.3. Legislação como fórmula de compromisso dilatório;.....	88
4.3.4. A problemática da Legislação Simbólica;.....	92
CONCLUSÕES.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	97

RESUMO

O presente trabalho objetiva abordar a criminalização da conduta do usuário de drogas dentro dos Estados Democráticos de Direito, analisando a sua viabilidade em face dos princípios gerais de direito e das garantias fundamentais dentro do Estado Liberal. Para tanto, inicia a partir da contextualização e problematização da questão das drogas, em face dos conceitos de sociedade de risco e criminalização da pobreza, e a utilização do sistema criminal como mecanismo de controle. Adiante, pretende demonstrar as posições doutrinárias a respeito do tema, utilizando-se inclusive de institutos advindos de outras áreas do direito, da política, da filosofia e da sociologia, de maneira a possibilitar que se opere a desconstrução teórica da proibição atualmente em vigor. Ainda, visa a expor a situação brasileira em comparação a outros países que adotaram teorias alternativas à proibição, principalmente o caso da Holanda desde a promulgação do Opium Act de 1976. Finalmente, pugna por demonstrar o não-cabimento da criminalização da conduta do usuário e os benefícios de um enfoque alternativo voltado para a redução de danos, bem como a análise da Lei 11.343/2006 dentro destes paradigmas.

Palavras-chave: drogas; criminalização; liberalismo; sociedade de risco; garantias fundamentais; redução de danos;

ABSTRACT

The present work's objective is to approach the criminalization of the conduct of the drug user inside the Democratic State of Law, analyzing its viability in confrontation with the general principles of law and fundamental guarantees of the Liberal State. In order to do so, it starts by situating and problematizing the drugs issue against the concepts of risk society and criminalization of poverty, and the use of the criminal system as a control mechanism. Furthermore, it intends to show the doctrinary position about the theme, including institutes borrowed from other areas of the Law, as well as politics, philosophy and sociology, in order to enable the theoretical deconstruction of the prohibition currently in force. Also, it aims to expose the Brazilian situation compared to other countries that have adopted theories alternatives to prohibition, especially the case of The Netherlands since the enactment of the 1976 Opium Act. Finally, it aims to show the impossibility of the criminalization of the users conduct, as well as the benefits from an alternative approach towards harm reduction, as well as the analysis of the Brazilian drug law 11.343/2006 inside these paradigms.

Key-words: drugs; criminalization; liberalism; risk society; fundamental guarantees; harm reduction;

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar o tema das drogas, que é de grande relevância para a sociedade contemporânea, porém muito pouco estudado e discutido, principalmente no Brasil.

Há pouco mais de 10 anos atrás, a Organização das Nações Unidas pensou que poderia libertar o mundo da danosa influência das drogas ilícitas. A ideia era que até 2008, eles tivessem eliminado ou ao menos reduzido significativamente o uso de drogas, bem como as plantações ilegais de cannabis, coca e ópio.

Claramente, os objetivos da ONU não foram atingidos, mas pior que isso, não se chegou nem próximo ou se apontou para a direção desta meta. Com movimentação anual de aproximadamente US\$ 320 bilhões de dólares, a indústria de drogas ultrapassa a movimentação financeira da indústria de petróleo e gás, e estima-se que atualmente existam cerca de 208 milhões de usuários de drogas ilícitas no mundo. Destes, 13,2 milhões são usuários de drogas injetáveis.¹

Nos últimos 10 anos, a quantidade de ópio produzida no mundo dobrou, sendo que no Afeganistão, aproximadamente 193.000 hectares estão cobertos por plantações de ópio. Mesmo com a ocupação norte-americana desde o início da Guerra ao Terror, 92% de todo o ópio produzido no mundo é de origem afegã.²

Até o presente momento, as sociedades da grande maioria dos países escolheu por enfrentar o problema das drogas através do Direito, mais especificamente pela aplicação do sistema penal ao usuário e ao comerciante e produtor de drogas ilícitas. Desde a adoção dessa estratégia, a quantidade de pessoas presas por ofensas relativas a drogas segue crescendo, a um enorme custo para o indivíduo, sua família e também para a sociedade.

Portanto, faz-se necessária a discussão do tema dentro do âmbito do direito principalmente pelo fato de que a aplicação do sistema penal ao problema, através da criminalização do uso, produção e comércio destas substâncias se traduz

¹ International Drug Policy Report 2009.

² Id.

em grave intervenção nos direitos fundamentais das pessoas, sendo porém ineficaz para resolver o problema.

Alem disso, a aplicação do sistema penal vem notadamente sendo usada como mecanismo de controle, e principalmente de segregação social. Nos Estados Unidos, por exemplo, a proporção de pessoas negras presas por ofensas relacionadas a drogas é muito maior que a de pessoas brancas, não obstante os padrões de uso entre estes dois grupos serem altamente comparáveis. Estima-se que um homem negro tem 12 vezes mais chances de ser condenado por crimes de drogas do que um homem branco.³

Na tentativa de frear este movimento, alguns países passaram a adotar políticas alternativas com relação às drogas, que visavam principalmente a redução dos danos causados por estas. Ao se falar em redução de danos, estas políticas alternativas reconhecem que os danos causados pelas drogas diretamente nos usuários é muito menor do que aqueles causados pela proibição do uso e sua conseqüente marginalização.⁴ Ou seja, os danos sofridos pelos usuários poderiam ser controláveis desde que tivessem a tutela ou a participação do Estado, por assim dizer, contrariamente aos danos produzidos pelo “esquecimento” ou simplesmente pela “negação” de determinada situação por parte do Estado.

Outra questão que deve ser levada em conta, é a de que os usuários de drogas não são obrigatoriamente pessoas perigosas ou associadas a atitudes violentas ou degradantes. Estes usuários fazem parte de todas as camadas da sociedade e os motivos de seu envolvimento com tais substâncias podem ser os mais variados. Conforme os ensinamentos de Baratta neste sentido,

“(...) la gran mayoría de los consumidores de drogas ilícitas no son dependientes, no hacen parte de una subcultura desviada, no son asociales o delincuentes, no son enfermos (hay incomparablemente más enfermos y muertos por drogas

³ Ibid.

⁴ LEUW, Ed. MARSHALL, Ineke Haen. Between prohibition and legalization: the Dutch experiment in drug policy. Kugler Publications: Amsterdam/New York, 1994. p. 17

permitidas, como tabaco y alcohol, que por drogas prohibidas); y finalmente, la drogodependencia es, desde um punto de vista clinico y social, curable.”⁵

Diante desta realidade, o objetivo do presente trabalho está em demonstrar a inadequação da criminalização da conduta do usuário de drogas face o quadro atual, que se busca fazer a partir da análise de algumas questões intimamente ligadas ao direito, como a questão da possibilidade e a capacidade do Estado de proibir, e assim criminalizar, uma conduta que não ultrapassa a pessoa e os bens do agente. Não seria isto uma violação do Principio da Lesividade, pilar do Direito Penal brasileiro? Ou ainda, quando se verifica que o álcool como droga licita, é inúmeras vezes mais danoso do que a maconha, ilícita, há que se indagar qual seria o critério do ente estatal para proibir uma substancia e não outra, adotando uma conduta paternalista e retirando a possibilidade da pessoa agir conforme suas crenças.

Desta sorte, rapidamente se nota que as questões referentes às drogas estão longe de serem resolvidas, não obstante sua grande importância e impacto social, elevando-se assim a importância do estudo desenvolvido. Nas palavras de Porter e Teich⁶

“Claramente, estas questões permanecem sem resolução nos presentes dias, quando certas substâncias danosas e altamente aditivas permanecem livremente disponíveis (álcool e cigarros). Algumas estão disponíveis através de receitas medicas, e outras são ilegais, sendo objeto de comércio e contrabando internacional e alvos de guerras às drogas.”

Este trabalho visa a tratar, portanto, da questão da legalidade, não das drogas em si, mas da legalidade de sua proibição, ou seja, a capacidade de o Estado interferir em uma conduta inteiramente privada, que não lesa a terceiros, além da (i)legitimidade do discurso criminalizador, aliado ao mau desempenho de uma teoria

⁵BARATTA. Introduccion a la Sociologia de la Droga. *Apud* CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil. (Estudo Criminológico e Dogmático). 4 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007. p.155

⁶ PORTER, Roy; TEICH, Mikulas. *Drugs and Narcotics in history*. Cambridge University Press: Cambridge, 1995, p. 3

proibicionista tal qual apresentada até o momento, analisando-se para tanto os entendimentos doutrinários, os princípios constitucionais e do direito penal, a lei 11.343/06 e o Direito Comparado, bem como dados empíricos, visando por fim demonstrar as desvantagens de tal enfoque proibicionista acerca do tema.

1. O HOMEM E AS DROGAS

1.1. Definições e utilidades: delimitação da temática;

O dicionário Aurélio define como droga qualquer substância ou ingrediente de uso farmacológico, bem como medicamentos ou substâncias entorpecentes, alucinógenas, excitantes, etc., que sejam ingeridos com a finalidade de alterar transitoriamente a personalidade⁷. Porém esta definição não é suficiente para delimitar o objeto deste estudo.

Vincenzo Ruggiero traz outra conceituação que bem complementa aquela encontrada no dicionário, ensinando que

“Não há drogas na natureza. Existem venenos naturais, alguns deles letais. Os conceitos de ‘drogas’ e ‘dependência de drogas’ são construídos por definições socialmente institucionalizadas. Tais definições baseiam-se na cultura, história, julgamentos e normas fundadas em retóricas elípticas ou explícitas. (...) De fato, ainda que seja possível se identificar a natureza de uma substância tóxica, deve-se reconhecer que nem todas as substâncias tóxicas são definidas como drogas. O conceito de droga não pode, genuinamente, obter status científico, uma vez que se funda em uma avaliação política e moral.”⁸

A definição de Ruggiero atenta ainda para o fato de que o conceito de “droga” não seria um “conceito descritivo, mas avaliativo”⁹, por estar atrelado a uma carga moral. A complementação destas definições, uma pela outra, clareiam o objeto principal do presente estudo que são estas “drogas”, ou substâncias entorpecentes atreladas a uma carga moral de (des)valor.

⁷ HOLANDA FERREIRA, Aurelio Buarque de. Novo dicionário da Língua Portuguesa. 2 Ed. rev. e aum. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1986.

⁸ RUGGIERO, Vincenzo. Crimes e Mercados: Ensaio em Anticriminologia. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 81.

⁹ Id.

Partindo-se desta definição, pode-se remontar às origens destas substâncias e sua relação com o ser humano, para antes mesmo da existência da história escrita. Como ensina o Dr. Lester Grinspoon, “*Os primeiros homens certamente tinham conhecimento de muitas das plantas hoje sabidas como possuidoras de propriedades psicoativas*”¹⁰

Estas plantas são classificadas como sendo pertencentes a um de dois grupos: aquelas conhecidas como alucinógenas ou psicodélicas, “*que podem produzir percepções subjetivas daquilo que não existe*”¹¹, e aquelas que produzem drogas psicotrópicas, “*que normalmente acalmam ou estimulam o sistema nervoso central*”.¹². Segundo Lester Grinspoon, apenas o ópio, uma planta narcótica, é sabida por causar adição e ser fisicamente perigosa ao usuário.¹³

O número de plantas capazes de produzir substâncias ativadoras da mente permanece indeterminado até o presente momento, mas estima-se que não seja uma porção muito grande quando comparada com o número de plantas existentes no Reino Vegetal. As espécies de plantas devem variar entre 400.000 e 800.000, e destas, apenas cerca de 60 espécies são conhecidas ou já foram usadas como alucinógenos.¹⁴ O presente trabalho, porém, visa abordar especialmente a questão das drogas consideradas ilegais e mais comuns nos dias atuais, como a maconha, a cocaína, o ópio e seus derivados, o ácido lisérgico (LSD), o ecstasy, o crack, etc., com ênfase especial na maconha, por ser a mais leve e por longa margem a mais usada das drogas ilegais¹⁵ e também a que comporta mais usos não só como droga mas como planta e como matéria prima. Ademais, a maconha é a base da política de redução de danos implantada na Holanda, conforme será demonstrado em momento oportuno.

A maconha, conhecida cientificamente como *Cannabis Sativa*, é considerada como sendo uma droga leve ativadora da mente, e contém propriedades alucinógenas, mas nem próximas das poderosas propriedades alteradoras de

¹⁰ GRINSPOON, Lester. *Marihuana Reconsidered*. 2nd ed. Harvard Press Publishing: Massachussets, 1994. p.30

¹¹ Id.

¹² Id.

¹³ Id.

¹⁴ Id.

¹⁵ Ibid. p. 14

consciência de outros alucinógenos tais como o LSD e o *psilocybin* (cogumelos).¹⁶ A maconha é utilizada na China desde 5000 a. C., não só por suas propriedades psicoativas, mas também por seus diversos empregos possíveis¹⁷. O cânhamo, fibra extraída do caule da *Cannabis Sativa*, é utilizado para fabricação de roupas, cordas, telas de pintura (a palavra *canvas* deriva de *cannabis*), combustíveis, plásticos, óleos comestíveis, entre outros usos.

Outras drogas também tinham grande uso em tempos ou locais específicos.

O ópio, extraído a partir da flor de papoula, era de grande importância comercial na época das Navegações quando era trazido do oriente nos navios que transportavam especiarias para a Europa, e foi responsável pelo desenvolvimento da morfina, de grande utilidade para a medicina¹⁸. A morfina é um alcalóide presente no ópio e tem forte efeito analgésico e supressor da tosse, porém tem também um alto potencial aditivo. Já a heroína derivou de uma tentativa de tornar a morfina menos danosa e viciante, e é obtida “a partir da acetilação dos grupos fenólicos da morfina”¹⁹, e é cientificamente conhecida como diacilmorfina. Porém, a heroína mostrou um potencial viciante ainda maior, apesar da grande eficácia, principalmente contra a tosse²⁰.

Não obstante as propriedades farmacológicas do ópio não terem mudado ao longo dos anos, o tratamento em relação a ele é bastante inconstante. Em um mesmo século, na China, o ópio passou de amplamente utilizado e legal a estritamente ilegal para depois se tornar legal novamente²¹. Na Grécia Antiga, o ópio também já desempenhava papel importante como remédio, e os antigos gregos tinham pleno conhecimento da adição que poderia ser provocada por ele, mas acreditavam que os

¹⁶ Ibid, p. 31

¹⁷ MATHRE, Mary Lynn. Cannabis in medical practice: a legal, historical and pharmacological overview of the therapeutic use of marijuana. Mcfarland & Company Inc. Publishers: North Carolina, 1997. P. 35

¹⁸ GRINSPOON, Lester. Marihuana Reconsidered... p.15

¹⁹ In Revista Eletronica do Departamento de Quimica da UFSC. Disponível em: <http://www.qmc.ufsc.br/qmcweb/artigos/quimica_medicinal.html> Acesso em 20/12/2009.

²⁰ PORTER, Roy; TEICH, Mikulas. Op. cit, p. 11

²¹ LIEFF, Jonathan. More About the Drug Problem. In Social Science & Medicine. Vol. 8. p. 156

benefícios superavam em muito os perigos trazidos. No épico de Homero, *Odisséia*, tem-se menção ao ópio, que seria uma droga que “acalma as dores e ansiedades”.²²

A coca também tem utilidade como planta e como medicina, e é amplamente difundida entre os povos andinos, por suas propriedades importantes para quem vive na altitude. Recentemente, o Presidente boliviano Evo Morales, pediu a desclassificação da folha de coca como droga de classe I, e mascou a folha em plena conferência da ONU, defendendo que aquele ato fazia parte da cultura boliviana²³.

Já a cocaína, que é produzida a partir da folha de coca, mas que não pode se confundir com ela, foi sintetizada pela primeira vez em 1860 em um laboratório alemão, usando-se folhas de coca peruanas²⁴. Seu surgimento causou grande furor na sociedade médica, e a cocaína teve grande utilização até 1900. Entre 1900 e 1920 porém, a fascinação médica e comercial pela cocaína entrou em colapso. Não obstante, tem-se notícia do uso da cocaína por otorrinolaringologistas até 1929, como anestésico de superfície. Em 1924, formou-se a Convenção Européia de Produtores de Cocaína que contava com oito membros gigantes da indústria farmacêutica à época, e alguns que persistem até hoje como C.F. Boehringer Sohne, F. Hoffmann-La Roche e E. Merck. A cocaína manteve seu status legal até o início dos anos 60, quando enfim foi proibida.²⁵

A droga porém voltou ao cenário nos anos 70, quando voltou a ser amplamente utilizada, principalmente com cunhos recreacionais (não medicinais). Nas palavras de Gootenberg, *“A cocaína – um dos primeiros alcalóides desenvolvido cientificamente em escala comercial – foi, sem precedentes, a mais rápida das novas drogas, e uma aparente “cura-tudo” para uma sociedade industrial em rápida transformação movida pela ansiedade.”*²⁶

O princípio ativo da cocaína são os alcalóides, encontrados também em outras cerca de 5.000 plantas conhecidas²⁷. Os alcalóides (conhecidos por um nome

²² PORTER, Roy; TEICH, Mikulas. Op. cit, p. 4

²³ Discurso do Presidente boliviano à Comissão da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=7fYj8Ge8EPE>> Acesso em 18/09/2009.

²⁴ GOOTENBERG, Paul. Cocaine: global histories. Routledge: Oxtom, 1999. p.12

²⁵ Ibid. p.1

²⁶ Ibid. p. 6

²⁷ PLOTKIN, Mark J. Tales of a Shaman’s apprentice: an ethnobotanist searches for new medicines in the Amazon rain forest. Viking Penguin Books: Nova Iorque, 1993. p. 7

principal mais o sufixo *ina*, como cocaína, morfina, heroína, nicotina, cafeína, etc.) têm propriedades estimulantes. Estas propriedades estimulantes, diferentemente dos efeitos soporíficos do ópio, contribuíram para opiniões mais negativas sobre esta substância,²⁸ e hoje a cocaína é uma grande preocupação para o Poder Público, nas áreas de segurança e saúde pública.

A proibição das drogas e a conseqüente rentabilidade do negócio levou ao desenvolvimento de drogas mais potentes e perigosas, assim como o ecstasy e o crack, esta última sendo um subproduto da cocaína, que traz conseqüências devastadoras ao usuário, e que vem se consolidando como um grande problema para as autoridades, em especial nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

A temática do trabalho se delimita portanto, na análise da questão destas drogas e contextualização do problema dentro do panorama social atual, dentro das sociedades democráticas de direito, a partir de uma análise política, constitucional e criminal, visando ao final demonstrar a adequação ou inadequação da política criminal de drogas.

1.2 Cannabis, suas utilidades, e mudanças de paradigmas em relação as drogas.

A *Cannabis* merece lugar de destaque no presente trabalho, pois além de ser a droga ilegal mais utilizada no mundo, ainda serve de base para a teoria de redução de danos que será tratada adiante.

Conforme citado anteriormente, a maconha, conhecida cientificamente como *Cannabis Sativa*, é a droga ilegal mais utilizada no mundo, chegando nos Estados Unidos – país criador e mantenedor da “Guerra às Drogas” – ao ponto de 51,3% dos entrevistados por uma pesquisa, entre 18 e 25 anos de idade, fumarem ou

²⁸ GOOTEMBERG, Paul. Op. cit. p.126

já terem fumado maconha²⁹. O número cai para 40,4% quando levados em conta os entrevistados em geral acima de 18 anos, o que continua sendo uma parcela considerável da população, não obstante a proibição em vigor. Estima-se que nos EUA existam entre 20 e 80 milhões de usuários regulares de maconha, seja para fins medicinais ou para recreação e relaxamento.³⁰

Para fins de esclarecimento, cumpre inicialmente explicar quais as partes da planta que são usadas para cada fim, de modo que não haja confusão quanto aos diferentes usos.

A planta se divide em raiz, caule, folhas, flores e sementes, cada um desses componentes tendo utilidades específicas e separadas, fazendo com que esta planta seja bastante versátil para o homem.

O uso da *Cannabis Sativa* está envolvido na história do homem há aproximadamente 7.000 anos, eis que se tem registros da planta sendo utilizada pelos chineses desde 5.000 a.C. Tem-se notícia do uso da maconha como intoxicante natural, utilizada em rituais religiosos inclusive, mas principalmente para a extração do cânhamo, a fibra natural mais forte conhecida pelo homem³¹.

O cânhamo é a fibra presente no caule da planta, e foi de grande importância para o desenvolvimento da civilização e para a expansão territorial dos povos europeus, desempenhando papel fundamental nas Grandes Navegações responsáveis pelo descobrimento do continente americano, eis que praticamente todos os materiais têxteis que se encontravam nos navios (velas, roupas dos marinheiros) bem como todas as cordas eram feitas de cânhamo³².

A fibra extraída do caule e das folhas da *Cannabis* também se presta para a confecção de papel. Até mais ou menos o ano de 1883, entre 75 e 90% de todo o papel produzido no mundo era feito de cânhamo. Grandes obras foram inclusive impressas pela primeira vez em papel de cânhamo, incluindo a Bíblia do Rei James da

²⁹Who Are You? US Government Statistics on Adult Marijuana Users. Disponível em: <<http://www.cannabisculture.com/v2/content/who-are-you-us-government-statistics-adult-marijuana-users>> Acesso em: 25/12/09.

³⁰MATHRE, Mary Lynn. Op. cit. p. 2

³¹HERER, Jack. **The Emperor Wears no Clothes**. 11 ed. Ah Ha Publish.: Califórnia, 2007. p. 18

³²ibid. p. 24

Inglaterra no século XVII, bem como os trabalhos de Mark Twain, Victor Hugo, entre outros³³. A maconha tinha também um vasto uso medicinal, além de espiritual e religioso, principalmente, mas não exclusivamente, na Índia, país de maioria Hindu, religião que acredita que a maconha é sagrada³⁴. Alguns teóricos da Torah, a Bíblia judaica, apontam a presença da planta no texto bíblico, numa das passagens mais importantes do Velho Testamento.³⁵

A *Cannabis* também apresenta empregos alimentícios, à partir do óleo que é extraído da semente. O óleo da semente de *Cannabis* está entre os mais baixos em gorduras saturadas, e contém grandes quantidades de ácidos graxos essenciais, vitaminas e minerais.³⁶ Importante ressaltar o fato de que as sementes de *Cannabis* não apresentam THC em sua composição e portanto não têm efeitos psicoativos.

Tanto as sementes como o óleo extraído a partir da prensagem das sementes são utilizados há muito tempo, principalmente nos países orientais, como alimento para as pessoas e também para animais. Nos EUA o consumo de sementes de *Cannabis* é comum, principalmente através do “*Hemp Milk*”, que é um substituto do leite produzido a partir destas sementes e que não contém glúten nem lactose.³⁷

Já os usos da maconha como intoxicante natural e medicinal se baseiam no uso das flores da planta, que produzem o THC, além de outros canabinóides como CBD e CBN. As flores da *Cannabis* se desenvolvem a partir do início do inverno, e unicamente nas plantas fêmeas.³⁸ A *Cannabis* utilizada para estes propósitos pode ser fumada ou ingerida, seja com outros alimentos ou na forma de xarope. A forma mais comum de consumo é pela inalação da fumaça, por ser a mais potente, eis que o THC só é liberado pelo calor. Deste modo, mesmo a maconha ingerida (e aqui se está falando da ingestão da flor da *Cannabis*, que não pode ser confundida com o óleo da

³³ Ibid. p. 7

³⁴ MATHRE, Mary Lynn. Op. cit. p. 36.

³⁵ Acreditam alguns estudiosos do Velho Testamento que o arbusto que queimava incessantemente a Moisés, em Hebraico *keneh-boshem*, faz referência à *cannabis*, que em Hebraico se chama *koneb*. In MATHRE, Mary Lynn. Op. cit. p. 38

³⁶ HERER, Jack. Op. Cit, p, 51

³⁷ Disponível em: < <http://www.worldpantry.com/cgi-bin/ncommerce/ExecMacro/livingharvest/home.d2w/report>> Acesso em 10/06/2010.

³⁸ A planta *Cannabis* tem dois generos, macho e fêmea, sendo que a planta macho produz o pólen enquanto a fêmea tem receptores deste pólen e gera sementes. Disponível em: < <http://en.wikipedia.org/wiki/Cannabis>> Acesso em: 10/06/2010.

semente) deverá passar por um processo de cozimento para que o THC surta os efeitos psicoativos. Muitos dos usuários de maconha medicinal preferem o método da ingestão, que elimina os riscos de câncer trazidos pela inalação da fumaça em altas temperaturas.

1.2.1. O uso medicinal da *Cannabis*

Existem mais de 60 componentes terapêuticos na *cannabis* que funcionam como agentes curadores. O componente primário porém é o THC e a efetividade da terapia depende diretamente da potência ou concentração de THC.³⁹ Conforme explica Mary Lynn Mathre, “ *a planta cannabis tem benefícios terapêuticos e poderia aliviar o sofrimento de milhões de pessoas com diversas doenças como AIDS, câncer, glaucoma, esclerose múltipla, lesões na corda espinhal, dor crônica e outros males.*”⁴⁰

Como um remédio natural, utilizado na medicina chinesa, hindu, indígena, etc. há milhares de anos⁴¹, os conhecimentos do homem sobre as propriedades medicinais da maconha vêm de seu uso extensivo, diferentemente das drogas industrializadas que passam por diversos testes antes de chegarem aos consumidores.⁴²

A maconha foi o analgésico mais popular nos EUA por cerca de 60 anos, antes do redescobrimto da aspirina, por volta de 1900. Entre 1850 e 1937, a *US Pharmacopoeia* listava a maconha como remédio primário para mais de 100 tipos diferentes de males.⁴³

³⁹ HERER, Jack. Op. cit. p. 45

⁴⁰ MATHRE, Mary Lynn. Op. cit. p. 1

⁴¹ PLOTKIN, Mark J. Op. cit. p. 42

⁴² MACK, Alison; JOY, Janet Elizabeth. *Marijuana as medicine?: the science beyond the controversy*. National Academy Press: Washington D.C., 2000. p. 73

⁴³ HERER, Jack. Op. cit. p.40

Nas palavras de Jack Herer,

“Logo, legiões de pesquisadores americanos tinham indicações positivas para o uso de cannabis para asma, glaucoma, náuseas advindas de quimioterapias, anorexia, tumores e epilepsia, bem como antibiótico de uso geral. Achados cumulativos mostraram evidências de resultados favoráveis em casos de Mal de Alzheimer, anemias, Mal de Parkinson, esclerose múltipla e distrofia muscular; mais milhares de anedotas que dependiam de estudos clínicos mais aprofundados.”⁴⁴

Estes estudos porém não chegaram a se concretizar, em face da proibição imposta pelo governo norte-americano à pesquisa dos efeitos terapêuticos da maconha, vetando assim todos os recursos e autorizações aos pesquisadores, ocorrida em 1976.⁴⁵ Graças a esta medida, os médicos cientistas de hoje sabem mais sobre os efeitos adversos causados pela maconha do que as habilidades que esta planta tem para curar sintomas específicos.⁴⁶ Na explicação de Mary Lynn Mathre,

“Por ser a maconha uma droga ilegal, informações precisas sobre ela são difíceis de obter. As linhas principais de informações incluem táticas de amedrontamento, mentiras e achados de pesquisas manipulados que têm sido repetidamente reportados como sendo corretos. Os benefícios terapêuticos da cannabis não são mais mencionados na educação formal dos profissionais de saúde (i.e. médicos, enfermeiros, farmacêuticos) nem são mencionados nos milhares de livros e textos médicos que discutem as várias doenças contra as quais a planta pode ser útil. Assim, muitos profissionais da saúde são ignorantes quanto aos usos terapêuticos da cannabis.”⁴⁷

⁴⁴ Ibid p. 41

⁴⁵ Id.

⁴⁶ MACK, Alison; JOY, Janet Elizabeth. Op. cit. p. 73

⁴⁷ MATHRE, Mary Lynn. Op. cit. p.2

Não obstante, tem-se conhecimento comprovado de usos medicinais da *cannabis*, para o tratamento dos males anteriormente elencados, que incluem asma, glaucoma, náuseas, dores em geral, enxaquecas, etc., além de poder ser utilizada como droga auxiliar no tratamento contra o câncer (para a redução das náuseas e mal-estar causados pela quimioterapia) e a AIDS (agindo como estimulador de apetite).⁴⁸

Em algumas situações, já foram encontradas as explicações científicas para a eficácia da maconha em melhorar determinados sintomas. No caso das dores por exemplo, os canabinóides presentes na *cannabis* são responsáveis pela supressão dos sintomas. Nas palavras de Mack e Joy,

“Os canabinóides se mostraram como promessas significativas em experimentos básicos relacionados à dor. Os nervos periféricos que detectam as sensações de dor contém receptores de canabinóides em abundância, e estes canabinóides parecem bloquear a dor nos nervos periféricos em testes conduzidos com animais. Ainda mais encorajadores, estudos básicos sugerem que derivados do ópio e canabinóides diminuem a dor com base em mecanismos diferentes. Se este for o caso, remédios baseados em maconha podem talvez serem combinados com derivados de ópio para aumentar seus poderes aliviantes da dor enquanto limitando seus efeitos colaterais.”⁴⁹

A situação da maconha medicinal nos dias de hoje é bastante controversa. Nos EUA, por exemplo, vários estados aprovaram o uso da maconha medicinal através de leis estaduais, formuladas a partir de votação popular⁵⁰. No entanto, a lei federal proíbe o uso, e os pacientes e os chamados “dispensários”⁵¹ são vítimas de operações policiais federais e acabam por diversas vezes sofrendo perseguições penais. Esta incongruência entre a lei federal e a lei estadual americana

⁴⁸ MACK, Alison; JOY, Janet Elizabeth. Op. cit. p. 79

⁴⁹ MACK, Alison; JOY, Janet Elizabeth. Op. cit. p. 79

⁵⁰ Disponível em: <<http://medicalmarijuana.procon.org/viewresource.asp?resourceID=000881>> Acesso em: 26/12/09.

⁵¹ [nota do autor] Em inglês “dispensaries”, são os lugares autorizados por lei estatal a vender maconha para os portadores de prescrição médica.

causa enormes dissabores aos pacientes da maconha medicinal. Não obstante, os pacientes têm a prerrogativa de invocar o uso medicinal da planta em suas defesas perante os tribunais, o que muitas vezes é aceito como excludente de antijuridicidade.

No Brasil, a maconha medicinal sofre o mesmo tratamento daquela usada com fins recreacionais, podendo aquele que for flagrado ser enquadrado no artigo 28, ou no artigo 33 da lei 11.343/06, dependendo das circunstâncias.

1.3. O desenvolvimento das políticas proibicionistas

Como visto anteriormente, diversas são as substâncias que podem ser encontradas na natureza e que contém características alteradoras de humor, consciência e de comportamento nos seres humanos, e estas são há muito conhecidas e utilizadas pelo homem, tanto com propósitos recreacionais (diversão, relaxamento) como medicinais, visando a cura de um determinado mal do qual se possa estar acometido.⁵²

Desde que o homem passou a se organizar em sociedade e criou-se a figura estatal, esta, juntamente com a opinião pública e a comunidade médica, têm sido responsáveis por demarcar os limites dos usos apropriados destas substâncias, bem como os usuários autorizados para tanto, processo este que levou ao surgimento de alguns conflitos.⁵³ Nas palavras de Porter e Teich,

“As linhas limítrofes entre uso e abuso (por indivíduos, profissionais da medicina, e pelas indústrias farmacêuticas que, no último século e meio têm cada vez mais se envolvido no desenvolvimento, produção e comércios de tais substâncias, e

⁵² GRINSPOON, Lester. *Marihuana Reconsidered...* p. 2

⁵³ PORTER, Roy; TEICH, Mikulas. *Drugs and Narcotics in history*. Cambridge University Press: Cambridge, 1995. p. 3

*têm portanto um vasto interesse financeiro nelas) têm sido fortemente contestadas.*⁵⁴

Destarte, nota-se que qualquer que seja a ideologia adotada com relação a tais substâncias, esta provavelmente não agradará a todos, e por isso, as proibições e liberações do uso destas percorre um caminho inconstante, que depende em grande parte de quem detém o poder e o monopólio do uso da força em determinado momento, eis que na grande maioria das vezes estas decisões não se baseiam em descobertas científicas⁵⁵, o que de certa forma poderia conceder maior legitimidade a elas.

Deste modo, as proibições de usos de determinadas substâncias são as mais variadas que se possa imaginar. Tem-se notícia da primeira acontecendo no século XVI, no Egito, onde o café foi banido, devido às propriedades estimulantes do alcalóide *cafeína* que acreditava-se ser prejudicial à saúde, e grandes quantidades do produto foram incineradas. Não obstante a proibição, o consumo continuou a aumentar⁵⁶. Já no século XVII, o czar russo determinou que os usuários de tabaco fossem executados. Por volta do ano 1650, o tabaco foi proibido na Bavária, Saxônia e Zurique, e o sultão Otomano passa a executar aqueles que não cumprem a lei. Em 1736 a Inglaterra tenta diminuir o consumo de álcool através do Gin Act, mas os resultados são desfavoráveis. Em 1792, a pena para quem vende ópio na China passa a ser o estrangulamento. Em 1845, Nova Iorque decide proibir a venda de bebidas alcoólicas à população, lei essa que foi revogada dois anos depois. Entre os anos de 1875 e 1914, 27 estados e cidades americanas baniram o fumo do ópio. Neste mesmo período, o consumo da droga aumentou 7 vezes⁵⁷. No Brasil, a primeira legislação antidrogas foram as Ordenações Filipinas.⁵⁸

⁵⁴ Id.

⁵⁵ ROSENTHAL, Ed. Why Marijuana should be legal. Ideal Publishing p.89

⁵⁶ HERER, Jack. Op. cit. p. 228

⁵⁷ Id.

⁵⁸ CARVALHO, Salo. Op. cit. p. 11

Nos Estados Unidos, após o início da proibição do ópio em estados e cidades, o Congresso aprova o Harrison Narcotics Act, em 1914, que controla o uso do ópio e do cacau e seus derivados.

Já a maconha só teve sua primeira norma federal regulatória em 1937, o chamado Marihuana Tax Act, que passou a tributar o plantio e a venda da maconha com alíquotas mais altas, visando a diminuição da produção. Isto se deu por razões comerciais e econômicas (o cânhamo era matéria prima concorrente do algodão e do petróleo⁵⁹, dois produtos de primeira importância para o desenvolvimento econômico dos EUA) bem como étnicas e raciais, porquanto a maconha era associada aos negros e mexicanos, teoricamente inimigos da sociedade americana. Portanto, a *Cannabis* passava a apresentar uma ameaça à indústria norte americana do algodão e em parte também do petróleo, além de representar as camadas excluídas da sociedade, e por isso deveria ser desestimulada⁶⁰.

Há quem sustente que a taxaço da maconha em 1937 já tinha cunho proibitivo, o que apontaria para o início de políticas proibitivas de condutas relacionadas às drogas, e que teria seguido a legislação referente à armas de fogo, que entrou em vigor nos Estados Unidos em 1934. Nas palavras de Richard Bonnie e Charles Whitebread,

*“A quebra chave do esquema de taxaço da maconha com relação àquele constante no Harrison Act é a noção de taxa proibitiva. Debaixo do Harrison Act, um usuário não-medicinal não poderia adquirir ou possuir drogas narcóticas. Para os dissidentes da decisão da Suprema Corte que apoiavam o ato, isto demonstrava claramente que a motivação do Congresso era a de proibir a conduta ao invés de aumentar a arrecadação. (...) O Firearms Act, aprovado em junho de 1934, foi a primeira lei a esconder os reais motivos do congresso por trás de uma taxa proibitiva”.*⁶¹

⁵⁹ O bagaço do caule da *Cannabis Sativa* é matéria prima para um combustível, semelhante ao que hoje se conhece por Biodiesel. A fabrica americana FORD, desenvolveu um veiculo movido a partir deste combustível. Ver ROSENTHAL, Ed. Op. cit, p. 26

⁶⁰Id.

⁶¹ BONNIE, Richard; WHITEBREAD, Charles. **The Marijuana Conviction**. University of Virginia Press, 1974.

No entanto, durante o esforço de guerra da Segunda Guerra Mundial, o governo norte americano incentivou o cultivo da Cannabis, quando percebeu que o suprimento de algodão não seria suficiente para a situação. Logo, com o slogan “*Hemp for Victory*”⁶², o governo tentou retomar o cultivo do cânhamo, fornecendo sementes inclusive, por ser uma planta de rápido crescimento e de muitas utilidades. Entretanto, logo após o término da guerra, a proibição retornou e desta vez com força total. Os Estados Unidos são considerados hoje em dia como sendo os principais responsáveis pela política proibicionista adotada no mundo e o Governo nega a existência da campanha “*Hemp for victory*”, mesmo com os diversos vídeos publicitários que podem ser vistos até hoje.⁶³

Mais tarde, sob o governo de Nixon, o Congresso Norte Americano aprovou a lei chamada *Controlled Substances Act*, que serve de base até hoje na guerra contra as drogas.⁶⁴

Em um contexto ainda mais internacional, de cooperação entre os países na guerra contra as drogas, a ONU (Organização das Nações Unidas) publicou a Convenção Única de Drogas Narcóticas e Estupefacientes, em 1961 (Single Convention on Narcotic Drugs), que foi posteriormente emendada em 1972 por pressão da agência anti-drogas norte-americana. A ideia desta convenção consistia na tentativa de limitar a posse, o uso, comércio, distribuição, importação, exportação, manufatura e produção de drogas exclusivamente para propósitos médicos e científicos, bem como combater o tráfico de drogas através da cooperação internacional, detendo e desestimulando os traficantes⁶⁵. O plano era acabar com as drogas dentro de 25 anos.

A grande maioria dos Estados ratificou o referido tratado, principalmente após a realização de nova convenção em 1988, que recomenda o combate às drogas

⁶² “Hemp for Victory” ou “cânhamo para a vitória” foi uma propaganda veiculada pelo governo dos Estados Unidos em 1942, que visava estimular o cultivo da Cannabis para ajudar nos esforços de guerra. O governo americano inclusive forneceu as sementes aos agricultores. HERER, Jack. Op. cit, p. 30 – Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=jokV8xIJTNE> Acesso em 21/01/2008.

⁶³ HERER, Jack. Op. cit. p.34

⁶⁴ CAULKINS, Jonathan Paul. (et al). How goes the “war on drugs”? an assessment of U.S. drug problems and policy. RAND Corporation: Santa Monica, 2005. p. 5

⁶⁵ Single Convention On Narcotic Drugs, 1961. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/single-convention.html>> Acesso em: 12/05/08

somente no que se refere ao uso recreacional delas, conforme se extrai do preâmbulo da própria convenção, que diz:

“As partes(...)

Preocupadas com a saúde e o bem estar da humanidade,

Reconhecendo que o uso médico de drogas narcóticas continua sendo indispensável para o alívio da dor e sofrimento e que a provisão adequada deve ser feita para garantir a disponibilidade de drogas narcóticas para estes propósitos, (...)

Desejando concluir uma convenção internacional geralmente aceitável para substituir os tratados existentes sobre drogas narcóticas, limitando tais drogas ao uso médico e científico, e providenciando cooperação internacional contínua e controle para que se atinja tais alvos e objetivos, Neste ato acordam o seguinte:”⁶⁶

Desta passagem nota-se o intuito de destinar as substâncias descritas nesta mesma convenção apenas ao uso medicinal, industrial e científico, combatendo o uso recreacional.

Após a assinatura da convenção, algumas emendas surgiram, principalmente em 1972, depois do início da guerra contra as drogas promovida pelos Estados Unidos, com o Protocolo de Emenda da Convenção Única de Drogas Narcóticas e Estupefacientes.⁶⁷

Por outra banda, a partir de 1976 tem-se o surgimento um movimento no sentido contrário. Com base em diversos dados empíricos, já previstos muito antes por estudiosos holandeses mas só então disponíveis⁶⁸, notou-se que a guerra contra as

⁶⁶ “The parties, concerned with the health and welfare of mankind, recognizing that the medical use of narcotic drugs continues to be indispensable for the relief of pain and suffering and that adequate provision must be made to ensure the availability of narcotic drugs for such purposes(...) desiring to conclude a generally acceptable international convention replacing existing treaties on narcotic drugs, limiting such drugs to medical and scientific use, and providing for continuous international co-operation and control for the achievement of such aims and objectives, hereby agrees as follows:” Tradução livre. Single Convention on Narcotic Drugs, 1961. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf> Acesso em 12/05/08

⁶⁷ Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/convention_1972_en.pdf Acesso em 12/05/08.

⁶⁸ LEUW, Ed; MARSHALL, Ineke Haen. Op. cit. p. 11

drogas e a teoria proibicionista eram um fracasso. O consumo e o tráfico ilegal somente aumentavam desde a adoção de referida política, e o problema passava a ser cada vez maior.

Com base nesses dados a Holanda inovou a forma de pensar sobre as drogas, seus efeitos diretos e indiretos. O Opium Act de 1976 buscou uma nova abordagem ao problema. Os holandeses perceberam que a maconha era amplamente utilizada pelos seus cidadãos, e a sua proibição trazia mais desvantagens do que benefícios. Desenvolveu-se então uma política baseada na redução de danos e separação de mercados, onde a maconha e seus derivados passaram a ser tolerados e vendidos em estabelecimentos próprios.⁶⁹ A idéia dos holandeses foi pioneira e será abordada em detalhes mais adiante.

Desde a iniciativa holandesa de descriminalização da maconha, diversos países seguiram a mesma idéia, entre eles Austrália, Espanha, Portugal, Bélgica, Finlândia⁷⁰, Reino Unido (que acabou tendo uma regressão desta política em 2004), e recentemente a República Tcheca, o México, e a vizinha Argentina.

Há quem sustente que o Brasil aderiu em parte a este movimento com a promulgação da lei 11.343/2006⁷¹, que excluiu o usuário das sanções privativas de liberdade, prevendo medidas sócio educativas para os contraventores.

Anteriormente a este diploma legal, o Brasil teve duas legislações federais sobre drogas, sendo uma da época do regime militar (Lei 6368/76) que adotou a teoria proibicionista em sua plenitude e que previa sanções de mesmo teor para usuários e traficantes, e outra promulgada em 2002, que teve poucas novidades e vida curta.

Já com o surgimento da lei 11.343/06, partindo-se da leitura do seu artigo 28⁷², nota-se que a conduta do usuário passou a ser considerada mais como um ato de

⁶⁹ Ibid. p. 10

⁷⁰ Revista Super Interessante, n. 244, outubro, 2007. Ed. Abril. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/historia/drogas-proibir-legal-447236.shtml>>

⁷¹ Ver GOMES, Luiz Flavio (coord.). Nova Lei de Drogas Comentada. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

⁷² Art. 28. *Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:*

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

desobediência civil⁷³ do que um crime propriamente dito, como era considerado anteriormente. No entanto, a doutrina ainda se divide em relação a se a lei descriminalizou ou não a conduta do usuário, e esta análise será realizada adiante em momento oportuno.

Outra discussão interessante reside no fato de que a lei brasileira teoricamente não criminalizaria o uso, já que não se extrai o verbo *usar ou utilizar* do tipo penal e portanto, a autoridade policial não poderia interferir ao flagrar alguém utilizando drogas, pois esta conduta não seria tipificada. Não obstante, a doutrina defende que os outros verbos usados no tipo legal tornam o uso sem a constituição de crime impossível, já que todas as outras ações necessárias para que o uso se dê, são tipificadas⁷⁴.

Atualmente, existem diversos movimentos que defendem a descriminalização das drogas, e da maconha principalmente, como meio de controle e redução de danos. Porém, parece ainda existir certa restrição à discussão do assunto, em razão principalmente dos tabus que permeiam a sociedade, não só no Brasil mas em grande parte do mundo, herdados dos processos normalizadores e moralizadores a que são submetidos aqueles que vivem em sociedade.⁷⁵

Com base no exposto, percebe-se que não há como se traçar um momento exato da criminalização de drogas, pois trata-se de um processo longo que estaria *“incorporado à idéia de punição de opções pessoais, e de proliferação de culpas e ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais,”*⁷⁶. Assim, como demonstra Carvalho,

“A origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente processo

⁷³ Ver THOREAU, Henry. Desobedecendo: A desobediência civil & outros escritos. São Paulo: Ed. Rocco, 1994.

⁷⁴ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil. Estudo Criminológico e Dogmático. 4 ed. Amp. e atual. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007. p. 30

⁷⁵ Ibid. p. 10

⁷⁶ Id.

*moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável.*⁷⁷

⁷⁷ Id.

2. A PROIBIÇÃO: O FOCO POLÍTICO-CRIMINAL

Para que se realize uma abordagem mais ampla da viabilidade da proibição da conduta de uso de drogas dentro do Estado Democrático de Direito, foco principal do presente trabalho, faz-se necessária uma análise, não somente jurídica e sociológica, mas também político-criminal, pois a questão como se coloca tem uma carga política grande atrelada a si.

Isto porque a política criminal acaba sendo o regulador da tensão existente na tradição liberal. Como ensina a professora Barbara Hudson, “a tensão primária na tradição político-filosófica liberal está entre segurança e liberdade”⁷⁸. Logo, para a análise do tema proposto, que envolve exatamente esta linha tênue que se traduz na tensão do sistema, faz-se imprescindível a contextualização do problema dentro das sociedades democráticas contemporâneas.

Hudson explica mais claramente esta regulação exercida pela justiça criminal ao dizer que

*“A tensão entre liberdade e segurança é articulada na justiça criminal dentro da idéia de balanceamento entre objetivos de controle do crime e o devido processo legal. Todos os sistemas de justiça criminal são (por definição) instituídos para deter o crime e prender os criminosos. (...) as sociedades liberais tem afirmado a necessidade e a legitimidade de sistemas de sanções punitivas como consequência àqueles crimes. Mas como temos visto, as sociedades liberais têm reconhecido que seus princípios mais queridos ditam que o direito de punir deve ser temperado com o respeito pela liberdade e dignidade do criminoso.”*⁷⁹

Portanto, há que se analisar o contexto político-social-criminal contemporâneo, para que se possa problematizar a questão e encontrar a verdadeira

⁷⁸ HUDSON, Barbara. Justice in the Risk Society. SAGE publications: London, 2003. p. 40

⁷⁹ Ibid. p, 41

motivação por trás das políticas proibicionistas em vigor na grande maioria dos países, para posteriormente operar a análise jurídica da viabilidade desta criminalização em face das garantias fundamentais e constitucionais do Estado Democrático de Direito. Vale dizer que esta necessidade surge como mecanismo de desconstrução dos dogmas que envolvem a questão das drogas. Como bem explicou o Ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Carlos Ayres Britto em palestra proferida na cidade de Curitiba,

“Quem gosta do novo problematiza os dogmas. Se estes dogmas resistirem à análise, deverão ser reverenciados. Senão, devem ser estilhaçados. Assim, diminuem-se os preconceitos, as pré-compreensões, que são nocivas ao nosso desenvolvimento intelectual e social.”⁸⁰

2.1. O desenvolvimento da sociedade de risco

Primeiramente, cumpre contextualizar as sociedades democráticas contemporâneas, que com a revolução tecnológica e os movimentos de globalização, estão cada vez mais parecidas, na medida em que enfrentam os mesmos tipos de problemas, ainda que em níveis diferentes.

Alguns teóricos vêm trabalhando com a idéia da sociedade de risco, que parece ser uma definição bastante plausível da vida na modernidade.

Segundo a Professora Barbara Hudson, a análise da vida contemporânea a partir da sociedade de risco “sugere que o risco teria se tornado uma preocupação central e generalizada, ao ponto de estar configurando as instituições e a consciência contemporâneas.”⁸¹

⁸⁰ Palestra do Ilmo. Min. Carlos Ayres Britto, proferida nas Faculdades Santa Cruz, em 18/06/2010.

⁸¹ HUDSON, Barbara. Op. cit. p, 43

Para Hudson, a sociedade de risco significa que a consideração do risco não se tornou “apenas pervasiva mas também rotineira”, de modo que faria parte dos processos diários de pensamento dos indivíduos, seja em suas vidas privadas ou aspectos organizacionais. Partindo destas premissas, a sociedade de risco seria responsável por uma situação onde se leva em conta os riscos indesejáveis que devem ser evitados, de modo que estes riscos se tornam parte principal do processo de tomada de decisões.

Logo, a teoria da sociedade de risco teria laços estreitos com o sentimento de medo que é diariamente reforçado pelos meios midiáticos, medo este que se baseia na individualização da vida moderna, a partir da “perda progressiva da tradição e laços sociais”⁸², e na crescente falta de confiança para com o outro, que faz com que as pessoas convivam com o sentimento ou a sensação de ameaça.

Este sentimento de ameaça contribui para o medo que se sente com relação ao outro, sendo o outro ou o “estranho” aquelas pessoas que estão excluídas do sistema, e que são assim rotuladas como indesejáveis às classes dominantes.

A teoria da sociedade de risco teria portanto forte relação com as políticas criminais, que funcionariam como meio de evitar certos riscos indesejáveis através da criminalização e punição de condutas por parte do Estado. Pois, como nos ensina Hudson,

“A ameaça que tememos mais uns dos outros é a ameaça do crime. O medo do crime é um amalgamado de hostilidade com relação àqueles que a ciência social patrocinada pelos governos construíram como ameaças, mas também expressa um medo de estranhos mais generalizado.”⁸³

Hudson sustenta ainda que graças ao rompimento da idéia de solidariedade, a sociedade amedrontada pugna por estratégias criminais que são construídas defensiva e repressivamente.

⁸² Ibid. p. 44

⁸³ Id.

Ocorre porém que as condutas criminalizadas, e o sistema criminal como um todo, são escolhidos com a idéia do medo e do risco como pano de fundo, afastando assim princípios de justiça que há muito tempo são prezados pelos defensores do Estado liberal e democrático, graças a este clamor por segurança que se fortalece a cada dia.

Destarte, a ideia de justiça está sendo ameaçada na sociedade de risco. Conforme as palavras de Barbara Hudson,

“Nas sociedades ocidentais contemporâneas a aderência a princípios de justiça que vigoraram por muito tempo tem sido posta em perigo por uma preocupação excessiva com segurança: o medo do crime e o medo do terrorismo são medos racionais mas têm sido aumentados ao ponto de se sobreporem nossa preocupação com a liberdade e a justiça.”⁸⁴

A autora propõe assim que há um reflexo da teoria da sociedade de risco dentro do sistema de justiça criminal, que traria mudanças não só nos temas dos discursos da justiça, como também mudanças nos alvos da justiça penal e nas técnicas de punição. Isto se operaria pelo fato da mudança nos mecanismos de controle do crime que saíram da idéia de gerenciamento de riscos para a idéia de controle de riscos. De acordo com Hudson,

“Justiça criminal versa sobre gerenciamento de riscos no sentido de que embora os riscos possam não ter condições de serem eliminados, eles podem ser mantidos dentro de níveis razoáveis, e podem ser reduzidos nas áreas onde possam ser antecipados. Isto quer dizer essencialmente que os riscos devem ser balanceados: o risco do público de ser vitimizado deve ser balanceado contra o

⁸⁴ Ibid. p. x

*risco do ofensor (atual e potencial) de uma desmerecida restrição de liberdade ou outra forma de privação.*⁸⁵

A partir da passagem acima, possível se faz a relação entre a idéia da justiça na sociedade de risco e a questão das drogas nas sociedades democráticas contemporâneas, já que a criminalização da conduta do uso ou comércio destas substancias se encaixa perfeitamente na visão da sociedade de risco, eis que não se nota o balanceamento entre os riscos que justificaria a criminalização da conduta.

Ao se jogar a questão das drogas dentro da equação teórica formulada acima, nota-se que o risco de vitimização do público pela conduta do usuário de drogas, ou mesmo do traficante enquanto praticante de meros atos de mercancia desatrelados a atos violentos, não está em equilíbrio com o risco do ofensor de desmerecida restrição de liberdade. Por óbvio, eis que a conduta do usuário e os riscos atrelados a ela não ultrapassam a pessoa do próprio usuário, ao menos em sentido estrito, de modo que se está vitimizando o próprio “agressor” e portanto punindo-o duplamente, ora pelo próprio risco que este assume ao consumir a droga, ora pelo risco da punição desmerecida. Do mesmo modo, o simples ato de mercancia de uma substância qualquer não gera riscos ao público que sejam equivalentes ou balanceados à punição prevista. Logo, a criminalização da conduta seria algo que viola os princípios de justiça do Estado liberal.

Não obstante, dentro da sociedade de risco, esta questão não causa tanto espanto quanto poderia ou deveria, pois a cultura do medo e da necessidade contínua de segurança está profundamente arraigada nos sentimentos da população, de modo que não há sequer uma ponderação com relação ao balanceamento proposto por Hudson. De fato, como a própria autora menciona, grande parte da população não está disposta a abrir mão de leis que pareceriam absurdamente severas e violadoras de princípios fundamentais, em prol da sensação (na maioria das vezes falsa) de segurança.

⁸⁵ Ibid. p, 46.

De qualquer modo, o ponto central da contextualização da sociedade de risco que se pretende para este trabalho, está na diferenciação operada entre os conceitos de *gerenciamento* de riscos e *controle* de riscos e a mudança de paradigmas do primeiro para o segundo dentro das sociedades atuais. Conforme define Barbara Hudson,

“Gerenciamento de riscos: O uso de técnicas de gerenciamento para lidar com riscos reconhece as incertezas associadas com situações de risco. A intenção não é eliminar o risco, mas gerenciar os erros através de melhorias marginais nos programas de atribuições (de ofensas)... O reconhecimento é de que mesmo entre ofensores de baixo risco haverá falhas, mas a abordagem de gerenciamento de riscos reconhece os custos de falsos positivos bem como de falsos negativos, e as atribuições de ofensas são feitas de maneira a minimizar os custos conjuntos destes erros. Ao contrário do controle do risco, a abordagem de gerenciamento de riscos aceita a inevitabilidade do erro, e isto é lidado por uma tentativa de transferir os erros para cenários mais aceitáveis e direcionado à redução dos níveis de marginalidade.

Controle de riscos: Esta estratégia tenta exercer controles sobre o risco visando prevenir a recorrência de um novo crime. Estes métodos são definidos pela relação entre o agente externo e o alvo do controle; o primeiro usa métodos penais para eliminar as escolhas do último... Estratégias de controle do risco tem como seu propósito o de tomar o poder sobre situações de risco na vida de um ofensor de modo que o ofensor não possa se engajar em crimes.”⁸⁶

⁸⁶ [trad. do autor] “Risk management: The use of managerial techniques to deal with risk recognises the uncertainty associated with risk situations. The intent is not to eliminate risk, but to manage error by marginal improvements in program assignment... The recognition is that even among lower risk offenders there will be failures, but risk management approaches recognize the costs of false positives as well as false negatives, and offender assignments are made in order to minimize the joint costs of these errors. Unlike risk control, risk management approaches accept the inevitability of error, and this is dealt with by attempt to shift errors into more acceptable settings and toward marginally reduced levels. Risk control: This strategy attempts to exert control on the risk in order to prevent the recurrence of a new crime. These methods are defined by the relationship between the external agent and the target of control; the former uses penal methods to eliminate the choices of the latter... Risk control strategies have as their purpose to take Power over situations of risk in an offender’s life such that the offender may not engage in crimes.” *In Ibid.*, p. 50

O que se nota dentro desta mudança de paradigma é que na sociedade de risco, onde atualmente as políticas criminais verteram para o segundo modelo de controle de riscos, o Estado parece tentar impor a sua vontade forçadamente, através da justiça criminal, contra um alvo específico que está atrelado a um risco que se tenta eliminar. E realiza este controle através da limitação da liberdade de escolha do possível ofensor de modo que este se veja impossibilitado de se engajar em uma conduta criminosa.

A visão acima explicitada pode se prestar para explicar a situação atual das drogas, pois a teoria proibicionista visa a eliminação do risco trazido pelas drogas, e o faz através da utilização de métodos penais contra o alvo do controle, neste caso o traficante ou usuário.

Neste ponto, cabe uma indagação pertinente: e se o alvo do controle exercido pela teoria do controle dos riscos fosse escolhido em razão de uma situação outra que não efetivamente o risco da conduta, mas com fins de segregação e exclusão social, ou mesmo razões morais ou ideais perfeccionistas? Poder-se-ia talvez, por conta da propaganda incessante do medo e da desconfiança generalizada com relação ao outro, ser aceitável dentro de um Estado democrático e de princípios liberais a adoção de um mecanismo como este? Ou ainda, nas palavras de Hudson,

“Porque o gerenciamento profissional de riscos, com a tarefa central de balancear os riscos aos ofensores de punições indevidas e para vítimas em potencial a vitimização evitável, perdeu seu lugar em favor de novas estratégias nas quais a demanda pública e política por níveis irrealistas de segurança dá suporte para sempre-crescentes níveis de repressão e exclusão daqueles identificados como perigosos?”⁸⁷

⁸⁷ [trad. do autor] “Why was Professional management of risks, with the core task being that of balancing risk to the offenders of undue punishment and to potential victims of avoidable victimisation, displaced in favour of new strategies in which public and political demand for unrealistic levels of safety give rise to ever-increasing levels of repression and exclusion of those identified as risky?” Ibid., p. 60-61.

Este aspecto da exclusão do outro merece ser levado em consideração na análise da motivação das atribuições de ofensas (ou criminalização de condutas) ao menos no âmbito do Direito e da Academia, eis que na prática costuma passar despercebido, fruto também, diga-se novamente, da propaganda do medo veiculada constantemente pelos meios de comunicação.

Como explica Hudson, a teoria da sociedade de risco e do controle dos riscos não atenta para as verdadeiras causas do crime, mas se preocupa fervorosamente em punir os culpados. Em suas palavras,

“Debates culturais sobre risco, como apóia Douglas, são inevitavelmente sobre colocar a culpa naqueles designados como ‘o outro lado’ (os pobres, estrangeiros, incrédulos, desviantes) e exoneração da culpa do seu próprio lado – nós certamente podemos ver isso hoje na maneira que os criminosos são considerados exclusivamente culpados, e fatores como desemprego estrutural, falta de provisões para tratamentos de drogados fora do sistema de justiça criminal, e fatores similares ligados às ações ou omissões das elites governantes, são desconsideradas como causas de crimes.”⁸⁸

2.2. A criminalização da pobreza

Pelo demonstrado até o momento, dentro desta caracterizada sociedade de risco, onde as exposições midiáticas bombardeiam a sociedade com a propaganda do medo, pode-se notar o movimento de utilização da justiça criminal como meio de se lidar com a pobreza e com as camadas excluídas da população.

Isto se torna claro, por exemplo, quando se estuda o tratamento dado às drogas tidas como lícitas, principalmente o cigarro e o álcool. Ambas são consideradas lícitas, não obstante o fato de terem efeitos comprovadamente piores do que os da maconha por exemplo, mas nem por isso são proibidos. Além disso, ambas as “drogas

⁸⁸ HUDSON, Barbara. Op. Cit. p, 51.

legais” têm um certo poder entorpecente sobre as pessoas, principalmente o álcool. Ademais, se for levado em conta o custo trazido ao Estado pelos dependentes de cigarro e álcool, notar-se-á que estas duas drogas são as mais custosas para a sociedade. Logo, não há qualquer argumento que justifique a legalidade do cigarro e do álcool e a ilegalidade das outras drogas psicoativas. Vale ressaltar ainda que segundo estatísticas do próprio governo Norte-americano, entre 65 e 75% de todos os assassinatos ocorridos nos EUA, tem alguma relação com o álcool.⁸⁹

Logo, uma vez superado o poder dos lobistas das indústrias do cigarro e do álcool, percebe-se que são utilizados dois pesos e duas medidas, quando o assunto é droga. Neste sentido, também se manifesta Vincenzo Ruggiero aduzindo que

“A proibição das drogas também é vista como detentora de uma agenda oculta, na qual, por exemplo, a guerra às drogas dá aos políticos a oportunidade de parecer atenciosos e paternais, e a manipular medos racistas e xenófobos. (...) Desse ponto de vista, a proibição das drogas é uma fonte política ou um programa social oculto que transcende o objeto de sua preocupação aparente.”⁹⁰

Logo, infere-se que a proibição das drogas pode realmente não ter cunho científico, mas sim social, de segregação de minorias associadas ao uso destas substâncias, normalmente os excluídos e inimigos da sociedade.

Neste sentido também se posiciona Maria Lucia Karam, ao afirmar que

“o proibicionismo pode ser entendido, em uma primeira aproximação, como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas

⁸⁹ HERER, Jack. Op. Cit., p, 33

⁹⁰ RUGGIERO, Vincenzo. Crimes e Mercados: Ensaio em Anticriminologia. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 85

através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros”.⁹¹

Esta conexão pode ser feita também a partir de outra visão quando comparados o álcool com drogas proibidas, por exemplo. O fato de o álcool ser a droga “eleita” pela Igreja Católica, fazendo do vinho uma “bebida sacra” e tornando assim o álcool uma droga aceita e vastamente utilizada no ocidente dada a influência da Igreja, ao passo que no Mundo Árabe o álcool é proibido graças a mandamentos advindos do Alcorão. Ou seja, como dito anteriormente, a classificação de drogas carrega uma carga moral de desvalor⁹², e em assim sendo, a sua criminalização poderia configurar um abuso por parte do Estado. A aplicação do sistema penal a partir desta fundamentação, configura-o como direito penal de autor e não de fato e merece ser rechaçada, dentro do Estado Democrático de Direito.

Outro ponto importante que merece ser rebatido no que concerne à teoria proibicionista, e que está atrelada igualmente à teoria de controle de riscos, diz respeito à má qualidade das drogas ilícitas que faz com que os custos de tratamento sejam ainda maiores. O que se quer dizer com isto é que as drogas ilícitas, dada sua ilicitude e conseqüente falta de controle pelo Estado eis que são produzidas e comercializadas no mercado paralelo, são drogas produzidas em condições não ideais, e que contam com a adição de diversos produtos químicos que geram danos ainda maiores à saúde.

Tal fato não é recente e já havia sido constatado quando da Lei Seca nos Estados Unidos, no início do século XX. Com a proibição da venda de bebidas alcoólicas naquela época, o álcool passou a ser vendido no mercado paralelo e continha diversas substâncias que barateavam a sua produção, mas que eram extremamente tóxicas aos seres humanos.⁹³ Esta má qualidade das bebidas gerou um prejuízo enorme ao sistema de saúde norte americano, prejuízo que seria infinitamente

⁹¹ KARAM, Maria Lucia. Op. cit, p.

⁹² RUGGIERO, Vincenzo. Op. Cit. p. 81

⁹³ GRINSPOON, Lester. Op. cit. P.

menor se o álcool daquela época sofresse algum tipo de controle de qualidade por parte do Estado.

Portanto, nota-se que há uma certa penumbra acerca da legalidade da proibição e da idoneidade dos argumentos que a sustentam, porquanto se pode demonstrar através de dados empíricos que os danos causados por drogas lícitas podem ser tão grandes ou maiores que os causados por drogas ilícitas.

Seguindo-se por esta linha de raciocínio, há que se procurar outros fatores que justifiquem uma proibição tal qual a que vigora atualmente. Para tanto, deve-se analisar fatores outros, principalmente políticos e sociais, e estes levarão novamente e invariavelmente à idéia de criminalização da pobreza e de uso do sistema criminal como forma de normalização e contenção social. A proibição teria então cunho social e de exclusão.

Conforme citado anteriormente, as elites governantes não parecem se preocupar com os fatores que contribuem para o cenário onde se praticam os crimes, mas apenas em culpar aqueles rotulados como indesejáveis ou excluídos, e ainda na medida do incômodo que estes excluídos causam.

No caso das drogas não é diferente. O foco das políticas proibicionistas atualmente em vigor relativas às drogas, está única e exclusivamente no efeito do problema, sem demonstrar qualquer preocupação com a causa. Não obstante, o assunto está cada vez mais em voga, e o incômodo trazido aos “incluídos” é cada vez maior, principalmente com o crescente uso do “crack”, uma droga pesada e extremamente perigosa para o usuário e para os que estão à sua volta.

De qualquer maneira, os esforços para controle da situação estão voltados para prevenção e repreensão dos usuários e traficantes, sem que haja a consideração dos fatores sociais que contribuem para a proliferação desse problema. Não há por parte dos entes estatais, esforços direcionados para ação na causa do problema. Não há estudos para descobrir a motivação dos usuários para usar a droga, e planos de ação que envolvam educação da população e melhoria nas condições de vida, ainda que a motivação da grande maioria dos usuários seja extremamente clara e sabida por todos aqueles que podem fazer algo a respeito.

Logicamente, nada é feito por parte da elite governante pois não é economicamente interessante. Muito mais fácil do que ir atrás das motivações do usuário e tentar um curso de ação na base do problema é simplesmente se utilizar do sistema penal e do monopólio da força pelo Estado para se neutralizar as ações daqueles indesejáveis. E no caso das drogas não é diferente.

Atualmente, os esforços relativos às drogas estão concentrados na contenção do aumento do consumo do “crack”, que é uma forma impura da cocaína e que tem alto poder viciante e alucinógeno, levando o usuário a assumir condutas agressivas muitas vezes.

Mas além disso, existem outros fatores relacionados com o crack que motivam esse foco, como por exemplo o fato de o crack ser uma droga barata e consumida pelas classes mais baixas na maioria das vezes. Como o incômodo gerado pelos usuários de crack está crescendo, e a classe dominante está cada vez mais amedrontada, existe um clamor para uma solução para o crack. O mesmo clamor não existe com relação à cocaína em pó, pois se trata de uma droga cara, e os usuários são em sua maioria cidadãos de boa renda, consumidores “incluídos” no sistema. Com relação à cocaína em pó, o clamor é contra os traficantes e não contra os usuários. Portanto, clama-se por uma solução contra o autor e não contra o ato, contra o excluído e não contra o incluído.

Esta situação caracteriza cada vez mais a implantação de um direito penal de autor, trazido à tona pela criação de um inimigo por parte do Estado, que são aqueles excluídos pelo mercado e que utilizam o tráfico como meio para sobreviverem e satisfazerem seus desejos. Como ensina Zygmunt Bauman,

“Os ‘demônios interiores’ desse tipo de sociedade nascem dos poderes de sedução do mercado consumidor. (...) Quanto mais elevada a ‘procura do consumidor’ (isto é, quanto mais eficaz a sedução do mercado), mais a sociedade de consumidores é segura e próspera. Todavia, simultaneamente, mais amplo e mais profundo é o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer os seus desejos, ou entre os que foram seduzidos e passam a agir do modo como essa condição os leva a agir e os que foram seduzidos mas se

*mostram impossibilitados de agir do modo como se espera agirem os seduzidos.*⁹⁴

A criminalização da conduta contribui desta forma para o aumento da criminalidade, como próprio produto da sociedade de consumidores.⁹⁵ E pelas lições de Bauman, extrai-se que a intenção da criminalização e encarceramento pode ter um apelo de necessidade (para manter o *inimigo* distante) e de reforço dos ideais e normas de determinada sociedade:

*“Os jogadores incapazes e indolentes devem ser mantidos fora do jogo. Eles são o refugio do jogo, mas um produto que o jogo não pode parar de sedimentar sem emperrar. Além disso, há uma outra razão por que o jogo não se beneficiaria em deter a produção de refugio: é necessário mostrar aos que permanecem no jogo as horripilantes cenas (como se lhes diz) da outra única alternativa – a fim de que estejam aptos e dispostos a suportar as agruras e tensões geradas pela vida vivida como jogo.*⁹⁶

Sendo assim, a proibição não teria somente o caráter moralizador e normalizador proposto por Salo de Carvalho⁹⁷, mas também teria o escopo de alimentar o medo daqueles que poderiam se engajar em condutas semelhantes de sofrer as conseqüências impostas pelo sistema penal. Logo, não se teria nem sequer a necessidade da punição de todos que assim agissem, mas apenas alguns seriam suficientes. Toda vez que alguém é encarcerado ou sancionado, segundo Bauman, a sociedade reforça seus valores e ideais através da aplicação da lei.

Ainda, importante notar que, conforme dito anteriormente, a teoria proibicionista propagada pela “guerra às drogas” não faz qualquer diferenciação entre o usuário dependente e o traficante, aplicando a ambos a mesma pena, deixando aberta

⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. Zahar Editor: Rio de Janeiro, ?, p. 55

⁹⁵ Id.

⁹⁶ Ibid, p.57

⁹⁷ CARVALHO, Salo. Op. Cit.

a margem para que o magistrado realize a apreciação do caso e dose a pena com base em fatores sociais e culturais. Assim, cada vez mais, aplica-se o estereótipo médico e da dependência aos consumidores de classes média e alta, e o estereótipo do criminoso aos pobres (excluídos) que as comercializam.⁹⁸

2.3. A guerra às drogas

Desde o início da década de 70, o governo dos Estados Unidos declarou “guerra” contra as drogas, aplicando uma política de cunho repressivo e proibicionista, que tinha o objetivo de erradicar o uso e o tráfico ilícito de entorpecentes. Esta política foi asseverada durante o governo de Ronald Reagan, na década de 80 e virou um novo tratado internacional, ratificado pelo Brasil inclusive, que foi a Convenção de Viena, em 1988, e que foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro em 1991.⁹⁹

Esta teoria proibicionista, tinha o objetivo de erradicar definitivamente as drogas, e deveria fazê-lo através da redução da oferta e da demanda destas.

Esta redução teoricamente seria alcançada através do uso da força pelo Estado, e pela aplicação do sistema penal à questão. A fórmula era simples: reduzir a oferta atacando os cartéis do tráfico, caçando e encarcerando os seus líderes, para assim enfraquecer as gangues, e reduzir a demanda através da proibição legal do uso e comércio, sendo estas reforçadas através da persecução criminal dos usuários, dando assim tanto ao traficante como ao usuário tratamentos bastante semelhantes¹⁰⁰.

De acordo com Salo de Carvalho, a referida Convenção de Viena serviu para a consolidação da política de repressão às drogas, que já vinha sendo objeto de outros tratados internacionais que eram impostos com a sustentação da agência de drogas norte-americana.¹⁰¹

⁹⁸ CARVALHO, Salo. Op. cit. p. 24

⁹⁹ Ibid. P.50

¹⁰⁰ ROSENTHAL, Ed. Op. cit. p. 20

¹⁰¹ CARVALHO, Salo. Op. cit. p. 50

A convenção prevê expressamente a necessidade dos países signatários adotarem sanções criminais para atividades como produção, manufatura, cultivo, comércio e posse de drogas narcóticas ou substâncias psicotrópicas, além de crimes relacionados à propriedade de áreas relacionadas com as drogas, conforme se infere do artigo 3 da referida convenção.¹⁰²

Esta convenção teve como objetivo pressionar os países na adoção dos outros tratados firmados anteriormente, como a Convenção Única sobre Drogas Narcóticas e Estupefacientes de 1961 e sua Emenda de 1972. Inclusive, durante a convenção, houve a realização de uma conferência, chamada *Conferência para a*

¹⁰² Article 3

OFFENCES AND SANCTIONS

1. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally:

a) i) *The production, manufacture, extraction; preparation, offering, offering for sale, distribution, sale, delivery on any terms whatsoever, brokerage, dispatch, dispatch in transit, transport, importation or exportation of any narcotic drug or any psychotropic substance contrary to the provisions of the 1961 Convention, the 1961 Convention as amended or the 1971 Convention;*

ii) *The cultivation of opium poppy, coca bush or cannabis plant for the purpose of the production of narcotic drugs contrary to the provisions of the 1961 Convention and the 1961 Convention as amended;*

iii) *The possession or purchase of any narcotic drug or psychotropic substance for the purpose of any of the activities enumerated in i) above;*

iv) *The manufacture, transport or distribution of equipment, materials or of substances listed in Table I and Table II, knowing that they are to be used in or for the illicit cultivation, production or manufacture of narcotic drugs or psychotropic substances;*

v) *The organization, management or financing of any of the offences enumerated in i), ii), iii) or iv) above;*

b) i) *The conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from any offence or offences established in accordance with subparagraph a) of this paragraph, or from an act of participation in such offence or offences, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such an offence or offences to evade the legal consequences of his actions;*

ii) *The concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement, rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from an offence or offences established in accordance with subparagraph a) of this paragraph or from an act of participation in such an offence or offences;*

c) *Subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system:*

i) *The acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was derived from an offence or offences established in accordance with subparagraph a) of this paragraph or from an act of participation in such offence or offences;*

ii) *The possession of equipment or materials or substances listed in Table I and Table II, knowing that they are being or are to be used in or for the illicit cultivation, production or*

iii) *Publicly inciting or inducing others, by any means, to commit any of the offences established in accordance with this article or to use narcotic drugs or psychotropic substances illicitly;*

iv) *Participation in, association or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the offences established in accordance with this article.*

2. *Subject to its constitutional principles and the basic concepts of its legal system, each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish as a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally, the possession, purchase or cultivation of narcotic drugs or psychotropic substances for personal consumption contrary to the provisions of the 1961 Convention, the 1961 Convention as amended or the 1971 Convention.*

Disponível em: < http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf > Acesso em: 28/12/2009

Adoção da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas, que urgiu pela troca de informações, convidou os países a adotarem a aplicação provisória da referida Convenção antes mesmo que houvesse a internalização do tratado internacional, além de requerer provisão de fundos para a INCB, (*International Narcotics Control Board*) que é o órgão das Nações Unidas responsável pela fiscalização do cumprimento dos tratados relativos às drogas pelos países ratificantes.¹⁰³

Logo, nota-se que a “Guerra às Drogas” tinha a intenção de aplicar o sistema criminal a usuários e traficantes, tentando assim atingir seu objetivo de erradicação das drogas através de redução e eliminação da oferta e demanda.¹⁰⁴

Logicamente, este objetivo não seria alcançado com facilidade, pois como bem notou Marcelo Neves, a proibição legal como meio de inibir ou reprimir o uso e o comércio de referidas substâncias é uma saída simples, porém ineficaz para se atingir o fim. Em suas palavras,

¹⁰³ Resolutions Adopted By the United Nations Conference for the Adoption of a Convention Against Illicit Traffic In Narcotic Drugs and Psychotropic Substances:

Resolution 1 – EXCHANGE OF INFORMATION

(...) *Recommends* that the widest possible use should be made by police authorities of the records and communications system of the International Criminal Police Organization in achieving the goals of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.

Resolution 2 – PROVISIONAL APPLICATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST ILLICIT TRAFFIC IN NARCOTIC DRUGS AND PSYCHOTROPIC SUBSTANCES.

The United Nations Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances,

1. *Urges* States, to the extent that they are able to do so, to accelerate steps to ratify the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances so that it enters into force as quickly as possible;
2. *Invites* States, to the extent that they are able to do so, to apply provisionally the measures provided in the Convention pending its entry into force for each of them;
3. *Requests* the Secretary-General to transmit the present resolution to the Economic and Social Council and the General Assembly.

Resolution 3- PROVISION OF NECESSARY RESOURCES TO THE DIVISION OF NARCOTIC DRUGS AND THE SECRETARIAT OF THE INTERNATIONAL NARCOTICS CONTROL BOARD TO ENABLE THEM TO DISCHARGE THE TASKS ENTRUSTED TO THEM UNDER THE INTERNATIONAL DRUG CONTROL TREATIES

Disponível em: < http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf> Acesso em: 28/12/2009.

¹⁰⁴ ROSENTHAL, Ed. Op. cit. p. 34

*“a concepção instrumental do direito positivo, no sentido de que as leis constituem meios insuperáveis para se alcançar determinados fins ‘desejados’ pelo legislador, especialmente a mudança social, implica um modelo funcional simplista e ilusório”*¹⁰⁵.

Não obstante o fato da referida Convenção de Viena ter sido produzida em 1988, as drogas já vinham tendo este tratamento pela grande maioria dos países, desde meados da década de 60. Deste modo, o comércio ilegal já era praticado há algum tempo e os narcotraficantes já detinham uma certa parcela de poder. A proibição e criminalização do uso e comércio de drogas gerou uma indústria paralela que movimenta 330 bilhões de dólares por ano no mundo, sendo que 60 bilhões são movimentados só nos EUA.¹⁰⁶

Em face da necessidade de reforçar a política proibicionista por conta da pressão internacional, os Estados, principalmente os subdesenvolvidos e em desenvolvimento, se engajaram em real luta armada contra os novos inimigos.

O embate então travado entre Estado e traficantes implicou na conseqüente militarização da política criminal. Como nota Salo de Carvalho, *“A militarização da segurança pública para o controle do tráfico de entorpecentes se caracteriza pela transposição de concepções, valores e crenças da doutrina militar para as agencias civis de controle do crime”*.¹⁰⁷ E continua, aduzindo que *“o Brasil passa a dispor de modelo repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos.”*¹⁰⁸

¹⁰⁵ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p.29

¹⁰⁶ CAULKINS, Jonathan Paul. Op. cit, p. 1

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo. Op. cit. p. 52

¹⁰⁸ Ibid. p. 24

2.3.1. Os custos da proibição

Outro ponto para o qual existe a necessidade de atenção, diz respeito aos custos ou “conseqüências econômicas”¹⁰⁹ trazidas pela “Guerra às Drogas”, que englobam não somente os custos da repressão como também a variação no preço de tais substâncias, que atinge de forma direta a lucratividade do mercado paralelo. Como explica Salo de Carvalho, *“É notório o fato de que a manutenção da ilicitude de determinadas substâncias estupefacientes é variável significativa na determinação dos preços ao consumidor. A variante mercadológica da ilegalidade cria mercado extremamente lucrativo no qual o maior prejudicado são os consumidores e dependentes”*¹¹⁰.

O que se depreende desta passagem é o fato de que por serem ilegais, as drogas mantêm índices de preços mais altos do que se fossem exploradas legalmente, pois agrega-se ao preço final os riscos corridos pelos traficantes, além da inexistência de concorrência, que contribuem para a formação dos cartéis e “imperadores” da droga. Destarte, o custo para os dependentes aumenta, podendo aumentar também a incidência de crimes patrimoniais praticados para o sustento do vício.¹¹¹

Com relação a tal situação Raul Cervini expõe que,

*“A experiência tem demonstrado que a sua penalização produz crimes secundários diferentes e freqüentemente mais graves que os das condutas proibidas, criando novos criminosos. Por outro lado, se observa que dita penalização tende a degradar a existência humana normal e invariavelmente sua administração é arbitrária e discriminatória.”*¹¹²

¹⁰⁹ Ibid. p. 160

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ RUGGIERO, Vincenzo. Op. cit. p.

¹¹² CERVINI, Raul. Los Processos..p. 161 *Apud*, CARVALHO, Salo. Op. cit., p.162. [trad. do autor] *“la experiencia ha demostrado que su penalización produce crímenes secundários diferentes y frecuentemente más graves a los de las condutas prohibidas, creando nuevos criminales. Por otra parte, se observa que dicha*

Além da variante dos preços praticados pelo mercado paralelo que levam à produção de novos crimes, os custos de manutenção do sistema repressivo também merecem consideração. Como citado anteriormente, os gastos com a repressão ultrapassam centenas de bilhões de dólares, sem que se tenha resultados que os justifiquem.

Desde junho de 1971, quando o então presidente norte-americano Richard Nixon, lançou a famosa campanha da “War on Drugs” ou guerra contra as drogas, os custos da proibição passaram a ser mais visíveis. Debaixo desta política, os Estados Unidos estimam ter gasto entre 1970 e 1998 cerca de US\$ 143.4 bilhões de Dólares na repressão. Só em 2005, foram gastos mais US\$ 12 bilhões, apenas na repressão, e tais números não trouxeram resultados favoráveis no sentido de reduzir o consumo das substâncias.¹¹³

Desde 1995 até 2007 sob o teto da guerra contra as drogas, o número de usuários e de condenados por uso de drogas não parou de aumentar¹¹⁴. Em 1994, reportou-se que a guerra contra as drogas gerava o encarceramento de cerca de 1 milhão de pessoas por ano¹¹⁵, e a oferta e a demanda por estas substâncias continuou a crescer, apesar dos esforços do governo americano.

Tais gastos se mostram ainda mais absurdos em face das previsões de arrecadação com a mudança da política adotada. Existem estudos relacionados à legalização do comércio de maconha por exemplo, que demonstram que somente nos EUA seriam economizados cerca de U\$ 7,7 bilhões por ano que são gastos com

penalización tiende a degradar la normal existencia humana e invariavelmente su administración es arbitraria y discriminatória.”

¹¹³ War on Drugs. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/War_on_Drugs> Acesso em 12/05/08

¹¹⁴ Disponível em:

<http://www.whitehousedrugpolicy.gov/publications/policy/ndcs09/ndcs09_data_supl/09datasupplement.pdf> Acesso em 28/12/2009.

¹¹⁵ [Lester Grinspoon](#), M.D.& James B. Bakalar, J.D. (February 3, 1994). "[The War on Drugs—A Peace Proposal](#)": 357–360. [New England Journal of Medicine](#). Disponível em:

<http://en.wikipedia.org/wiki/War_on_Drugs#cite_note-17> Acesso em: 12/05/08

policiamento para a repressão, além da arrecadação de cerca de U\$ 6,2 bilhões anuais em impostos.¹¹⁶

Alguns autores como Jack Herer defendem inclusive a legalização e tributação das drogas como meio de aquecimento da economia e aumento da arrecadação para o combate da crise econômica que surgiu em meados de 2008.¹¹⁷

O Nobel de Economia, Milton Friedman, em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo definiu a situação da guerra contra as drogas da seguinte maneira:

“o atual estado das coisas é uma desgraça social e econômica. Veja o que acontece todos os anos neste país: colocamos milhares de jovens na prisão, jovens que deveriam estar se preparando para o seu futuro, não sendo afastados da sociedade. Além disso, matamos milhares de pessoas todos os anos na América Latina, principalmente na Colômbia, na tal ‘Guerra contra as Drogas’. Nós proibimos o uso das drogas mas não podemos garantir que elas de fato não sejam consumidas. Isso só leva à corrupção, à violação de direitos civis.”¹¹⁸

Diante do exposto, conclui-se que a “guerra às drogas” não pode, de fato, ser considerada como um sucesso. Nas palavras de Carvalho,

“A conclusão evidente, mas ao mesmo tempo surpreendente desses fatos, é que a política de guerra às drogas é grande fracasso, visto não obter resultado algum na erradicação ou no controle razoável do narcotráfico. Todavia, seu efeito visível é a constante violação dos direitos e garantias fundamentais dos grupos vulneráveis da população.”¹¹⁹

¹¹⁶ Folha de São Paulo, *Estudo prevê Economia de US\$ 14 bi, 19/06/05. Apud CARVALHO, Salo. Op.cit. p. 161.*

¹¹⁷ HERER, Jack. Billion-dollar Crop. How Marijuana can Save the Economy. 1 ed. Ah Ha Publish: California, 2009, p. 13

¹¹⁸ Folha de São Paulo, Entrevista, 19/05/05.

¹¹⁹ CARVALHO, Salo. Op. cit. p. 57

2.3.2. O Direito Comparado: A experiência holandesa do Opium Act de 1976;

Ora, se o modelo atual não é capaz de atingir o fim pretendido, a sociedade tem o dever de encontrar outras formas de lidar com a situação. Pois como bem ensina Joel Feinberg, *“para toda proibição criminal criada para prevenir algum mal social, existe uma gama de técnicas alternativas para se alcançar, a um custo um tanto menos drástico, o mesmo propósito.”*¹²⁰

Conforme exposto anteriormente, os esforços despendidos até o momento que buscaram reduzir a oferta e a demanda das drogas através de políticas proibicionistas e repressivas não alcançaram qualquer sucesso.

No entanto a Holanda surgiu com um novo sistema, que vigora desde 1976 e que tem tido resultados bastante impressionantes. Naquele ano, a Holanda promulgou o Opium Act. A medida descriminalizou o porte e o uso da maconha e seus derivados em até 5 gramas por pessoa, e ainda criou autorizações para lugares específicos comercializarem a droga, os famosos coffeeshops¹²¹.

A idéia holandesa é alvo de críticas de outros países, não obstante o fato de ser coerente e de ter sido a de maior sucesso até o momento. Como explica Marcel de Kort,

“A política de drogas holandesa desvia substancialmente das políticas de drogas na maioria dos outros países. Não é uma surpresa, portanto, que a política de drogas holandesa seja alvo de críticas severas vindas de fora. Este criticismo estrangeiro tem sido mais pronunciado na última década. Por exemplo, críticos

¹²⁰ FEINBERG, Joel. The moral limits of the criminal Law. Harm to others. Vol. 1. Oxford University Press. p. 22.

¹²¹ HEATHER, Nick. Psychoactive drugs and harm reduction: from faith to science. *In* International Conference on the Reduction of Drug Related Harm, 3, Melbourne, 1992. Whurr: University of Michigan, 1993. P. 4

nos Estados Unidos fazem objeções ao programa de trocas de agulhas e fornecimento de drogas pesadas; a Alemanha e a Suécia criticaram fortemente a descriminalização do uso da cannabis. São estes aspectos controvertidos – a atenção ao cuidado médico e social dos usuários de drogas e a descriminalização da maconha – que formam o cerne “desviante” da política de drogas holandesa.”¹²²

Por esta passagem do autor, nota-se que a política de drogas holandesa está mais voltada para o bem-estar de seus cidadãos e o respeito às escolhas individuais, o que faz com que o autor coloque em tom irônico as características do cerne desviante desta abordagem.

As críticas ao modelo holandês, portanto, só poderiam ser vistas como sendo de caráter moralizador, já que naquele país obtiveram-se resultados bastante favoráveis, o que faz com que a Holanda mantenha sua postura e defenda sua política de drogas, mesmo diante da pressão internacional.

Para que se entenda a idéia da política holandesa, cabe a contextualização do período em que se adotou a referida medida. A Holanda tinha um grande problema com usuários e dependentes de cocaína e heroína nos anos 70, principalmente pelos custos médicos trazidos por estas pessoas, e constatou que a grande porta de entrada para estas drogas era a maconha, que era a droga mais utilizada pela população. Porém, notou-se também que a maconha só funcionava como esta “escada” para as drogas mais pesadas porque ambas eram adquiridas no mesmo local, no mercado negro, nas mãos de traficantes.¹²³

Conforme demonstra Vincenzo Ruggiero, a fundamentação desta estratégia se deu a partir da

¹²² KORT, Marcel de. A Short History of Drugs in the Netherlands. In LEUW, Ed; MARSHALL, Ineke Haen. Between prohibition and legalization: the Dutch experiment in drug policy. Kugler Publishing: New York/Amsterdam, 1994. p. 3

¹²³ LEUW, Ed; MARSHALL, Ineke Haen. Op. cit. p. 15

“crença de que os problemas relacionados às drogas, como crimes patrimoniais, violência e, até um certo ponto, o próprio ‘vício’ são, em grande parte, resultados da proibição das drogas ao invés do uso de drogas per se. A disponibilidade de entorpecentes naturais em muitos países asiáticos, ressalta-se, não causou dependência até que esses países ‘aprenderam’ a usá-los da mesma forma que nos países desenvolvidos.”¹²⁴

Com base em informações e teorias neste sentido, a política holandesa baseou-se na separação de mercados e na redução de danos. Ao liberar o consumo da *cannabis* e o seu comércio em estabelecimentos especiais, o governo acabou com o contato entre o consumidor de *cannabis* e os traficantes de drogas mais pesadas. Em pouco tempo, o poder dos traficantes diminuiu muito, e ao mesmo tempo, o aumento da população consumidora de *cannabis* aumentou muito pouco. Em vinte anos, a população usuária de drogas pesadas envelheceu, e a nova geração não tem mais o contato inicial com os traficantes, e por conta disso, a população usuária de drogas pesadas na Holanda não tem grandes alterações desde meados dos anos 80¹²⁵.

Logo, com a separação de mercados atingiu-se o primeiro objetivo que era diminuir o uso de drogas mais pesadas e potencialmente mais arriscadas para a população, em troca da liberação de uma droga de menor potencial ofensivo. Porém a política holandesa ainda teve sucesso em outro plano, qual seja a redução de danos.

Conforme exposto, as drogas produzidas no mercado paralelo não passam por qualquer controle de qualidade e por isso normalmente estão repletas de químicos que são de alta periculosidade para a saúde dos seres humanos. No entanto, dentro da política de redução de danos holandesa, o governo exerce controle sobre a droga comercializada, melhorando a sua qualidade e conseqüentemente diminuindo os custos trazidos ao Estado através do sistema de saúde. Ainda, as seguradoras e planos de saúde são obrigadas a cobrir tratamentos de recuperação de viciados de drogas, facilitando o acesso destes aos serviços de saúde.¹²⁶ Ruggiero também deixa

¹²⁴ RUGGIERO, Vincenzo. Op.cit. p. 83

¹²⁵ ¹²⁵ LEUW, Ed; MARSHALL, Ineke Haen. Op. cit. p. 60

¹²⁶ Id.

explícita esta idéia como fundamento dos defensores da legalização aduzindo que *“Argumenta-se que a legalização das drogas não aumentaria, mas reduziria os problemas relacionados às drogas. O controle de qualidade dos tipos de drogas colocadas legalmente à disposição também inibiria a sua mistura com aditivos perigosos por traficantes.”*¹²⁷

Além disto, a nova política passou a gerar receita em impostos para o governo, que as reverteu para a educação da população a respeito dos malefícios das drogas, bem como grande parte da receita que antes era destinada a repressão também passou a ser destinada a este fim, o que contribuiu para uma adesão cada vez menor da população jovem às drogas.¹²⁸

O que a experiência holandesa demonstra é que os malefícios trazidos pela proibição são infinitamente maiores do que os benefícios, e que uma política de drogas mais consciente e inteligente pode atingir resultados imensamente mais positivos. Ainda, importante ressaltar o fato de que uma legislação como a holandesa tem atingido o fim proposto, sem interferir na liberdade de cada cidadão, nem em seus ideais pessoais.

¹²⁷ RUGGIERO, Vincenzo. Op. cit. p. 83

¹²⁸ LEUW, Ed; MARSHALL, Ineke Haen. Op. cit. p. 60

3. A PROIBIÇÃO: O FOCO CONSTITUCIONAL

No presente capítulo busca-se analisar os conflitos da criminalização ou descriminalização do uso das drogas, não no âmbito político-social, mas no jurídico. Para que esta análise se realize, devem ser estabelecidos pontos de partida que surgirão através de questionamentos básicos relativos à questão, como por exemplo, se teria o Estado o poder de interferir em condutas que não causam prejuízos a terceiros, ou seja, que não ultrapassam o âmbito do próprio autor.

Deste questionamento deriva uma ponderação que deve ser feita para que o mesmo possa ser respondido. Esta ponderação é entre o direito fundamental de liberdade e livre arbítrio e a proibição penal de uma determinada conduta com base em um ideal comunitarista, moralista ou mesmo paternalista. Há que se questionar se seria cabível uma intervenção estatal em uma escolha particular de um cidadão em prol de um bem comum. E se cabível for, se existiria a necessidade de que tal intervenção seja idônea, necessária e que atinja, ou pelo menos aponte, ao fim que se propõe.

O estudo do fenômeno das drogas é altamente transdisciplinar, e deve englobar diversas áreas do saber humano e não se pode excluir o Direito, eis que se trata de um instrumento que está intimamente ligado à questão. Como explica Salo de Carvalho,

“O debate sobre a questão das drogas tem sido realizado ao longo da história em vários campos do conhecimento, fomentando a pesquisa de objeto por essência transdisciplinar. Assim, os mais diversos estudos podem ser visualizados: de investigações realizadas na esfera sanitária pela medicina, psiquiatria e farmacologia, às pesquisas na área das humanidades, como antropologia, sociologia, história, psicanálise e psicologia.

No direito, a cegueira provocada pelo positivismo dogmático invariavelmente tem obscurecido a necessária abertura do tema aos demais ramos do saber. Por este motivo, as investigações realizadas no direito penal e processual penal das

*drogas são profundamente limitados às avaliações exegéticas das Leis em vigor.”*¹²⁹

Estes questionamentos são portanto de grande importância para se trazer o Direito à discussão do tema, mas são ao mesmo tempo bastante polêmicos. Tal polêmica advém do fato de que não se consegue atingir um meio termo aceitável entre as duas teorias (proibicionista e liberal), e os dois lados igualmente não parecem abertos aos argumentos da parte contrária, de modo que ou se é ferrenhamente contra ou a favor da criminalização. Como bem notou o professor da Universidade de Harvard, Lester Grinspoon, *“Qualquer abordagem séria a este problema (ao contrário do que tem ocorrido no presente) demanda o reconhecimento de complexidade e ambigüidade”*¹³⁰.

Dentro do tema proposto e diante da situação tal como posta anteriormente, poder-se-ia ter duas repostas para tais questionamentos. A primeira seria a dos defensores da legalização, que de alguma forma se opõem às leis anti-drogas. Esta seria no sentido de que todos são livres para fazer o que bem entenderem com seu corpo, e não podem ser punidos enquanto não causarem dano a terceiros. Sob esta ótica, os governos não deveriam interferir em escolhas pessoais, sendo esta visão embasada tanto pelo discurso conservador de liberdade de mercado, bem como pelo discurso liberal de liberdade individual.¹³¹ Nesta linha, não se poderia criminalizar o uso de drogas, da mesma maneira que não é razoável criminalizar o suicídio, a prostituição, as mutilações corporais (tais como cirurgias plásticas), tatuar o corpo, etc.. Portanto, se não se está causando dano direto a terceiro, a conduta não diz respeito ao Estado, mas unicamente ao cidadão. Esta previsão se encontra no Direito Penal brasileiro, com o princípio da Lesividade¹³².

Ainda dentro do espectro de legalização, tem-se dois extremos apontados por Ruggiero, sendo a visão radical liberal de que *“nenhum controle institucional deve*

¹²⁹ CARVALHO, Salo. Op. cit., p. 1

¹³⁰ GRINSPOON, Lester. **Drug Policy 1989-1990: A Reformer's Catalogue**. Harvard Press. Massachussets: 1992. P. 2

¹³¹ RUGGIERO, Vincenzo. Op. cit. p.82

¹³² CARVALHO, Salo de. Op. cit. p.150

*ser imposto sobre a produção e publicidade de qualquer droga, e que a única proibição deveria ser a de venda de drogas a crianças.*¹³³, enquanto que no outro lado ter-se-ia a visão mais conservadora de controle total da qualidade e quantidade de drogas produzidas, realizado pelo Estado.

Por outro lado, os críticos da legalização ou descriminalização rebatem esta idéia com base na teoria comunitarista, apresentando a segunda resposta possível. Esta defende a criminalização das drogas pelo fato de que estas fariam mal à saúde, e que este mal seria suportado por toda a sociedade, através do custo de tratamento dos viciados. Não apenas isso, defendem também que as drogas são responsáveis pela perpetração de comportamentos criminosos que também trazem ônus à sociedade.¹³⁴ Como explica P.J. Goldstein, existiriam três tipos de violência relacionadas à droga, que seriam:

*"a psico-farmacológica, a econômico-compulsiva e a sistêmica. A primeira deriva do próprio uso de drogas, e é parte dos efeitos de determinadas drogas, legais ou ilegais. O segundo tipo de violência aparece quando os crimes economicamente orientados cometidos por viciados se tornam crescentemente difíceis pelo aumento na proteção patrimonial, forçando os usuários a buscar recursos por meio de roubos a mão armada e extorsões. O terceiro tipo de violência é tido como intrínseco em mercados de drogas, onde as interações entre fornecedores, entre usuários e fornecedores e usuários são impregnadas de formas violentas de regulação.*¹³⁵

Partindo dessa idéia, a conduta do usuário causaria danos a terceiros, e ao patrimônio do Estado, e por esta razão deveria ser mantida como crime.

No entanto, os fundamentos usados pelos proibicionistas, apesar de serem bastante fortes, já restaram comprovados na prática como sendo um insucesso,

¹³³ RUGGIERO, Vincenzo. Op. cit. p.83

¹³⁴ Id.

¹³⁵ GOLDSTEIN, P.J. "The Drugs/Violence Nexus: A Tripartite Conceptual Framework." JOURNAL OF DRUG ISSUES 15 (4): 493-506.

eis que, conforme dito anteriormente, a proibição não atingiu a sua meta de erradicação das drogas, e nem sequer apontou nesta direção.

Não bastasse tal situação fática como se coloca, o sistema de drogas apresenta incoerências que obstam a formação de um sistema coeso, mas mais que isso, legítimo dentro de um Estado Democrático de Direito.

3.1. A questão dos direitos fundamentais

A primeira análise a ser feita desde um foco jurídico constitucional, diz respeito aos direitos fundamentais e a sua limitação por parte do Estado.

Primeiramente, faz-se importante explicitar a origem dos direitos fundamentais, para que se entenda o contexto e o desenvolvimento de suas garantias.

Com relação ao surgimento dos direitos fundamentais, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet,

“Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais.”¹³⁶

Segundo Sarlet, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade entre os homens teria suas raízes na filosofia clássica, bem como no pensamento cristão.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7 ed., rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 45

A partir do século XVII, tem-se com a *Petition of Rights* na Inglaterra, a idéia de proteção do cidadão, através da proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade¹³⁷. Mas não seriam as positivações de liberdades civis inglesas o marco inicial dos direitos fundamentais, não obstante a limitação do poder real em favor da liberdade individual. Para Sarlet, “*a despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração do povo da Virginia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.*”¹³⁸

Os direitos fundamentais portanto derivaram de progressiva limitação do poder monárquico, e posteriormente estatal, de modo que surgiram como uma proteção do cidadão contra a interferência do Estado. De acordo com Sarlet, os direitos fundamentais seriam o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, sendo ainda “*de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder.*”¹³⁹

Por este prisma, os direitos fundamentais teriam cunho negativo, pois representam um dever de abstenção do Estado, ou seja, um dever de não fazer por parte do ente estatal.

De acordo com os ensinamentos de Emmanuel Kant, todos os direitos fundamentais estariam abrangidos pelo direito de liberdade, que seria um direito natural por excelência, “*que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens.*”¹⁴⁰

Logo, seguindo-se os pensamentos de Kant, os direitos fundamentais devem ter a menor interferência possível por parte do Estado, estando limitados somente pelo direito de liberdade dos demais.

¹³⁷ Ibid. p. 47

¹³⁸ Ibid. p. 51

¹³⁹ Ibid. p. 56

¹⁴⁰ Ibid. p. 49

Para Joel Feinberg, esta limitação à liberdade por meio da liberdade do outro pode ser observada através de princípios limitadores da liberdade. Feinberg cita dez princípios que seriam limitadores da liberdade, embora para a teoria liberal, apenas dois, a saber o princípio da lesividade e o princípio da ofensividade, seriam o suficiente para exaurir a classe de “boas razões” para proibições criminais.¹⁴¹

A República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental, trazido no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Além disso, a CF/88 assegura a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Logo, o Brasil se constitui por ideais liberais, de modo que o legislador, quando se deparar com uma escolha entre a imposição de um dever legal ao cidadão ou deixar que o cidadão escolha livremente, ele sempre deverá optar pela livre escolha do cidadão. Nas palavras de Joel Feinberg, em uma sociedade livre *“a liberdade deveria ser a norma; a coerção sempre necessitará de uma justificação especial”*.¹⁴²

Sendo assim, o direito fundamental de liberdade está assegurado constitucionalmente, mas mais do que isso, a sociedade livre é um objetivo da Federação. Destarte, merece especial atenção a questão da limitação da liberdade, eis que se constitui em uma interferência grave num direito jusfundamentalmente protegido.

Conforme exposto anteriormente, a limitação ao direito de liberdade dentro de uma sociedade livre, como prevê a CF/88, necessita de justificação por se tratar de violação a direito fundamental. Esta violação deveria ser sustentada pelo princípio da lesividade ou pelo princípio da ofensividade.

Para o desenvolvimento desta questão, faz-se necessário determinar o que seria a lesão, ou lesividade, capaz de limitar a liberdade de um cidadão. Para

¹⁴¹ O princípio da lesividade: sempre é uma boa razão para apoiar uma lei penal que esta provavelmente seja efetiva para prevenir (eliminar, reduzir) danos à pessoas outras que não o autor (aquele proibido de agir) e provavelmente não haja outros meios igualmente efetivos, sem que custe mais a outros valores.

O princípio da ofensividade: sempre é uma boa razão para apoiar uma proposição de proibição criminal, que seja provavelmente necessária para prevenir ofensas sérias à pessoas outras que não o autor e que provavelmente seria um meio efetivo para aquele fim, se criada. Em, FEINBERG, Joel. *The Moral limits of the criminal Law: Harm to others*. Oxford University Press: 1984. P. 26

¹⁴² FEINBERG, Joel. *The Moral limits of the criminal Law: Harm to others*. Oxford University Press: 1984. P. 9

Feinberg, o sistema criminal é o instrumento primário para prevenir que pessoas intencionalmente ou imprudentemente lesem uns aos outros. Em suas palavras,

“Atos de lesão são portanto os objetos diretos da lei penal, e não simplesmente estados de lesão enquanto tal. Do ponto de vista legislativo, no entanto, estados de lesão são fundamentais, eis que eles determinam em parte quais atos devem ser considerados como atos lesivos, e devem se tornar portanto alvos próprios de legislações proibitivas.”¹⁴³

Ocorre porém, como bem nota Feinberg, que somente quando um interesse é violado a partir de uma invasão de si ou de outros, que o possuidor desse interesse é lesado no sentido legal. Logo, uma pessoa lesa a outra invadindo e conseqüentemente atrapalhando, o interesse de outrem, o que faz com que a questão da limitação da liberdade esteja diretamente atrelada à importância dos diferentes tipos de interesse existentes, e à ponderação das importâncias, de modo a permitir ou não a intervenção no direito de liberdade.

Como explica Feinberg,

“Os interesses de pessoas diferentes estão constantemente e inevitavelmente em conflito, de modo que qualquer sistema legal determinado a “minimizar danos” deve incorporar julgamentos da importância comparativa de interesses de diferentes tipos, de maneira que possa determinar como ‘injustificada’ a invasão do interesse de alta prioridade de uma pessoa realizada para proteger um interesse de baixa prioridade de outra pessoa.”¹⁴⁴

¹⁴³ Ibid. P. 31

¹⁴⁴ Ibid, p. 35

O que Feinberg tenta explicitar através desta passagem é a questão da ponderação que deve ser feita entre os interesses diversos, para que se possa determinar quando uma intervenção no direito fundamental de liberdade será justificada ou não.

3.2. A (im)possibilidade da criminalização

Com base no exposto anteriormente, faz-se necessária a avaliação dos interesses e argumentos que justificariam a proibição. Logo, pretende-se avaliar se seria cabível, a qualquer momento, ao Estado privar um indivíduo de assumir uma conduta que não traz conseqüências a terceiros, utilizando-se do direito penal e do sistema de justiça criminal para fazê-lo

Esta é uma discussão bastante delicada pois vai além do direito e também do mundo acadêmico. Isto porque o Direito Penal vem há muito sendo utilizado como instrumento eficaz para a manutenção de valores e paradigmas da classe dominante, e sendo assim, o legislador cumpre a função de selecionar os bens jurídicos de maior relevância para esta classe, visando garantir a reprodução desta dominação, inclusive nas relações econômicas estruturais. Logo, em uma questão como esta deve-se levar em consideração também as relações de poder.¹⁴⁵

No entanto, este fato não pode impedir que tal discussão seja trazida à tona. Como ensina Nilo Batista, o Direito Penal possui característica finalista, ou seja, existe para cumprir finalidades e não simplesmente para celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais.¹⁴⁶

Discorrendo sobre o tema dos limites da criminalização, Hulsman propõe critérios que teriam poder vinculatório negativo em relação ao legislador, e assim o impediriam de criminalizar condutas que estivessem dentro destes limites

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no Direito Penal. p.

¹⁴⁶ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004

princípios. Hulsman divide estes critérios em absolutos e relativos, sendo os absolutos

“(a) não deve jamais fundar-se exclusivamente no desejo de tornar dominante determinada concepção moral a respeito de determinado comportamento; (b) não deve jamais ter como objetivo a criação de sistema para ajuda ou tratamento de delinqüentes (em potencial); (c) não deve exceder e/ou sobrecarregar a capacidade real do sistema administrativo de controle; e (d) não pode servir como resposta contingente aos problemas sociais.”¹⁴⁷

Quanto aos critérios relativos que deveriam conter a criminalização, o autor elenca

“(a) se a conduta fosse típica de grupos socialmente débeis; (b) se o evento proibido somente pudesse ser acessado mediante representação da vítima; (c) se o comportamento ocorresse com freqüência e fosse próprio de número muito grande de pessoas; (d) se o desvio fosse verificado em situações de miséria psíquica ou moral; (e) se o ato apresentasse dificuldade de definir precisa; (f) se o comportamento fosse típico da esfera privada; e (g) se considerado, por grande parte da sociedade, admissível.”¹⁴⁸

Partindo-se da limitação proposta por Hulsman à criminalização, pode-se perceber que no caso específico das drogas, alguns aspectos irão ultrapassar estes limites, o que a tornaria sob esta visão, não criminalizável.

O primeiro critério absoluto proposto por Hulsman prega que a criminalização de uma conduta não deve em hipótese alguma fundar-se

¹⁴⁷ *Apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit. p.149

¹⁴⁸ Id.

exclusivamente no desejo de tornar dominante determinada visão ou concepção moral a respeito de um dado comportamento. Ora, no caso das drogas pode-se apontar alguns exemplos como ocorreu com a maconha, onde o início da sua proibição no fim da década de 30 nos Estados Unidos tinha cunho eminentemente moral, e visava segregar ou separar a população branca norte-americana dos negros e mexicanos, que eram associados ao uso desta planta, tornando-os inimigos a serem perseguidos.¹⁴⁹ A evolução desta política levou à taxação excessiva da maconha em 1937 e mais tarde à proibição que ainda hoje vigora.

Salo de Carvalho também defende a não intervenção de cunho moralista, baseado na idéia da Secularização (processo de desconstrução das verdades da igreja que se deu a partir do século XV) que *“inviabilizaria sanções de atitudes internas, estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou comportamentos imorais, perigosos ou hostis, em decorrência de não ser função do direito penal impor ou reafirmar qualquer concepção moral.”*¹⁵⁰

Importante notar que, ainda que a criminalização das drogas não seja fundada exclusivamente em concepções morais como podem alegar os seus defensores, ela tem caráter moralizador e normalizador, eis que retira da pessoa a sua capacidade de se autodeterminar, ou de agir conforme suas próprias crenças, e a obriga a agir conforme padrões pré-estabelecidos. Portanto, ainda que este fundamento não seja exclusivo, ele está sempre presente neste caso.

Ferrajoli também defende visão semelhante ao dizer que:

“Punindo o consumo, se acaba inevitavelmente na punição da toxicod dependência enquanto tal, isto é, de uma trágica e infeliz condição pessoal de dependência e de sofrimento que exclui em grande parte, nos casos extremos, a própria vontade da pessoa. (...) O que é grave, sob o ponto jurídico, a punição de uma condição pessoal enquanto tal, a qual contradiz o clássico

¹⁴⁹ Os jornais da época passavam a contar estórias sobre negros que estupravam mulheres brancas sob o efeito da maconha, na tentativa de espalhar o medo. Associações com mexicanos rebeldes e “vagabundos” que fumavam maconha também foram bastante exploradas pelos meios de comunicação na década de 30. In HERER, Jack. The Emperor...pp. 29-31.

¹⁵⁰ CARVALHO, Salo. Op. cit. p.151

*princípio do Estado de Direito, aquele segundo o qual se pode ser punido apenas pelo que se faz e não pelo que se é, como se age e não pela própria identidade.*¹⁵¹

E complementa, defendendo que “o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros”¹⁵²

Já com relação aos critérios relativos desenvolvidos por Hulsman, também podem ser apontados como “violados” no caso da criminalização das drogas, o fato de o comportamento ocorrer com frequência e ser próprio de um número muito grande de pessoas (o que se constata pelos altos números de apreensões de drogas, que apontam para uma grande demanda), o fato de ser típico da esfera privada (já que o usuário não causa lesão direta ao outro), e finalmente o fato de ser considerado admissível por grande parte da sociedade (se há um grande número de usuários, tem-se como consequência uma grande parcela da população que a considera admissível).¹⁵³

Ferrajoli também discorre acerca da legitimidade da criminalização, a partir do garantismo penal, desenvolvendo duas diretrizes entrelaçadas, que decorreriam a primeira do princípio da necessidade, onde seria admitida “a intervenção punitiva em casos absolutamente necessários”¹⁵⁴, sendo que esta intervenção seria tida como legítima “somente quando o custo da criminalização não for superior ao da lesão provocada pela conduta reprimida, pois o direito penal justifica-se unicamente pela capacidade de prevenir danos às pessoas sem causar efeitos mais danosos do que aqueles que tem condições de impedir.”¹⁵⁵, e a segunda do princípio da lesividade que, “baseado na categoria bem jurídico, determinaria critérios a partir da idoneidade

¹⁵¹ FERRAJOLI, Proibizionismo e Diritto, p. 137

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 p. 178

¹⁵³ CARVALHO, Salo. Op. cit. p.150

¹⁵⁴ Id.

¹⁵⁵ Id.

*do sistema em prevenir ataques concretos (dano e perigo concreto) contra bens jurídicos individuais”.*¹⁵⁶

É também neste sentido a visão de Marco Aurélio Moreira de Oliveira, que vê no princípio da lesividade o norte da criminalização de condutas, aduzindo que

*“O disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, indica como juridicamente relevante a causação de lesões efetivas ou ameaças a direitos, só podendo ser entendidas, como verdadeiras ameaças, as que sejam concretas, pois ameaças abstratas simplesmente inexistem. Em conseqüência, não se deve admitir crimes de perigo abstrato, por não conterem as condições concretas e diretas para afetarem bens fundamentais juridicamente protegidos. Além disso, a lógica jurídica indica como prioritária a tarefa de definir o que seja crime, isto é, conduta que causa lesão ao sujeito passivo ou, pelo menos, a que cria ameaça a direito de modo concreto e direto.”*¹⁵⁷

Portanto, importante se faz levar em conta o princípio da lesividade, que orienta no sentido de que o direito penal somente deve punir o agente que manifeste uma conduta externa que seja capaz de afetar bem jurídico relevante de terceiros, defendendo um direito penal mínimo. Como aduz Salo de Carvalho,

“Neste quadro, os princípios de lesividade, intimidade e vida privada instrumentalizam a máxima secularizadora, visto que somente podem ser proibidas como delito condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bens jurídicos de terceiros. Exclui-se, pois, qualquer legitimidade criminalizadora contra atos autolesivos, condutas que não violam ou arriscam bens alheios,

¹⁵⁶ Id.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Marco Aurélio Cardoso Moreira. Crimes de Perigo Abstrato. *In* Revista de Estudos Criminais. n.15. Sapucaia do Sul: PPGCCrim PUC, 2004. p.99

*condições ou opções individuais (ideológicas, políticas, religiosas, sexuais entre outras).*¹⁵⁸

O princípio da lesividade tem quatro funções fundamentais para o direito penal, quais sejam: proibir a incriminação de uma atitude interna, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Como também ensina Clauss Roxin, *"só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral"*¹⁵⁹.

Ora, a partir da análise de tais ensinamentos, já resta clara a impossibilidade da criminalização da conduta no caso do usuário de drogas. Atendendo-se exclusivamente ao princípio da lesividade, tal atitude por parte do legislador seria incabível, porquanto o ato de consumir referidas substâncias é um ato que não excede o âmbito do próprio autor, e se for considerada uma conduta desviada, ainda não afeta nenhum bem de terceiros que seja juridicamente tutelado. Ferrajoli também defende a exclusão do sistema penal de

*"condutas que não produzam lesões concretas a terceiros, casos de autolesão e crime impossível. A lesividade importaria, ainda, a transformação dos crimes de perigo abstrato em delitos de dano ou perigo concreto ou, simplesmente, indicariam descriminalização, visto ser inadmissível a punição da mera desobediência."*¹⁶⁰

Logo, nota-se que a criminalização da conduta do usuário de drogas afronta cabalmente o princípio da lesividade, pois como bem exprime Feinberg,

¹⁵⁸ CARVALHO, Salo. Op. cit. p, 166

¹⁵⁹ *Apud* BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 91

¹⁶⁰ *Apud* CARVALHO, Salo de. Op. cit.p.151

somente a prevenção da lesão pode justificar a coerção. Nas suas palavras, *“Segue-se destas premissas que ninguém pode legalmente intervir para prevenir um adulto responsável de voluntariamente fazer algo que irá lesar somente a ele.”*¹⁶¹

John Stuart Mill também defende a idéia de que a liberdade do autor não pode ser invadida com base em princípios que prevêm a prevenção do dano ao próprio agente, vertente esta conhecida como Paternalismo Legal. Nas palavras de Mill,

*“O seu próprio bem, seja físico ou moral não é uma garantia suficiente. Ele não pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer pelo Direito porque seria melhor para ele agir desta forma, porque o fará mais feliz, porque na opinião dos outros, fazê-lo seria inteligente...Essas são boas razões para argumentar com ele, ou persuadi-lo ou convencê-lo, mas não para forçá-lo ou visitá-lo com algum mal caso ele faça o contrario.”*¹⁶²

Para Mill, o agente não pode ter sua liberdade invadida com base em ideais morais ou porque agir ou deixar de agir de determinada maneira seria “melhor” para o agente. As leis que assim determinassem portanto, seriam leis paternalistas, contra as quais Mill se insurgia.

Joel Feinberg define este Paternalismo Legal da seguinte maneira:

“Ele sugere a visão de que o Estado está para os cidadãos assim como um pai está para seus filhos, e que adultos normais podem ser tratados propriamente como se fossem crianças. Isto soa tão ultrajante que nós esperaríamos que dificilmente alguém confessasse ao menos tendências paternalísticas, muito menos afirmar o principio paternalista e agitar a bandeira do paternalismo. Ainda assim, a visão de que o Estado tem o direito de proteger pessoas de sua própria

¹⁶¹ FEINBERG, Joel. Op. cit. p. 116.

¹⁶² MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Edições 70: Lisboa, 2006. P, 13

*bobeira parece providenciar a racionalidade para muitos estatutos criminais que poucos gostariam de repelir.”*¹⁶³

Dentro destas leis tidas como paternalistas, Feinberg divide-as em categoria ativa e passiva, sendo as primeiras aquelas que requerem que o indivíduo haja de certa maneira, como a obrigatoriedade do cinto de segurança para os ocupantes de automóvel, a utilização de capacete por motociclistas, a utilização de salva-vidas em embarcações, etc., enquanto que na categoria passiva estariam aquelas proibitivas como o caso do uso de drogas narcóticas.¹⁶⁴

O problema de leis paternalistas reside no fato de o Estado intervir na liberdade dos cidadãos passando por cima do julgamento da própria pessoa que teve a liberdade invadida, de modo que esta fica impedida de agir conforme suas convicções, ainda que não traga conseqüências aos demais, situação esta que fere concepções de autonomia pessoal. Neste sentido, ensina Feinberg que

*“Aqueles que já experimentaram, ou podem experimentar hipoteticamente nas suas imaginações, constrictões incômodas justificadas completamente em campos paternalistas, irão testificar que o seu ressentimento não é mera frustração ou antipatia. Ao contrário tem o sabor cheio da indignação moral e do ultraje. A sua reclamação não é simplesmente a de que foram desnecessariamente incomodados ou ‘irritados’, mas ao invés disso, que de alguma forma foram violados, invadidos, diminuídos. Eles experimentaram algo análogo à invasão de sua propriedade ou a violação de sua privacidade.”*¹⁶⁵

Mais do que isso ainda, muitas vezes a penalidade para a conduta criminalizada através de uma lei paternalista é exagerada quando comparada com o

¹⁶³ FEINBERG, Joel. The moral limits of the criminal Law. Harm to Self. Oxford University Press, 1986. p, 4.

¹⁶⁴ Ibid. p, 8.

¹⁶⁵ Ibid. p, 27.

risco trazido por aquela conduta, fato este que afasta a medida “protetiva” da lei paternalista. Como nota Feinberg,

*“De fato sempre que a penalidade criminal pela violação de um estatuto é muito mais severa do que a lesão a si próprio arriscada pelo ofensor, fica difícil explicar a lei como uma expressão de solicitude protetora com relação a um possível violador. Quando a penalidade por fumar um cigarro de maconha pode chegar a trinta anos de prisão, claramente a lei é mais plausível se interpretada como uma abominação moral ou como medo de uma lesão pública catastrófica, do que uma preocupação ‘paterna’ pela saúde ou segurança de jovens vulneráveis.”*¹⁶⁶

Para Feinberg, as leis paternalistas que apresentam restrições de liberdades pessoais são ofensivas moralmente, pois invadiriam a esfera de autonomia de uma pessoa adulta e responsável, onde a pessoa deveria “reinar suprema”.¹⁶⁷

O autor inglês ainda se posiciona contrário às leis paternalistas pois aduz que não haveria racionalidade plausível nas restrições paternalistas. Em suas palavras,

*“É difícil encontrar qualquer racionalidade plausível para todas estas restrições além do argumento de que surras, mutilações, e morte, concubinato, escravidão e bigamia são sempre ruins para a pessoa sabendo ela ou não, e que antibióticos são muito perigosos para não experts, e heroína para qualquer um, para que o faça com base em sua própria iniciativa. O truque está em parar antes uma vez tomado este caminho, a menos que desejemos banir whiskeys, cigarros, e comidas fritas, que tendem a ser ruins para as pessoas também, saibam elas ou não.”*¹⁶⁸

¹⁶⁶ Ibid. p, 17-18.

¹⁶⁷ Ibid. p, 25.

¹⁶⁸ Ibid. p, 24.

O que Feinberg explicita através desta passagem é o fato de que o paternalismo merece ser rechaçado, pois justificaria muitas restrições na liberdade individual do cidadão, o que afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana, protegido pelo Direito e pela Constituição.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto no artigo 1º da Constituição Federal¹⁶⁹, e orienta o Estado a preservar a dignidade da pessoa em todas as suas atividades institucionais. No caso em tela, o ato do Estado de proibir determinada ação que não ultrapassa o âmbito do autor e que conseqüentemente não gera danos a bem jurídico de terceiros, com base em fatores moralistas ou paternalistas, fere não só a dignidade do autor, como também o priva de agir conforme suas próprias crenças, e só pode ser visto como um ato arbitrário, totalitário e desarrazoado.

Nas palavras de Carvalho, *“O principal postulado do direito penal moderno, que funda os modelos de direito penal de fato, é a radical separação entre direito e moral, determinando que a pena não pode servir para reforçar ou impor determinados padrões de comportamento.”*¹⁷⁰

Outro ponto importante que não se pode olvidar ao abordar a questão das drogas e da viabilidade de sua criminalização reside no fato de que nem todas as drogas são ilegais, mas pelo contrário, a maioria delas é legal.

As drogas consideradas legais são normalmente empregadas pela medicina para combater males de saúde dos mais variados, desde pequenas lesões até tratamentos psiquiátricos. Destarte, sua exploração para desenvolvimento,

¹⁶⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁷⁰ CARVALHO, Salo. Op. cit. p. 166

produção e comércio gera naturalmente um mercado muito forte e altamente lucrativo.¹⁷¹

Assim como as drogas legais vendidas em farmácias sob prescrição médica têm efeitos colaterais, e estes são aceitos em face dos benefícios que podem ser atingidos pela pessoa que consome aquela determinada substância, não é razoável dar tratamento diferente à maconha, por exemplo.

Portanto, a grande diferença na visão da sociedade com relação à drogas legais e as ilegais, e por consequência o tratamento “distinto” ao dependente de maconha ou cocaína daquele dependente de álcool ou Prozac, se funda em moralismos e ideais comunitários, como propõe Vincenzo Ruggiero, “*A ‘discordância’ da sociedade oficial frente às drogas ilícitas aparenta, também, estar baseada em uma visão naturalística dos humanos: os defensores da proibição sustentam a idéia de um indivíduo puro, sadio, que atinge a felicidade sem a necessidade de apelar para entorpecentes artificiais.*”¹⁷²

3.2.1. Liberdade e Coerção

John Stuart Mill defende que “*a única razão pela qual se pode utilizar a força de forma justa sobre qualquer membro de uma sociedade civilizada contra a sua vontade é para prevenir danos a terceiros.*”¹⁷³ A partir do pensamento de Mill, a Lei Seca nos Estados Unidos seria pela interpretação de Ruggiero “*uma usurpação grosseira da liberdade dos cidadãos e ‘um exemplo importante de interferência ilegítima sobre a liberdade do indivíduo*”¹⁷⁴.

Logo, partindo-se desta idéia, percebe-se que no caso ora confrontado, não há liberdade mas coerção. Isto porque o Estado interfere na ação do indivíduo, proibindo-o de praticar um ato que depende somente de sua vontade, sob a ameaça de

¹⁷¹ LEIFF, Jonathan. Op. cit. P.14

¹⁷² RUGGIERO, Vincenzo. Op. cit. p. 94

¹⁷³ Apud Ibid. p. 87

¹⁷⁴ Id.

infringir um mal. Conforme os ensinamentos de Hayek, a coerção implica a intenção de provocar certa conduta com base na ameaça.¹⁷⁵

Este aspecto da coerção é facilmente notado no caso da maconha medicinal por exemplo. Diversos pacientes poderiam se beneficiar dos usos medicinais de tal planta, usos estes cientificamente comprovados e praticados em diversas partes do globo, porém são coagidos a não fazê-lo, ante a ameaça da prática de um ato tido como criminoso. Em um caso como este, a coerção imposta pelo Estado impede exatamente que o indivíduo aja conforme suas crenças e seus conhecimentos, ainda que tentando agir em seu benefício, o que leva novamente à idéia de separação entre o direito e a moral. Como ensina Ferrajoli, *“o Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros”*.¹⁷⁶

Não obstante o acima exposto, a proibição relativa à maconha se torna ainda mais chocante, quando se analisam os critérios que são utilizados para caracterização de drogas e estupefacientes do Grupo I, na qual o THC (tetrahydrocannabinol) se encontra. Para que uma droga seja incluída neste grupo de substâncias proibidas, ela deve contar com: alto potencial para super dosagem (risco de overdose), não ter qualquer aceitação para uso médico e ter falta de informação a respeito da segurança de seu uso, mesmo sob supervisão médica¹⁷⁷. Ora, no caso específico da maconha, nenhum destes requisitos se encontram preenchidos! É senso comum na comunidade médica, principalmente nos países desenvolvidos, que o uso da maconha é benéfico para o tratamento de diversas doenças, entre elas a AIDS, o câncer, o glaucoma, entre outras.

Além disso, trata-se de uma droga com baixíssimo potencial de abuso, sendo que a overdose é praticamente impossível, eis que o índice de canabinóides necessários para a intoxicação relativo à quantidade necessária para a overdose seria de 40.000:1. Para efeitos de comparação, para se ter uma overdosagem alcoólica, a

¹⁷⁵ HAYEK, Friederich August Von. Os Fundamentos da Liberdade. Brasília; Ed. UnB, São Paulo: Visão, 1983. P. 146

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão... p. 178

¹⁷⁷ ABOOD, Richard R. Pharmacy Practice and the Law. Jones & Bartlett Publishers. P. 151

relação fica entre 4:1 e 10:1¹⁷⁸. Portanto, seria necessária a ingestão de 40.000 doses capazes de gerar intoxicação em um período de dois minutos, para se ter uma super dosagem. E finalmente, já está igualmente comprovado que os efeitos colaterais trazidos pelo uso da maconha são perfeitamente aceitáveis, inclusive porque a ingestão não precisa ser necessariamente através da combustão da erva e inalação da fumaça, mas também através de tintura (xarope) ou mesmo ingerida com a comida, eliminando inclusive a ação dos carcinógenos existentes na fumaça.

Portanto nota-se que, pelo menos no que se refere à maconha, a coerção exercida pelo Estado ao criminalizar uma conduta pessoal é infundada e abusiva, e impede que os indivíduos ajam conforme seus conhecimentos, além de interferirem na esfera de ação privada destes, merecendo assim ser rechaçada.

Diante do acima exposto, resta cristalina a noção de que não há cabimento para a criminalização da conduta do usuário, seja porque fere os princípios da lesividade e da dignidade da pessoa humana, seja porque implica em uma intervenção desarrazoada do poder público na esfera privada de ação do indivíduo, sem que haja embasamento científico que justifique tal atitude, caracterizando-se assim como uma coerção desnecessária.

3.3. A margem de ação epistêmica de Alexy;

Viu-se até o momento que a criminalização do uso das drogas não seria viável no estado liberal, seja por afrontar os direitos fundamentais, seja por se fundar em ideais paternalistas, ou mesmo pelo fato de não lesar a terceiros. De qualquer modo, outros aspectos ligados à proibição merecem ser trazidos à baila. Diante do aparente conflito entre a proibição (seja ela motivada pelo motivo que for) e os direitos fundamentais do cidadão, existe a necessidade de se buscar na doutrina constitucional uma possível solução para a situação.

¹⁷⁸ GRINSPOON, Lester. M.D. *Marihuana Reconsidered...* P.278

Seguindo essa esteira de pensamento, a teoria de Alexy defende a ponderação entre os princípios como forma de se determinar qual seria o aplicável para se solucionar certas situações. Dentro desta noção, Alexy defende que “*o problema da margem de ação epistêmica ou cognitiva pode solucionar-se mediante ponderações entre princípios formais e materiais*”¹⁷⁹.

Neste momento, poder-se-ia indagar o que exatamente isto tem a ver com o problema da legalidade ou ilegalidade da proibição das drogas. O próprio Alexy explica que a “*pergunta acerca da existência de margens epistêmicas aparece quando são incertos os conhecimentos acerca do que está ordenado, proibido ou confiado à discricionariedade do legislador pelos Direitos Fundamentais*”¹⁸⁰. Destarte, pelo ponto de vista de Alexy, devem existir margens que limitem a atuação do legislador quando houver a interferência em Direitos Fundamentais. Ainda segundo ele, a causa dessas incertezas pode estar radicada na falta de certeza das premissas empíricas ou das normativas, e tal incerteza jogaria um papel especial nos exames de idoneidade e necessidade.

Para Alexy, a necessidade e a idoneidade de uma medida ou da causa que a suporta são essenciais para que se suporte uma violação nos direitos fundamentais de qualquer cidadão. Para ilustrar este ponto, Alexy utiliza-se especificamente de um exemplo de proibição da utilização de produtos de *cannabis*. Em suas palavras,

*“a pergunta de se o Legislador pode proibir os produtos derivados de cannabis depende, no essencial, de se a intervenção na liberdade jusfundamentalmente protegida que subjaz a essa proibição é idônea e necessária para diminuir os perigos que estão associados com esta droga.”*¹⁸¹

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de Los Derechos Fundamentales. P. 82

¹⁸⁰ Id.

¹⁸¹ Ibid. P. 83

Portanto, na visão defendida por este autor, uma intervenção em um direito fundamental que seja idônea e necessária para coibir ou modificar um certo padrão de conduta será aceitável, ao passo que se a medida assim não o for, não deverá ser aceita, ou seja, deve-se ponderar entre a necessidade e a idoneidade da medida proibitiva de alguma conduta e a intervenção provocada em um direito fundamental e protegido. Segundo ele, *“Se a proibição penal não fosse idônea ou necessária para este fim estaria proibida definitivamente pelos direitos fundamentais”*¹⁸².

Wilson Antonio Steinmetz comenta a teoria de Alexy no que diz respeito ao princípio da adequação dizendo que,

*“O princípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido. O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental.”*¹⁸³

Por esta teoria, a decisão normativa restritiva – no caso a lei de drogas – ou o meio, deve obrigatoriamente ao menos oportunizar que se atinja a finalidade perseguida, o que deve ser verificado empiricamente. Logicamente que no caso da lei de drogas esta oportunidade não se verifica empiricamente, o que afastaria a possibilidade de adoção de determinada norma.

Já a necessidade faria referência à exigibilidade de escolha de tal normativa, visando sempre a menor ingerência possível e intervenção mínima nos direitos fundamentais. Conforme comenta Steinmetz,

¹⁸² Id.

¹⁸³ STEINMETZ, Wilson Antonio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p, 149.

“No princípio da necessidade, identificam-se, no mínimo, quatro notas essenciais. A primeira, já exposta, é o da ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular. A segunda é a de que se parte da hipótese de que havia ou pode haver uma medida alternativa menos gravosa. É a presença do elemento da dúvida. A terceira nota essencial é a da comparabilidade dos meios ou das medidas de restrição. Inicialmente, compara-se adotando o critério da menor prejudicialidade. Se houver empate no quesito prejudicialidade, então verifica-se qual é o meio ou medida mais eficaz. (...) A quarta nota essencial é a dimensão empírica.”¹⁸⁴

A partir desta idéia, Alexy defende que para se analisar a necessidade e a idoneidade da proibição, seria necessário recorrer a dados empíricos que demonstrassem uma maior correção em um caminho ou outro.

Ora, no caso das drogas os dados empíricos estão disponíveis, fruto de um experimento “vivo” que foram os últimos 40 anos de políticas proibicionistas. Conforme extensamente explicitado, a teoria proibicionista e a conseqüente “Guerra às Drogas” não atingiram resultados favoráveis na redução da oferta e da demanda, da mesma forma que não conseguiu reduzir efetivamente o número de usuários de drogas.

Logo, se for utilizada a idéia de Alexy, o que se verá é que a proibição do uso das drogas não é um meio idôneo e/ou necessário para a contenção ou controle do uso destas substâncias. Não obstante, ao se proibir o consumo de tais substâncias, se está interferindo em direitos fundamentalmente protegidos do cidadão, principalmente o seu direito à liberdade.

A teoria de Alexy pressupõe portanto, uma separação entre direito e moral, eis que, pela lógica da necessidade e idoneidade da intervenção no direito fundamental do cidadão, afasta-se a possibilidade de criminalização de condutas com fins morais. Conforme defende Ferrajoli,

¹⁸⁴ Ibid. p, 151.

“O direito e o Estado – segundo esta opção laica e liberal – não possuem nem representam valores enquanto tais, e tampouco devem ter fins morais desvinculados dos interesses de pessoas ou constituir fins em si próprios, justificando-se, somente, por meio da tarefa de perseguir objetivos de utilidade concreta em favor dos cidadãos e, principalmente, de garantir-lhes os direitos e a segurança.”¹⁸⁵

Logicamente que existem argumentos de que a utilização de dados e evidências não seria produtivo, como defende Jonathan Paul Caulkins ao afirmar que *“As evidências são tipicamente perdidas neste debate. Qualquer evidência que consiga traçar seu caminho à superfície é freqüentemente citada seletivamente para apoiar a causa do lado preferido.”¹⁸⁶*

No entanto, novamente esta não parece ser a situação quando o assunto é drogas. Para fundamentar a alegação de que a proibição não é um meio idôneo e necessário, basta recorrer aos dados atuais de uso de drogas no Brasil e no Mundo, fornecidas por órgãos oficiais de governos.

Desde a adoção quase que generalizada por parte dos países, de políticas e leis proibicionistas de substâncias psicotrópicas, não só o consumo mas também a circulação das drogas somente aumentou. Uma rápida análise nos dados da Polícia Federal brasileira mostra que entre janeiro e maio de 2005 foram apreendidas aproximadamente 70 toneladas de maconha e 4 toneladas de cocaína em todo o Brasil¹⁸⁷. De posse destes números, basta fazer os cálculos. A estimativa mundial é de que são apreendidas entre 10 e 15% das drogas que circulam no mundo. Se esta estimativa for aplicada no Brasil, o que já necessitará um pouco de otimismo, significa que 630 toneladas de maconha e 36 toneladas de cocaína chegaram ao destinatário final. E neste processo, o Estado não arrecadou um centavo sequer, mas apenas os

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. ...p.

¹⁸⁶ CAULKINS, Jonathan Paul. Op. cit. , p. 2

¹⁸⁷ Disponível em <<http://www.policiafederal.gov.br>> Acesso em 12.05.2008

prejuízos, inclusive aqueles com saúde pública graças à má qualidade das drogas produzidas.

Ora, se aproximadamente 630 toneladas de maconha e 40 toneladas de cocaína chegaram ao seu destinatário final, isto demonstra que a política de redução da demanda defendida também não está funcionando, principalmente se for levado em conta que estes números são relativos a apenas cinco meses de um ano! Essas cifras monstruosas demonstram por baixo a imensa quantidade de usuários no país.

Portanto, não seria razoável defender que a proibição do uso de certas substâncias é um meio idôneo ou necessário para se coibir determinada conduta, seja porque na prática tal política não apresentou resultados satisfatórios, seja porque a intervenção nos direitos fundamentais de cada um ultrapassa os benefícios trazidos à coletividade. Ao contrário, como defende Vera Regina Pereira de Andrade, a política proibicionista adotada sofre de *“uma crise de legitimidade sem precedentes e traduzida no profundo déficit existente entre suas promessas e sua real funcionalidade.”*¹⁸⁸

Deste modo, segundo o ponto de vista de Alexy e com base nos dados empíricos que estão disponíveis neste momento acerca do assunto, conclui-se que a proibição penal não seria idônea ou necessária para atingir o fim pretendido, além de ferir direitos fundamentalmente protegidos, devendo estar portanto definitivamente proibida por estes.

3.4. A Autonomia Pessoal em face dos Dispositivos Constitucionais

Vimos portanto, que de acordo com a teoria da ponderação de Alexy e levando em consideração os dados empíricos disponíveis, a proibição penal do uso das drogas não é idônea ou necessária para atingir o fim a que se propõe, qual seja a

¹⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Dos discursos enunciados aos discursos silenciados: recuperando a dignidade da política criminal pelo e para o Homem. In CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. xxi

diminuição do uso e tráfico ilícito de entorpecentes e sendo assim, não pode ser aceita em face dos direitos fundamentais.

Porém, mais um constitucionalista apresenta um argumento interessante que merece ser explicitado. O argentino Carlos Santiago Nino, em seu livro *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, defende que as leis, ainda que corretamente e democraticamente promulgadas que forem fundadas em razões perfeccionistas devem ser objeto de controle de constitucionalidade por parte dos tribunais.

A razão que leva Nino a defender tal idéia é bastante óbvia e indispensável se pretende-se viver em um mundo verdadeiramente livre. O autor explica inicialmente que existem dois tipos de moralidade. Uma pública ou social, que consiste em *standards* que avaliam as ações por seus efeitos sobre os interesses de indivíduos diferentes dos agentes¹⁸⁹, e outra privada que consiste naqueles ideais de excelência pessoal ou virtude, que valoram as ações por seus efeitos sobre a qualidade de vida ou o caráter dos próprios agentes¹⁹⁰. Dentro desta segunda moralidade ou moralidade pessoal, Nino diz que o valor mais específico e ilimitado da autonomia pessoal consiste na livre adoção de ideais de excelência pessoal e de planos de vida baseados nestes¹⁹¹.

O autor considera “autofrustrante” portanto, qualquer política que imponha ideais pessoais sobre os indivíduos, e tal argumento é perfeitamente válido no caso das drogas. Uma lei que proíba o consumo pessoal de qualquer substância é uma lei que exige ou impõe um ideal, ao passo que busca coibir uma conduta ou um caminho pessoal escolhido pelo indivíduo.

Resumindo, o Estado não pode exigir de ninguém que se tenha um determinado tipo de atitude ou de escolha de vida. Se a vida se desenvolve em uma sociedade livre, esta deve deixar que cada um viva conforme suas crenças e escolhas pessoais, sob o risco de em assim não o fazendo, adentrar-se em um Estado de Exceção, ou em um estado com base em um regime perfeccionista, tal qual o foi o governo nazista na Alemanha, que exigia a pureza da raça ariana, por exemplo.

¹⁸⁹ SANTIAGO NINO, Carlos. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Gedisa. P. 278

¹⁹⁰ Id.

¹⁹¹ Id.

A esta faculdade de se auto-determinar se denomina autonomia pessoal, e para que ela exista e possa ser exercida, depende de fatores de condição e capacidade. Como explica Joel Feinberg,

“Assim, todos aqueles que argumentaram por uma autonomia natural e soberana concordaram que as pessoas tem o direito de se auto-governar se e somente se elas tiverem a capacidade do auto-governo. Esta capacidade é por sua vez determinada pela habilidade de se fazer escolhas racionais, uma qualificação usualmente interpretada de modo a excluir crianças, pessoas insanas, os severamente retardados, os senis, e os em estado de coma, e para incluir todas as outras pessoas.”¹⁹²

Note-se que na passagem acima, o autor faz referência a escolhas racionais. A distinção pretendida por ele foi entre os conceitos de racional ou irracional no que se refere à capacidade possuída ou não pelo agente para fazer escolhas. Logo, se o agente for acometido de algum tipo de insanidade, suas escolhas poderão parecer irracionais, ou como o próprio Feinberg coloca, *“meios obviamente inapropriados para seus próprios fins, deduções inválidas de suas próprias premissas, distanciamentos grosseiros de seus próprios ideais, ou ações baseadas em delírios grotescos e distorções fáticas”*.¹⁹³

Porém, não se pode confundir estas escolhas irracionais com escolhas desarrazoadas. Estas últimas seriam escolhas feitas por pessoas plenamente competentes e em pleno gozo de suas faculdades mentais, de maneira que não se estará diante de uma situação onde o Estado deva intervir para prevenir ou repelir um suposto mal, pois a razoabilidade da escolha será sempre relativa. Feinberg explica muito bem essa distinção ao defender a autonomia pessoal do cidadão dentro do estado liberal, dizendo que

¹⁹² FEINBERG, Joel. Harm to self..., p, 28.

¹⁹³ Ibid. p, 106.

“Parte do ponto em chamar tais escolhas de “desarrazoadas” está em sugerir que eles refletem julgamentos de comparativa insignificância que nós não faríamos se estivéssemos na posição de escolha. Outra parte do ponto está em fazer aquele que escolhe responsável por suas escolhas. Se elas foram escolhas não inteligentes, então ele poderá ser culpado por não ser inteligente, mas se elas forem escolhas irracionais, então ele estará ao menos parcialmente ‘desculpado’, e não haverá porque julgá-lo ‘não inteligente’. (...) Milhares de pessoas eminentemente racionais e responsáveis, no entanto, julgam não valer a pena a inconveniência de apertar o cinto de segurança em automóveis, ou que a redução do risco que eles correm de contrair câncer de pulmão não justifica abrir mãos dos prazeres de fumar cigarros, julgamentos que eu, com todo o devido respeito, considero desarrazoados. Pessoas perfeitamente racionais podem ter preferências desarrazoadas no julgamento de outras pessoas perfeitamente racionais, do mesmo modo que homens e mulheres perfeitamente racionais (por exemplo, grandes filósofos) podem ter crenças ou doutrinas ‘desarrazoadas’ segundo o julgamento de outras pessoas perfeitamente racionais.”¹⁹⁴

O que Feinberg tenta explicar é que o julgamento da escolha de um cidadão tem motivações absolutamente pessoais e que são relativas com relação à sua razoabilidade, não podendo o ente estatal interferir com estas escolhas, a menos que se esteja diante de um caso excludente de racionalidade.

Desta forma, compulsando-se as teorias referentes à autonomia pessoal do cidadão, novamente nota-se que a lei que criminaliza o consumo de drogas não é razoável, e a interferência nos direitos fundamentais dos cidadãos por ela causada não deve ser permitida, devendo inclusive ser declarada inconstitucional por ir de encontro a garantias fundamentais.

¹⁹⁴ Id.

4 – A Lei 11.343/2006 e a situação brasileira

Ultrapassadas as análises políticas, jurídicas e teóricas referentes à possibilidade da criminalização da conduta do usuário de drogas, parte-se para uma abordagem da questão dentro do direito nacional brasileiro.

A situação das drogas no panorama social brasileiro é preocupante e até o presente momento, não se tem perspectivas reais de melhora, pois tanto o governo quanto a sociedade civil ainda não encontraram formas efetivas de enfrentamento do problema.

O que não se sabe ao certo ainda é a disposição das classes dominantes e governantes em atuar nas reais causas do problema, tratando a questão como sendo de saúde pública e não de polícia, inclusive diante de todo o que foi exposto até o momento.

De qualquer modo, a análise da situação atual da lei e também na prática dentro do estado brasileiro é de grande importância para contextualização e problematização da questão, o que será feito a seguir.

4.1. A Lei 11.343/2006: A Discussão quanto à Descriminalização do Uso no Brasil

Após a promulgação da lei 11.343/06, muito se falou e se discutiu com relação ao fato de se ter havido ou não a descriminalização da conduta do usuário de drogas, já que o artigo 28 do diploma legal não mais prevê a pena de prisão, desde que o agente se encaixe como usuário¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Art. 28. *Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas;*

II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas

Pela leitura do artigo nota-se que não há mais a previsão de pena de prisão, nem mesmo no caso de reincidência por parte do réu. E este foi o fator responsável pela discussão, que dividiu a doutrina em três correntes principais.

A primeira corrente, defendida por Luiz Flávio Gomes, defende que houve descriminalização formal da conduta do usuário, haja vista que as penas cabíveis a este, elencadas no artigo 28 não se enquadrariam no conceito previsto no art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal, que prevê que uma conduta será considerada crime quando desta decorrer a aplicação de pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal quando desta decorrer a pena de prisão simples ou multa. Ainda, em referência ao fato de dito artigo estar inserido no capítulo “Dos crimes e das penas” da Lei, Gomes sustenta que há muito o legislador brasileiro deixou de contar com qualquer rigor técnico, exemplificando através da lei 1079/50, que fala em crime de responsabilidade onde não há crime. Deste modo, levando-se em conta as penas previstas no artigo 28 da lei 11343/06, este não poderia ser considerado crime, porém como tal conduta continua constituindo um ilícito penal, Luiz Flavio Gomes entende tratar-se de INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS¹⁹⁶.

destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

¹⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 124.

Já a segunda corrente, defendida por Paulo Rangel e Vicente Greco Filho, demonstra que ainda há crime e pena, não havendo assim que se falar em descriminalização. Apontam, primeiramente, que o artigo 28 se encontra na seção “Dos Crimes e das Penas” dentro da lei 11343/06, demonstrando que a intenção do legislador não foi no sentido de desconsiderar a conduta como sendo crime. Ainda, notam a previsão constitucional de aplicação de penas alternativas contida no artigo 5º., XLVI, da Carta Magna, o que também ajudaria a enquadrar a conduta como crime, pois a pena alternativa se equipararia àquelas previstas no artigo 1º. da LICP. Ademais, apontam também para a adoção do rito da lei 9099/95, reservada aos crimes de menor potencial ofensivo, bem como o tratamento prescricional remetido ao artigo 107 do Código Penal através do artigo 30 da lei 11343/06.

Finalmente, a terceira corrente foi aquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, exarada pela 1ª. Turma no RE 430.105-9 QO/RJ, que teve como Relator o Min. Sepúlveda Pertence. Nesta r. Decisão, o Tribunal defendeu que houve mera despenalização, “*entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade*”¹⁹⁷, fundada basicamente nos mesmos motivos expostos pela segunda corrente, além de mais um argumento trazido pelo ilustre ministro, que entende que a classificação como infração penal *sui generis*, como pretende Luiz Flavio Gomes, implicaria sérias consequências além do mundo acadêmico. Isso porque se a conduta de posse de drogas para consumo pessoal não é crime nem contravenção, também não se constitui ato infracional quando o agente for menor de idade, pois de acordo com o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8069/90) considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção. Sendo os menores de 18 anos submetidos às normas de legislação especial, conforme artigo 228 da Lei Maior e artigo 27 do Código Pena, não caberia aplicação da Lei 11.343/2006 a eles, podendo o menor portar drogas para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma¹⁹⁸. Deste modo, o entendimento do STF refuta a tese de Luiz Flavio Gomes, de *infração penal sui generis*, e sustenta que não houve descriminalização. Atualmente, pode-se considerar esta visão como sendo a majoritária dentro da doutrina.

¹⁹⁷ Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 430.105-9 Rio de Janeiro. Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁹⁸ Id.

Assim, tem-se o entendimento entre a doutrina de que a conduta do usuário não foi descriminalizada, mas apenas “despenalizada”. Porém, pode-se entender que este também não seja o caso, pois não teria havido a extinção das penas, mas somente daquelas privativas de liberdade. As penas ainda existem, apesar de serem alternativas.

O que pode ser trazido à discussão porém, é a ineficácia da manutenção da criminalização de uma conduta sem que haja sanção efetiva para promover tal norma. De nada adianta manter uma conduta sendo considerada como crime, se de sua prática não decorre sanção efetiva que vise impedi-la. No caso do artigo 28, as penas aplicáveis constantes dos incisos I, II e III poderão não ter efetividade na prática por uma série de razões.

Primeiramente, a pena do inciso I, “*advertência sobre os efeitos das drogas*”, deverá ser aplicada pela autoridade judicial, à qual será encaminhado imediatamente o usuário flagrado. Ora, logicamente que o sistema judiciário e policial brasileiros não têm capacidade ou mesmo estrutura para atender tais situações. Diante disto, a autoridade policial deve produzir um Termo Circunstanciado dos fatos e marcar uma data para comparecimento do agente perante o juízo, sem que este possa ser conduzido (detido) pela autoridade policial. Ainda, ante a não-previsão de pena de prisão em qualquer grau ou reincidência do delito de uso, o indivíduo que não comparecer em data e hora marcada perante o juízo não poderá ser detido ou preso preventivamente, ou sequer conduzido à força à presença do juiz. Logo, nota-se que a efetividade da medida enquanto pena encontra-se seriamente prejudicada.

Além disso, caso se concretizem as três primeiras penas mas o agente não as cumpra, a próxima medida a ser adotada seria a admoestação verbal, que também é de pouca valia, e finalmente a aplicação de multa. Neste último caso também se poderia vislumbrar a ineficácia, já que a multa deverá ser inscrita em dívida ativa, e executada por órgãos fazendários. Porém, é notório o fato de que a Fazenda Pública conta com piso mínimo para ajuizamento de execução, fixado normalmente por volta de 500 UAM (unidades de atualização monetária), o que seria em torno de R\$ 1.000,00 (mil reais). Sendo assim, caso a multa aplicada seja menor que este valor,

será confirmada a possibilidade de falta de efetividade de norma por ineficiência da sanção.

Logo, ainda que se considere que não houve descriminalização da conduta do usuário, a manutenção da criminalização de nada serve, pois ineficaz. Neste sentido se posiciona igualmente Joel Feinberg, ao dizer que *“se vamos conferir autoridade para oficiais designados de maneira a se fazer algum programa de governo ou instituição funcionar, nós estaremos comprometidos dali em diante a fornecer a eles poderes de efetivação, eis que a autoridade não efetiva é, na verdade, nenhuma autoridade”*.¹⁹⁹

4.2. As inovações trazidas pela Lei 11343/06: Avanço ou Retrocesso

Mais além da discussão da descriminalização, a lei 11343/06 trouxe alguns avanços importantes mas também deixou de se beneficiar plenamente de uma política de redução de danos, tal qual aplicada na Holanda, por exemplo.

Um importante avanço foi a diferenciação do tratamento do usuário, que passou a ser considerado mais como um caso de saúde pública do que de polícia, fato este que por si só já demonstra uma visão mais madura e humana por parte da sociedade. Há que se levar em conta que o dependente de drogas consideradas ilícitas, em nada difere dos dependentes de drogas lícitas, tais como o álcool, o cigarro e até mesmo antidepressivos, e por isso seu tratamento não deve ser diferenciado destes. Cabe ao Poder Público avaliar os motivos da dependência e ser capaz de prover o tratamento adequado e individualizado, que não seria o encarceramento.

Logo, a não-previsão de pena privativa de liberdade ao usuário, ainda que não seja considerada como descriminalização, representa uma nova abordagem ao problema, o que é louvável por parte do legislador.

Além da inexistência de previsão de pena privativa de liberdade, o próprio procedimento policial a ser adotado com o usuário flagrado também é altamente

¹⁹⁹ FEINBERG, Joel. Harm to others..., p. 21.

inovador, e segue os moldes de justiça terapêutica, onde a pena não é castigo, mas tratamento. Conforme prevê o artigo 22, III, aquele que for processado como usuário terá direito a um processo terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde.

Ainda com relação ao procedimento policial, o artigo 48, §2º., da Lei 11343/06 prevê que tratando-se da conduta do artigo 28, não se imporá ao autor prisão em flagrante, devendo este ser encaminhado imediatamente ao juízo competente, ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários. O §3º prevê ainda que se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no §2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente. E finalmente o §4º, prega que concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

Portanto, nota-se que a intenção do legislador foi realmente de não tratar o usuário como caso de polícia, mas sim de saúde pública, o que resta claro ante a vedação da detenção do agente, que não pode sequer ser conduzido (detido) à delegacia ou ao juízo competente. Conforme explica Edison Miguel da Silva Jr., Procurador de Justiça do Estado de Goiás

“vedada a detenção, o encaminhamento imediato ao juizado não pode ocorrer pela condução coercitiva. O usuário flagrado não pode ser levado detido – algemado na viatura – para o juizado. Um projeto terapêutico individualizado não pode se iniciar dessa maneira, sob pena de fracasso. Para o sucesso do tratamento, é fundamental o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence (art. 19, inc. I). Esta conscientização dos males das

*drogas não se faz pela força física, mas pela persuasão que necessita da concordância do usuário ou dependente*²⁰⁰.

Assim, nota-se que a legislação brasileira adotou com relação ao usuário uma política criminal mais próxima do modelo europeu de redução de danos e reinserção social do que do modelo norte-americano do proibicionismo, não obstante o fato de a doutrina descartar a tese de descriminalização, bem como o fato de o Brasil ser signatário de tratados internacionais que inclusive proíbem a eliminação de tal delito.

Devido a este fato também, importante notar que a adoção de tal política de redução de danos pelo legislador brasileiro não foi realizada em sua totalidade em consonância com a idéia européia, porquanto não contemplou o outro princípio desta política, que seria a separação de mercados e a divisão entre drogas leves (*soft drugs*) e drogas pesadas (*hard drugs*). Tal fato faz com que a construção normativa se torne desarticulada, pois não se consegue através de suas disposições a formação de um sistema coeso e funcional.

Ora, a política de redução de danos tal como introduzida na Holanda traz meios para a efetivação de um tratamento adequado aos usuários, bem como mecanismos para que o usuário não entre em contato com o mundo do crime, de modo que se atinja o problema maior que é o tráfico ilegal, o que não é possível a partir da legislação brasileira vigente.

A idéia da redução de danos se baseia no fato de que as drogas fazem parte do “universo” da humanidade e são utilizadas por diversas culturas a milhares de anos²⁰¹, e portanto, a demanda por elas sempre existiu e continuará a existir. Tal fato resta comprovado por exemplo, pelo total fracasso da política proibicionista norte-americana, que desde sua inserção por Richard Nixon na década de 70 viu o consumo entre os norte-americanos aumentar em 60%²⁰². Diante desta noção, e com base em

²⁰⁰ SILVA JR, Edison Miguel. Lei 11.343/06: procedimento policial nos crimes de posse de droga para uso próprio. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1682>>. Acesso em: 31/05/2009.

²⁰¹ GAUER, Ruth. Uma Leitura Antropológica do Uso de Drogas. *Apud* CARVALHO, Salo. Op cit. p.153

²⁰² HERER, Jack. The Emperor....p. 37

diversos dados empíricos relacionados ao uso e comércio de drogas, o governo holandês decidiu que uma nova alternativa seria a tentativa de minimizar os danos causados pelas drogas, sem tentar impedir que os usuários tivessem acesso a elas, mas ao contrário, promovendo meios para que tais drogas fossem de certa forma controladas pelo Estado e distribuídas aos usuários de modo que o tráfico e o crime organizado não tivessem mais o controle sobre essa “fatia do mercado”, e assim disponibilizando aos usuários não só o tratamento mas também a oportunidade de utilização destas substâncias com o menor risco associado possível²⁰³.

Para que isso fosse atingido, seria necessária a criação de locais adequados para o comércio e a utilização destas substâncias, locais estes estritamente controlados pelo governo, fazendo com que o usuário perdesse o contato com o crime organizado.

No modelo brasileiro porém, esta idéia de separação de mercados não foi adotada. Não obstante a criação do SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – que deveria ter como meta adotar medidas para a prevenção do uso indevido, a previsão do fornecimento controlado não existe, e ainda, algumas partes da lei que versam sobre esse sistema e que poderiam conferir a este maior aplicabilidade e resultados foram vítimas do veto presidencial.

Sendo assim, depois do advento da Lei 11343/06, o usuário foi despenalizado mas continua contribuindo para o fortalecimento do tráfico ilegal e do crime organizado, pois esta segue sendo a única via para a obtenção de tais substâncias. Logo, a construção normativa brasileira acaba sendo um meio-termo ideológico, pois adota em parte a teoria da redução de danos, em parte a teoria proibicionista, não conseguindo assim atingir totalmente os benefícios possivelmente trazidos pela nova teoria.

Ainda, não foi contemplada pela legislação brasileira a possibilidade de utilização medicinal de algumas destas substâncias, tal como os canabinóides, que têm utilidade comprovada e reconhecida para o tratamento de diversas doenças, conforme explicitado anteriormente, sendo aceita inclusive em alguns estados norte-americanos, mesmo diante da teoria proibicionista radical adotada por aquele país.

²⁰³ LEUW, Ed. Op. cit. p.24

Fatores como estes levam a crer que mesmo a lei produzida teoricamente para apresentar uma solução ao problema, tem fins simbólicos e de dilação dos compromissos do poder público para com seu cidadão, conforme será analisado adiante.

4.3. A Legislação Simbólica

Leis produzidas como a lei 11.343/06 são muito comuns, não só na sociedade brasileira, mas em outras partes do mundo. Leis que são produzidas para atingir algum fim, ainda que diverso daquele que decorreria da efetividade normativa da mesma. Estas legislações são chamadas “simbólicas”, e já foram inclusive objeto de estudo do já citado jurista brasileiro Marcelo Neves, em seu livro *A Constitucionalização Simbólica*²⁰⁴.

Um estudo pouco mais cauteloso da referida lei 11.343/06 permite facilmente fazer a analogia deste diploma legal com a idéia de legislação simbólica demonstrada por Marcelo Neves, conforme será exposto posteriormente.

Neves trata da legislação simbólica em sua referida obra, e delimita semanticamente o significado da expressão “legislação simbólica” como sendo a prevalência de seu significado “político-ideológico” latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente. Ou seja, *“quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica”*²⁰⁵. E ainda, completa que *“quando porém, a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo*

²⁰⁴ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 29

²⁰⁵ Id.

*resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica.*²⁰⁶

Destarte, a legislação simbólica seria aquela produzida ou criada para atingir algum fim, diverso daquele decorrente de sua efetivação normativa, sempre visando atender algum interesse “oculto”. Este interesse pode ser, segundo Kindermann: a) a confirmação de valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios²⁰⁷.

Ao se analisar o teor da lei 11.343/06, bem como a parte do texto legal que foi vetada, notam-se facilmente estes três “conteúdos” ou interesses ali contidos e que serão demonstrados separadamente a seguir.

4.3.1. Confirmação de valores sociais

O primeiro conteúdo que seria verificável em uma legislação simbólica seria relativo à confirmação de valores sociais. Quanto a isto, Marcelo Neves explica que esta seria desenvolvida por grupos que estariam envolvidos no debate e que pretendem a prevalência de determinados valores, e assim procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas as condutas contrárias aos valores impostos por estes.

No caso da legislação brasileira antitóxicos, este fator pode ter tido grande contribuição para a adoção apenas parcial da política de redução de danos, e a manutenção de grande parte da teoria proibicionista, apesar de que não se tenha como confirmar este ponto. Importante notar que a sociedade brasileira pode ser considerada como um tanto conservadora, bem como os valores religiosos têm grande peso na cultura do país.

Talvez por este motivo, a nova lei não adotou medidas no sentido de descriminalização da exploração do comércio e produção de drogas, ainda que por parte do Estado ou mediante a tutela deste, como foi feito na Holanda por exemplo. O

²⁰⁶ Id.

²⁰⁷ Kindermann 1988 *Apud* NEVES, Marcelo. Op. cit. P. 30

lobby dessas camadas conservadoras pode ser o responsável pela manutenção da proibição, ainda que parcial e mais branda, como forma de demonstrar que essa classe conservadora ainda tem poder político, e que seus valores ainda são respeitados, ainda que na prática isso não se realize.

Outro fator que também pode contribuir para o quadro atual da lei antidrogas é a pressão internacional, promovida principalmente pelos Estados Unidos e que na posição de maior potência mundial, também buscam que seus valores sociais (em sua maioria conservadores, apesar de que na maioria das vezes acaba-se pensando o contrário) sejam confirmados em todo o mundo, como símbolo de *status*. O fato de uma nação “impor” a outras tantas os seus valores sociais, confirma ainda mais a superioridade desta, ainda que esta lei escrita não traga eficácia instrumental, ou seja, não se concretize no mundo real.

Neves exemplifica a confirmação de valores sociais citando a Lei Seca nos EUA, onde os defensores da proibição do consumo de bebidas alcoólicas não se interessavam na eficácia instrumental da proibição, mas sim em adquirir maior respeito social²⁰⁸. Assim, segundo ele existiriam leis que serviriam apenas para confirmar o poder de uma determinada parcela da sociedade, ainda que este fato seja o mais difícil de ser materialmente comprovado, pois ocorre por trás das cortinas do poder.

4.3.2. Legislação-álibi

Outro ponto que Marcelo Neves destaca como sendo verificável em uma legislação simbólica é a tentativa de demonstrar a capacidade de ação do Estado, ou seja a legislação-álibi. O objetivo dessa legislação poderia ser também o de “fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado”²⁰⁹. Neste caso, a finalidade não seria a de confirmar valores sociais de um determinado grupo, mas sim “*produzir confiança nos sistemas político e jurídico*”²¹⁰.

A legislação-álibi costuma ocorrer quando o legislador se encontra sob pressão direta da população, muitas vezes relacionada a algum fato que gerou

²⁰⁸ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 33

²⁰⁹ Ibid. p. 36

²¹⁰ Id.

comoção generalizada, como seqüestros de grande repercussão ou algum outro tipo de crime que toca o âmago dos cidadãos como um todo. Em situações como estas, o Poder Legislativo elabora leis ou outros atos normativos cabíveis com o intuito único de satisfazer as expectativas do público, ainda que não haja na realidade o mínimo necessário para que aquelas disposições realmente se efetivem. Estas legislações-álibi atingem a finalidade de diminuir a pressão sobre o Poder Público com relação a determinada situação, demonstrando uma certa capacidade de ação por parte do Estado, mas na realidade não chegam a solucionar o problema ou mesmo diminuir sua incidência. São importantes estes diplomas normativos, porém, para confortar a população, pois passam uma (*falsa*) sensação de que o problema foi resolvido.

As legislações-álibi são muito comuns no âmbito do Direito Penal. É normal que uma lei drástica se siga a uma determinada ação ou crime, como foi o caso dos crimes hediondos, a Lei Maria da Penha, entre outras. Porém, estas legislações só servem como uma “desculpa”, pois a rigidez da lei não tem o poder de coibir a ação. Como explica Neves, “*uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor*”²¹¹. Ou seja, a prática política e o contexto social favoreceriam uma concretização restrita e excludente dos dispositivos.

No caso da legislação antitóxicos, resta clara a sua atuação como álibi do Poder Público, pois ela prevê a repressão ao tráfico ilegal e o uso indevido, sem que hajam os mecanismos para a aplicação e efetivação do texto legal. Deste modo, a lei serve para satisfazer os cidadãos no tocante à idéia de segurança e capacidade de atuação do Estado, sem que no entanto haja alguma melhora real para o problema.

No caso específico do tráfico de drogas, este foi inclusive enquadrado como crime hediondo no Brasil, de modo que se submete a penas mais duras e dificuldade na progressão do regime de cumprimento da pena, quando aplicável. No entanto, como visto anteriormente, o tráfico continua a aumentar e se fortalecer, demonstrando assim a falta de efetividade da lei. Em muitos outros países, se verificou uma situação parecida com relação à pena de morte; a sua inserção no sistema

²¹¹ Ibid. p. 38

jurídico não foi capaz de diminuir o número de crimes nos quais incidiria como pena, como era sua proposta. Portanto, resta claro que a lei por si só não tem a capacidade de coibir determinada ação “indesejada”, se não houverem também os pressupostos mínimos para a sua efetivação.

O grande problema da legislação-álibi é, que além de deixar os problemas sem solução, ela também interfere na resolução dos mesmos. Como no caso em questão, a adoção de uma lei anti-drogas que é simplesmente proibicionista e simbólica interfere profundamente no debate de novas idéias a respeito do tema. Mais ainda, a maneira com que as legislações-álibi tratam determinados problemas sociais faz com que estes se tornem tabus, e sejam gerados diversos tipos de pré-conceitos por parte da sociedade, que atrapalham ainda mais a discussão séria a respeito dos temas. Além do caso das drogas, podemos citar o aborto, a eutanásia, a união entre homossexuais, entre outros inúmeros desafios sociais que devem ser enfrentados por todos.

Como bem notou Neves,

“a legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos”²¹².

Diante do exposto, não restam dúvidas que a lei 11.343/06 também faz o papel de álibi do Poder Público, eis que incapaz de resolver o problema para o qual foi formulada. Utilizando novamente a lição de Neves, *“a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da*

²¹² Ibid. p. 39

*sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal*²¹³.

Neves ainda explica o motivo pelo qual se acredita que a lei somente, será capaz de modificar a realidade social. Isto ocorreria por conta de uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, arraigada na cultura ocidental principalmente, segundo a qual se atribuiria a função de solucionar os problemas da sociedade.²¹⁴

4.3.3 A legislação como fórmula de compromisso dilatatório

O terceiro conteúdo que seria verificável em uma legislação simbólica, ou ainda, o terceiro “tipo” de legislação simbólica seria esta como fórmula de compromisso dilatatório. Nesta noção, a legislação simbólica serviria para o adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Neste tipo de legislação, “o acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado”²¹⁵.

Entende-se que a lei 11.343/06 também se enquadraria neste “tipo” de legislação simbólica, não obstante a sua clara ligação com os outros dois tipos, senão vejamos.

As legislações como fórmula de compromisso dilatatório costumam se dar pela existência de conflitos políticos que impedem que a lei atenda um lado ou outro, como por exemplo conservadores e progressistas. Quando tal fato ocorre, o Poder Legislativo tem o costume de editar diplomas normativos que “atendam” um pouco de cada lado, de modo a extinguir temporariamente o conflito político, e o faz normalmente

²¹³ Id.

²¹⁴ Id.

²¹⁵ Ibid. p 41

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

através de normas que não tem previsão alguma de concretização normativa. Esta previsível falta de concretização normativa possibilitaria o acordo entre os dois grupos de interesses conflitantes, enquanto que remete a real solução do problema a um futuro indeterminado.

Cumpra agora explicitar como isso seria verificável no âmbito da lei 11.343/06. Uma breve análise do texto legal é suficiente para a constatação. Seguindo uma idéia diferente de tratamento com relação às drogas, conforme repisado anteriormente, a lei anti-drogas brasileira inovou em seu artigo 28, quando prevê apenas a aplicação de medidas alternativas aos usuários, ao invés da antiga pena privativa de liberdade.

Neste ponto, a lei agradou aos progressistas e aos ativistas de novas políticas com relação às drogas, seguindo a tendência européia. Não obstante, a lei continuou a punir com pena privativa de liberdade o comércio e o uso indevido quando o enquadramento for fora do artigo 28, de modo que não se olvidou dos ideais dos conservadores, que lutam no outro *front*. E é neste ponto que se pode perceber a ambigüidade da lei que impede a sua efetivação: não há qualquer menção à quantidade de substância ou as condições que ensejariam o enquadramento do ofensor como usuário ou não. Esta questão está remetida ao juiz de direito, que deverá determinar em qual situação a pessoa se encaixa atendendo a critérios totalmente subjetivos, dando azo à aplicação de um direito penal de autor. A subjetividade dos critérios permite uma ampla margem de discricionariedade por parte do julgador, o que oportuniza a aplicação da lei em qualquer direção que o juiz pretenda.

Através desta “artimanha”, o legislador consegue agradar aos dois lados do conflito, sem realmente conseguir solucionar o verdadeiro problema social, o qual remete às próximas legislaturas, em um futuro indeterminado.

Outro exemplo seriam aquelas situações nas quais o legislador produz normas “abertas”, ou “indefinidas” que dependem de nova regulamentação no futuro para que surtam algum tipo de efeito. O artigo 31 da referida lei, por exemplo, demonstra o “simbolismo” da disposição, ao prever a indispensabilidade de autorização da autoridade competente para produção, extração, fabricação, transformação, preparação, posse, manter em depósito, importação, exportação, reexportação, envio,

transporte, exposição, compra, venda, troca ou cessão de drogas ou matérias primas destinadas a sua produção, sem jamais fazer referência a quem seria a autoridade competente. Podemos citar também como simbólicos os princípios e objetivos²¹⁶ do SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas – que não contém qualquer previsão a respeito de como estes serão efetivados.

Da simples leitura do texto normativo é possível notar a falta de objetividade da lei, aliada a falta de especificação de como serão atingidos estes princípios e objetivos. Mais flagrante ainda se torna esta situação, se for analisado o texto vetado do artigo 9º a 15²¹⁷ do mesmo diploma normativo, artigos estes que

²¹⁶ Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

- I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;*
- II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;*
- III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;*
- IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta*

²¹⁷ Art. 9º No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições específicas do Ministério da Saúde e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente:

- I - publicar listas atualizadas periodicamente das substâncias ou produtos de que trata o parágrafo único do art. 1º desta Lei;*
- II - baixar instruções de caráter geral ou específico sobre limitação, fiscalização e controle da produção, do comércio e do uso das drogas referidas nesta Lei;*
- III - adotar as providências estabelecidas no parágrafo único do art. 2º desta Lei;*
- IV - assegurar a emissão de licença prévia prevista no art. 31 desta Lei pela autoridade sanitária competente;*
- V - regulamentar a política de atenção aos usuários e dependentes de drogas, bem como aos seus familiares, junto à rede do Sistema Único de Saúde - SUS;*
- VI - regulamentar as atividades que visem à redução de danos e riscos sociais e à saúde;*
- VII - regulamentar serviços públicos e privados que desenvolvam ações de atenção às pessoas que façam uso ou sejam dependentes de drogas e seus familiares;*
- VIII - gerir, em articulação com a Senad, o banco de dados das instituições de atenção à saúde e de assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas de que trata o parágrafo único do art. 15 desta Lei.*

Art. 10. No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições específicas do Ministério da Educação e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente:

- I - propor e implementar, em articulação com o Ministério da Saúde, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e a Senad, políticas de formação continuada para os profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino que abordem a prevenção ao uso indevido de drogas;*
- II - apoiar os dirigentes das instituições de ensino público e privado na elaboração de projetos pedagógicos alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos princípios de prevenção do uso indevido de drogas, de atenção e reinserção social de usuários e dependentes, bem como seus familiares, contidos nesta Lei.*

Art. 11. No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições específicas do Ministério da Justiça e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente:

- I - exercer a coordenação das atividades previstas no inciso II do art. 3º desta Lei;*
- II - instituir e gerenciar o sistema nacional de dados estatísticos de repressão ao tráfico ilícito de drogas de que trata o art. 17 desta Lei;*

seriam os mais importantes para a efetividade da lei, sob a fundamentação de que era inconstitucional e contrário ao interesse público, conforme a mensagem de veto do Presidente, nº. 724, de 23 de agosto de 2006.

Ora, a Presidência da República, com a chancela do Ministério da Justiça e da Fazenda, se encarregou de garantir a ineficácia da lei ao vetar os pontos mais importantes, e que forneceria as diretrizes de aplicação do novo diploma normativo, sob o argumento de que tais disposições violariam o disposto no artigo 84, VI, da Constituição Federal²¹⁸, bem como o princípio da separação entre os poderes, argüindo que competiria exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo dispor, mediante decreto, sobre a matéria referente a organização e atribuição dos Ministérios.

Portanto, a Casa Civil se apegou a argumentos “formais” para retirar da lei toda e qualquer oportunidade de efetivação real. Faz-se aqui referência a argumentos formais, pois alegam que o Poder Legislativo não poderia dispor sobre organização do Poder Executivo, como prevê o texto da lei, de modo que esta parte deveria ser de

III - manter a Senad informada acerca dos dados relativos a bens móveis e imóveis, valores apreendidos e direitos constrictos em decorrência dos crimes capitulados nesta Lei, visando à implementação do disposto nos arts. 60 a 64 desta Lei.

Art. 12. No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições específicas do Gabinete de Segurança Institucional e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente:

I - exercer a coordenação das atividades previstas no inciso I do art. 3º desta Lei;

II - gerir o Fundo Nacional Antidrogas - Funad.

Art. 13. No que se refere ao cumprimento desta Lei, são atribuições dos órgãos formuladores de políticas sociais e de suas entidades vinculadas, na forma da legislação vigente, identificar e regulamentar rede nacional das instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, que atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares.

Art. 14. No âmbito de suas competências, os órgãos e entidades do Poder Executivo que integram o Sisnad, previstos no art. 6º desta Lei, atentarão para:

I - o alinhamento das suas respectivas políticas públicas setoriais ao disposto nos arts. 4º e 5º desta Lei;

II - as orientações e normas emanadas do Conad;

III - a colaboração nas atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, observado o disposto nesta Lei.”

“Art. 15. O Sisnad disporá de Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas - Obid gerido pela secretaria executiva de seu órgão superior, que reunirá e centralizará informações e conhecimentos atualizados sobre drogas, incluindo dados de estudos, pesquisas e levantamentos nacionais, produzindo e divulgando informações, fundamentadas cientificamente, que contribuam para o desenvolvimento de novos conhecimentos aplicados às atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas e para a criação de modelos de intervenção baseados nas necessidades específicas das diferentes populações-alvo, respeitando suas características socioculturais.

Parágrafo único. Respeitado o caráter sigiloso, fará parte do banco de dados central de que trata o caput deste artigo base de dados atualizada das instituições de atenção à saúde ou de assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas, bem como das de ensino e pesquisa.”

competência do Presidente da República, por meio de decreto. Ora, o Poder Legislativo é o competente para produzir as leis e deve portanto poder dispor sobre a totalidade dos assuntos que envolvem atividade legiferante. Ainda que assim não fosse, e se pretendesse atender ao disposto na Constituição Federal, o Presidente teria o dever de imediatamente transformar tal parte em Decreto, visando a efetividade e que fosse atingido o verdadeiro fim da lei, que seria resolver o problema social das drogas. Por outro lado, ao simplesmente vetar o texto da lei por incompetência material sem que fossem tomadas as medidas cabíveis para a efetivação da mesma, o Poder Executivo agiu contra o interesse público, e garantiu mais uma vez o simbolismo de uma norma.

Desta forma, o Poder Público cria através da lei um compromisso dilatatório, eis que ele demonstra a sua atuação à sociedade produzindo o diploma normativo, mas remete a sua eficácia a um futuro indeterminado dependente de uma nova atuação legislativa.

4.3.4. A problemática da Legislação-simbólica

Ultrapassada a fase de como se caracterizariam as legislações simbólicas e também como a Lei 11.343/06 se enquadra nestas características, passa-se a análise do problema que ela causa.

Conforme exposto anteriormente, o maior problema trazido pelas legislações simbólicas está ligado ao fato de estas não resolverem os problemas sociais para os quais foram elaboradas e além disso, obstruírem o caminho para que estes problemas sejam de fato solucionados.

No caso específico da legislação anti-drogas em vigor, pode-se apontar o crescimento desenfreado do tráfico, que se viu ainda mais fortalecido com o abrandamento da pena para o usuário. Este quadro atual é fruto desta legislação simbólica, que não se definiu por nenhuma teoria ou política específica com relação ao tratamento dado às drogas. Sem dúvida, o fato da quase “descriminalização” do uso foi um grande avanço, porquanto o Estado não tem direito de interferir de tal maneira nos

direitos fundamentais do cidadão, como defende Robert Alexy²¹⁹, a ponto de criminalizar uma conduta que só gera efeitos ao próprio agente.

No entanto, a nova lei não conseguiu se beneficiar por completo desta nova teoria, eis que não criou os pressupostos mínimos para a efetivação desta. Neste caso, se está se descriminalizando o uso, o pressuposto para a efetivação seria a possibilidade de o usuário adquirir o produto com segurança para o seu consumo, pois do contrário, o tráfico (que deveria ser o vilão principal ao invés das drogas) é quem sai fortalecido, pois comercializa um produto que não tem restrições reais ao seu uso, sem que este seja tributado ou fiscalizado.

Portanto, para que se atingisse um grau de efetividade na lei e que ainda tivesse o poder de solucionar o *problema social* de forma real, ou ao menos minimizar os seus danos, seria necessária a adoção de medidas pelo Estado de comercialização controlada destas substâncias.

O que se atingiu em outros países por meio deste modelo já foi comentado anteriormente. Primeiramente, levaria à bancarrota o tão lucrativo tráfico de drogas, diminuindo consideravelmente o poder do crime organizado. Segundo, o Estado poderia ter o controle sobre os usuários e teria inclusive a possibilidade de traçar um perfil do usuário, buscando mais adiante trabalhar no problema verdadeiro, a razão que leva alguém a utilizar tais substâncias, que pode ter cunho medicinal, recreativo ou ser fruto de alguma patologia por exemplo. Ainda, o Estado teria a oportunidade de arrecadar dinheiro com impostos e venda destas substâncias, contrariamente aos milhões gastos até o momento em vão na repressão amplamente fracassada.

Estes recursos poderiam então ser reinvestidos em educação e conscientização da população a respeito das drogas, aí sim atendendo aos princípios e objetivos explicitados na lei, o que sem dúvida reduziria o seu consumo, como já foi provado internacionalmente.

Sendo assim, a grande problemática da legislação simbólica reside no fato de que ela não ajuda, e como se não fosse o bastante, ainda atrapalha a solução dos problemas sociais, os quais deveriam ser a prioridade dentro das sociedades.

²¹⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. P. 38

Importante ressaltar também o fato de que as legislações simbólicas podem ser um “tiro pela culatra”, pois como afirma Neves, à medida que se amplia extremamente a falta de concretização normativa dos diplomas normativos, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado, fazendo com que a autoridade pública caia cada vez mais em descrédito²²⁰, movimento este que já pode ser percebido dentro da sociedade brasileira.

²²⁰ NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 188

CONCLUSÕES

Com base em todo o exposto, pode-se concluir que a política empregada atualmente em grande parte do mundo e em parte ainda no Brasil, de proibição do consumo de drogas apresentou-se como um verdadeiro fracasso para se atingir o fim de redução da oferta e da demanda a que tinha se proposto. Mais que isso, não restam dúvidas quanto ao prejuízo trazido por tal tipo normativo, graças a sua completa incapacidade para resolver os problemas sociais para os quais foi formulado.

Sendo assim, a proibição pela criminalização da conduta não seria um meio idôneo e necessário para se atingir o fim buscado, fato este que afastaria a possibilidade de criminalização por conta da intervenção nos direitos fundamentais do cidadão. Conclui-se da mesma forma que uma legislação que proíba uma conduta fundada em um ideal de excelência pessoal, ou em ideais paternalistas ou mesmo moralistas não são razoáveis e não podem ser aceitas em face dos direitos fundamentais.

Ainda, conclui-se que o pano de fundo da sociedade de risco e da criminalização da pobreza são fatores relevantes para a manutenção da proibição, fatores estes que acabam por impedir novas abordagens ao problema, seja por desinteresse econômico, seja pela constante busca de segurança pelos incluídos e conseqüente imposição de exclusão para os excluídos.

Com relação à situação brasileira, conclui-se a lei 11343/06 representa uma nova política na seara das drogas, acompanhando o movimento iniciado na Europa, mais precisamente na Holanda, que visa o tratamento e a reinserção social do usuário de drogas ao invés da repressão e da marginalização, tratando o usuário como caso de saúde pública e buscando meios para sua recuperação.

Conclui-se da mesma forma que a doutrina nacional não aceita a tese de descriminalização da conduta do usuário, sendo este o entendimento majoritário, assim como o entendimento da Suprema Corte brasileira, que optou pela tese da despenalização, não obstante a falta de sanção efetiva para o ilícito, bem como os diversos fatores teóricos que impediriam a criminalização de uma conduta deste tipo.

Pode-se notar também que a Lei trouxe inovações no tratamento dos dependentes, desde a aplicação de penas alternativas às privativas de liberdade, até a vedação da detenção do usuário, sem que no entanto fosse formado um sistema coeso e funcional baseado na separação de mercados, o que gerou uma construção normativa desarticulada, principalmente quando aplicada na prática.

Ao comparar-se a lei brasileira com a situação na Holanda, notou-se que a experiência holandesa atingiu resultados favoráveis, através da adoção de uma política mais branda e coerente, que possibilitou ao Estado que participasse do processo e portanto obtivesse maior controle sobre as substâncias tanto permitidas quanto proibidas, derrubando assim o principal argumento da teoria comunitarista.

Do mesmo modo, pode-se concluir que o Brasil também poderia se beneficiar de uma política ainda mais liberal com relação às drogas, principalmente no que diz respeito ao poder dos traficantes, eis que a simples liberação da maconha e sua conseqüente exploração pela iniciativa privada através de meios idôneos, diminuiria em 70% o poder financeiro dos traficantes. Portanto, esta é uma questão que deve ser analisada com especial atenção e parcimônia, já que além de controvertida é também de fundamental importância para a sociedade moderna.

Finalmente, conclui-se que a Lei 11.343/06 se enquadraria na definição de legislação simbólica conforme defendida por Marcelo Neves, eis que nela estão contidos e podem ser verificados os tipos de conteúdos caracterizadores para tanto.

As legislações simbólicas que permeiam o sistema jurídico, graças, talvez, à falência do sistema político ora vigente, trazem mais malefícios do que benefícios para a sociedade. No entanto, a população não percebe esse efeito, fruto talvez da grande desinformação da massa, que se contenta em ter leis mais severas, ainda que essas não gerem os efeitos esperados ou pretendidos. Porém, é dever das classes mais informadas da sociedade, trabalhar para mudar esta mentalidade, pois o objetivo principal da vida em sociedade é a paz e a segurança, e estas só poderão ser atingidas através da adoção de medidas efetivas para cada situação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOOD, Richard R. Pharmacy Practice and the Law. Jones & Bartlett Publishers.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. Epílogo a la Teoria de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARIAS, Enrique Desmond. Drugs & Democracy in Rio de Janeiro: Trafficking, Social Networks, & Public Security. The University of North Carolina Press: Chapel Hill, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1997

BAUMAN, Zygmunt. Comunidade. Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2003.

BRASIL. Lei 11.343/06. Publicada no D.O.U em 23 de agosto de 2006.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004

BONNIE, Richard; WHITEBREAD, Charles. The Marijuana Conviction. University of Virginia Press, 1974.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático). 4 ed. amp. e atual. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

CAULKINS, Jonathan Paul. (et al). How goes the “war on drugs”?: an assessment of U.S. drug problems and policy. RAND Corporation: Santa Monica, 2005.

FEINBERG, Joel. The moral limits of the criminal law. Harm to others. Vol. 1. Oxford University Press, 1986.

_____. The moral limits of the criminal law. Harm to self. Vol. 3. Oxford University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

GRINSPOON, Lester. M.D. Marihuana Reconsidered. Harvard Press Publishing.

_____.& **BAKALAR, James B., J.D.** (February 3, 1994). "[The War on Drugs—A Peace Proposal](#)": 357–360. [New England Journal of Medicine](#). Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/War_on_Drugs#cite_note-17> Acesso em: 12/05/08

_____. Drug Policy 1989-1990: A Reformer’s Catalogue. Harvard Press. Massachusetts: 1992.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

HAYEK, Friederich August Von. Os Fundamentos da Liberdade. Brasília; Ed. UnB, São Paulo: Visão, 1983

HEATHER, Nick. Psychoactive drugs and Harm Reduction: From Faith to Science. *In* International Conference on the Reduction of Drug Related Harm, 3, Melbourne, 1992. Whurr: University of Michigan, 1993.

HERER, Jack. The Emperor Wears no Clothes. 11 ed. Ah Ha Publish.: Califórnia, 2007

_____. How Marijuanan can Save the Economy. 1 ed. Ah Ha Publish: California, 2009.

HUDSON, Barbara. Justice in the risk society. SAGE publications: Londres, 2003;

KARAM, Maria Lúcia. De crimes, Penas e Fantasias. Niterói: Luam, 1991.

_____. A Lei 11.343/06 e os Repetidos Danos do Proibicionismo. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais (167). SP: IBCCrim, 2006.

LEUW, Ed; MARSHALL, Ineke Haen. Between prohibition and legalization: the Dutch experiment in drug policy. Kugler Publishing: New York/Amsterdam, 1994

LIEFF, Jonathan. More About the Drug Problem. *In* Social Science & Medicine. Vol. 8. ScienceDirect Online Services.

MACK, Alison; JOY, Janet Elizabeth. Marijuana as medicine?: the science beyond the controversy. National Academy Press: Washington D.C., 2000

MATHRE, Mary Lynn. Cannabis in Medical Practice: A Legal, Historical and Pharmacological Overview Of The Therapeutic Use Of Marijuana. McFarland & Company Inc. Editor: North Carolina, 1997

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Cardoso Moreira. Crimes de Perigo Abstrato. *In* Revista de Estudos Criminais. n.15. Sapucaia do Sul: PPGCCrim PUC, 2004.

ONU. Single Convention On Narcotic Drugs, 1961. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/single-convention.html>> Acesso em: 12/05/08

PLOTKIN, Mark J. Tales of a Shaman's apprentice: an ethnobotanist searches for new medicines in the Amazon rain forest. Viking Penguin Books: Nova Iorque, 1993.

PORTER, Roy; TEICH, Mikulas. Drugs and Narcotics in history. Cambridge University Press: Cambridge, 1995

ROSENTHAL, Ed. Why marijuana should be legal. Ideal Publishing. Nova Iorque, 1996.

RUGGIERO, Vincenzo. Crimes e Mercados: Ensaios em Anticriminologia. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7 ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTIAGO NINO, Carlos. La Constitucion de la Democracia Deliberativa. Gedisa.

SILVA JR, Edison Miguel. Lei 11.343/06: procedimento policial nos crimes de posse de droga para uso próprio. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1682>>. Acesso em: 31/05/2009

STEINMETZ, Wilson Antonio. Colisao de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THOREAU, Henry. Desobedecendo: A desobediencia civil & outros escritos. São Paulo: Ed. Rocco, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.