



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HUGO MACÊDO TORRES

**A SELETIVIDADE PENAL DO PROIBICIONISMO ÀS
DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O CONTROLE
SOCIAL EXERCIDO SOBRE AS DROGAS.**

Salvador
2016

HUGO MACÊDO TORRES

**A SELETIVIDADE PENAL DO PROIBICIONISMO ÀS
DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O CONTROLE
SOCIAL EXERCIDO SOBRE AS DROGAS.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

HUGO MACÊDO TORRES

**A SELETIVIDADE PENAL DO PROIBICIONISMO ÀS
DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O CONTROLE
SOCIAL EXERCIDO SOBRE AS DROGAS.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

Ao meu pai e minha irmã, alicerces da
minha vida.

À minha mãe (*in memoriam*), quem me
ensinou a amar e a ser humano.

À Daniela, minha companheira e
melhor amiga.

Aos meus amigos, devotos e
incansáveis em seu apoio a mim.

AGRADECIMENTOS

Neste momento de superação e transição ofereço o meu agradecimento à minha família, amigos e mentores. Ao meu pai Eutímio, a base da integridade, honestidade e honradez de minha vida, um verdadeiro guerreiro, amoroso, que esteve presente em todos os momentos, principalmente nos mais difíceis. À minha mãe Débora (*in memoriam*), a quem devo tudo e o que restar, pelo amor e devoção incondicionais, pela guiança que me foi proporcionada nesta vida e principalmente pela empatia sincrônica. À minha irmã Lara, por ser o fruto do amor de nossa família e pelo carinho e cumplicidade de todos os dias. Aos meus avós, Zenita, Edvaldo, José e Edna. Gostaria de agradecer também ao professor Daniel Nicory, pela sua incansável paciência, sinceridade e humildade. À Daniela, minha companheira, pelo amor que compartilhamos, personificação da alegria em minha vida, por me aturar e por acreditar nas minhas capacidades. Aos meus sogros, Antônio Carlos e Alzira Maria por verdadeiramente terem me acolhido e amado como um filho. Aos meus amigos que sempre me apoiaram e foram importantes alicerces em minha jornada, especialmente a Luísa, “Rafinha”, “Suki” e Victor, que se fizeram presentes nessa reta final, me fazendo enxergar o mundo de outra forma, me incentivando e torcendo por mim, de modo que sem eles este trabalho não teria se concretizado.

“Sorria silenciosamente, suavemente, ternamente, talvez com bondade, talvez com ironia,
assim como outrora sorria o Sublime”.

Herman Hesse

RESUMO

Diante da implementação de um sistema de proibição a determinadas drogas, o presente trabalho se propõe a identificar e atacar os fundamentos teóricos e ideológicos que amparam a proscricção, bem como investigar as consequências da adoção dos paradigmas proibicionistas no controle social exercido sobre as drogas. Desenvolve uma análise sobre os aspectos jurídicos e ideológicos postos pela proibição, contemplando a construção dos principais tipos penais da Lei de Drogas, de modo a estudar os mecanismos mais problemáticos ao processo de encarceramento e violência perpetrados pela sistemática proibitiva, que termina por ocasionar diversos danos ao bem jurídico saúde coletiva, valor que justamente se propõe a proteger. Dentro de uma perspectiva da criminologia crítica, aborda o controle social realizado pelos discursos sobre a criminalidade, bem como identifica a ocorrência da seletividade penal na sociedade por meio de um processo de ocultamento da verdadeira realidade criminal e estigmatização dos alvos penais. Dessa forma, é efetivada uma análise sobre como os reais fundamentos proibitivos proporcionam uma seleção da clientela penal de drogas, legitimando a manutenção da organização social e econômica por meio da marginalização e criminalização dos estratos mais vulneráveis da sociedade. Neste processo, a pretensão de defesa do bem jurídico saúde pública fica prejudicada diante da predominância dos interesses econômicos e morais que se ocultam à lógica repressiva da proibição. Assim, é proposto um modelo alternativo para enfrentamento do problema, de modo a viabilizar a proteção da saúde pública ao mesmo tempo que se rompe com os processos de violência e desigualdade social perpetrados pelo estado de ilegalidade no comércio de drogas.

Palavras-chave: Seletividade Penal; Controle Social; Proibição; Drogas; Direito Penal; Criminologia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
art.	Artigo
CBD	Canabidiol
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
Des.	Desembargador
DP	Direito Penal
DSN	Doutrina de Segurança Nacional
EUA	Estados Unidos da América
FIOCRUZ	Fundação Oswaldo Cruz
GAERPA	Grupo de Atuação Especial de Repressão e Prevenção Previstos na Lei Antitóxicos
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LICP	Lei de Introdução do Código Penal
LSD	Lysergsäurediethylamid
MDS	Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário
Min.	Ministro
MP	Ministério Público

OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PNPCP	Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária
RE	Recurso Especial
SENAD/MJ	Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da
Justiça	
SIPRI	Stockholm International Peace Research Institute
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DROGAS E PROIBIÇÃO	13
2.1 AS DROGAS E A RELAÇÃO COM O SER HUMANO	18
2.2 EVOLUÇÃO DO PROIBICIONISMO E SEUS DISCURSOS	20
2.3 A POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS NO BRASIL	30
3 O SISTEMA PROIBICIONISTA NO BRASIL	33
3.1 O USUÁRIO	37
3.2 O TRAFICANTE	49
3.3 O BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA E O PROIBICIONISMO	59
4 SELETIVIDADE PENAL E O CONTROLE SOCIAL	66
4.1 CRIMINOLOGIA E CONTROLE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	67
4.2 CIFRAS OCULTAS: DETURPANDO A CRIMINALIDADE	75
4.3 TEORIA DO ETIQUETAMENTO (LABELING APPROACH)	77
4.4 CONTROLE SELETIVO	82
5 SELETIVIDADE NA PROIBIÇÃO ÀS DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PROIBIÇÃO COMO PARADIGMA DE CONTROLE SOCIAL	87
5.1 A PROIBIÇÃO COMO CONTROLE SOCIAL DE DROGAS: A INEFICÁCIA DO INCOERENTE SISTEMA REPRESSIVO	87
5.2 A SELETIVA PROIBIÇÃO: MARGINALIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE	94
5.3 UM CONTROLE DE DROGAS ALTERNATIVO	98
6 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

É relevante observar que não é possível fixar com precisão o início da relação humana com as drogas. Dentro das mais diversas finalidades o ser humano se utilizou das substâncias com que se deparava para fins medicinais, ritualísticos, aromáticos e principalmente recreativos, incorporando o uso de suas qualidades químicas e biológicas no seu dia a dia.

Ocorre que, na história recente da humanidade é possível identificar a propagação de discursos contrários ao uso e circulação de certas substâncias, o que terminou por disseminar no mundo uma cultura de proibição a apenas uma parte das drogas. Esse movimento de proscrição chega ao Brasil e seu desenvolvimento termina por estabelecer uma dinâmica repressiva extremamente nociva para a sociedade, mais especificamente a parcela mais vulnerável desta.

Assim, procura-se identificar e enfrentar os fundamentos teóricos e ideológicos que sustentam esta realidade geradora de um encarceramento em massa de um agrupamento específico de pessoas, bem como apontar as consequências da adoção dos paradigmas proibicionistas no controle social exercido sobre drogas.

Dessa maneira, partindo do pressuposto de não ser viável o delineamento preciso do início das primeiras reticências e proibições ao uso de drogas, o presente trabalho monográfico se propõe a identificar quais os fundamentos que legitimam a manutenção da proibição das drogas ilícitas. Propõe-se a analisar e compreender as origens de tais fundamentos e a razoabilidade na manutenção destes como alicerce de uma política proscritiva de “Guerra às Drogas” no exercício do controle social, que termina por atuar de forma seletiva.

Também procura explorar os fenômenos que contribuem para a instauração de um regime seletivo dos alvos penais, especificamente aos alvos perseguidos por delitos relacionados às drogas. Assim, pauta-se na tentativa desconstruir a lógica instaurada de repressão dentro de uma perspectiva crítica sobre os fenômenos do crime e da criminalidade, para assim identificar quais os caminhos mais efetivos na reversão ou amenização desse processo de seleção e estigmatização de parcela da sociedade.

É imperioso ressaltar que a ambição científica deste, bem como de todo o estudo monográfico, em que pese abordar os riscos e danos causados pelas drogas legais e ilegais, não o faz com o intuito de aprofundar aspectos biológicos, farmacológicos ou medicinais destas. A partir de um ponto de vista multidisciplinar, mas se atendo basicamente à Criminologia Crítica e ao Direito Penal, serão contemplados os aspectos jurídicos, morais, econômicos e sociais envolvendo a relação humana com as drogas, bem como as consequências da adoção de determinadas premissas como estandartes desta relação.

Partindo da moral edificada ao redor da terminologia e do tema, o Capítulo 2 inicialmente traça a identificação dos valores morais ocultos no termo, para posteriormente desmitificar o processo de demonização sobre a droga. A fim de identificar a base ideológica que legitimou a proibição seletiva de determinadas substâncias, estabelece uma análise histórica sobre o processo de transnacionalização e evolução dos discursos proibitivos e da maneira como estes terminaram por consolidar no Brasil (e no mundo) um modelo unificado de repressão no combate à droga, criminalizando-a. Segue então apontando a opção brasileira na adoção de uma política de drogas pela via penal, em detrimento de outros meios menos agressivos.

O Capítulo 3 por sua vez estabelece um estudo sobre o sistema proibicionista no Brasil e sua legitimação jurídica, analisando especificamente os dois tipos mais relevantes da Lei 11.343 de 2006, porte para consumo e tráfico. Realizando um exame sobre as duas figuras, procura identificar as condições jurídicas criadas que terminam por ocasionar uma tendência na aplicação do crime de tráfico em detrimento do porte para consumo, e, conseqüentemente um processo de aumento da população carcerária. Por fim, é realizada uma investigação sobre o bem jurídico saúde pública como fundamento da proibição e da contradição estabelecida pela condição de criminalidade.

Tomando como referência uma perspectiva crítica, o Capítulo 4 se vale da evolução da criminologia para realizar uma análise sobre o controle social feito sobre a criminalidade, contemplando os pressupostos e ideologias utilizadas na atribuição do caráter criminal às condutas. Desse modo, segue explorando a ocorrência fenomenológica das Cifras Ocultas e da teoria do Labeling Approach identificando o

funcionamento disfuncional do sistema penal e da compreensão sobre a criminalidade, para que se possa identificar a seletividade penal e seu funcionamento como controle social.

Por fim, no Capítulo 5, é realizado um diagnóstico sobre a problemática consequente da adoção de um modelo proibitivo e repressivo às drogas, identificando os discursos ideológicos que se ocultam na proibição como forma de controle. Assim, contempla-se a seletividade penal do sistema proibicionistas instaurado ressaltando a as consequências deste fenômeno.

2 DROGAS E PROIBIÇÃO

A definição terminológica de droga é um desafio a ser enfrentado, de modo que deve necessariamente ser levado em consideração o fato de que é este um termo dotado de uma pluralidade de significados. Aí reside, portanto, a maior dificuldade em analisá-lo.

Inicialmente, se destaca a ideia de Vincenzo Ruggiero, citado por Katie Argüello e Mariel Muraro:

A palavra 'droga' carrega consigo uma noção de norma e de proibição; ela faz alusão a algo que devemos manter distância: indica uma separação social. Por essa razão, 'droga' não é um conceito descritivo, mas avaliativo: é uma senha que implica automaticamente uma proibição. (2015, p. 323)

Assim, se torna evidente a necessidade de desconstrução da concepção já formada e arraigada que, por muitas vezes, acaba por vincular o termo “Droga” à questão da ilegalidade ou da proibição.

A adoção de normas proibitivas para determinadas substâncias ou plantas, relegando estas à marginalidade, bem como de posturas persecutórias e combativas, como será visto mais a frente, é uma opção política tomada em relação a determinados elementos do reino vegetal e seus derivados. Essa “contaminação” moral da noção de droga acaba por não permitir uma abordagem imparcial da busca pela definição, afastando uma análise mais clara e isenta de parcialidade. Assim, no presente trabalho monográfico, se faz necessário afastar a generalização do termo Droga como algo necessariamente ilegal ou prejudicial à sociedade ou aos indivíduos em particular.

Neste propósito, é imperioso ressaltar que habitualmente se ignora a existência dos “Alimentos-drogas”, itens de uso diário que, por sua capacidade de atuação no corpo humano, também podem ser assim classificados, tais quais o Açúcar, Chás, Café e o Chocolate (MINTZ *apud* VARGAS, 2008, p.41-42).

Diariamente tais drogas são utilizadas para permitir um melhor desempenho no trabalho ou nos estudos, por exemplo, ou para modular o sabor de outros alimentos. São utilizados, ainda, pelo caráter recreativo, atuando diretamente no humor, disposição e funcionamento corporal. Contudo, o fato é que, mesmo sendo consideradas drogas, terminam por não padecer de controle algum no seu comércio ou consumo.

De igual maneira, analgésicos, antigripais, expectorantes, laxantes e outros muitos remédios são facilmente adquiridos e consumidos sem enfrentar, entretanto, a mesma supervisão no que diz respeito à comercialização. Tal fenômeno se repete com suplementos nutricionais, fitoterápicos, energéticos e outros estimulantes naturais, sendo que todos intervêm no funcionamento corpo humano, proporcionando os resultados físicos ou emocionais desejados pelos usuários.

Também é válida a preocupação em analisar a abordagem diferenciada no caso de outras substâncias, ao passo que se observa a forma como Álcool e Tabaco são tratados. Estes dois elementos são profundamente imersos e difundidos na sociedade contemporânea, e, como aponta pesquisa publicada no respeitado periódico médico britânico, The Lancet, causam inclusive mais danos do que muitas das substâncias e plantas proibidas pelas convenções internacionais e regramentos nacionais (NUTT, KING, PHILLIPS, 2010, p.4-6).

Contudo, ainda assim, socialmente é perceptível o desinteresse em associar a noção de Álcool e Tabaco como drogas, no sentido de lhes isentar do peso da ilegalidade que recai sobre outras substâncias comprovadamente menos prejudiciais à saúde. Convém então trazer o que o dicionário Houaiss, desenvolvendo um rol de significados para a terminologia Droga, define como:

1 FARM qualquer substância ou ingrediente us. Em farmácia, tinturaria, laboratórios químicos etc <d. farmacêuticas> <d. aromáticas> 2 p.met. m.q. DROGARIA 3 qualquer produto alucinógeno (ácido lisérgico, heroína etc.) que leve à dependência química e, p.ext., qualquer substância ou produto tóxico (fumo, álcool etc) de uso excessivo; entorpecente <o problema da d.> <os efeitos da d.> 4 p.ext. qualquer substância que leve a um estado satisfatório ou desejável (o que tira a dor, emagrece etc.) <toma qualquer d.

para ficar com aparência que almeja> 5 p.ext especiaria, planta medicinal e, p.ext qualquer mercadoria de procedência oriental 6 p.ext. desing. genérica das ações (criminais, sociais, econômicas etc.) e dos efeitos de sua venda e consumo <o combate à d.> <o submundo da d.> 7 p.ext.infrm. bebida ou comida de má qualidade e que pode fazer mal, ou remédio de gosto ruim <serviram uma d. no casamento, dizendo que era vinho> <não aguentou comer aquela d. no almoço> 8 fig. Algo que atraia, apaixone, intoxique o espírito <o trabalho, como uma d., irremediavelmente o absorveu> 9 fig.infrm. o que não é confiável; falsidade, mentira <o traidor só falou d.> 10 fig.infrm. qualquer ato, produto ou objeto de pouco valor, insignificante <não pode fazer sucesso, só compõe d.> <vimos um d. no cinema> 11 TEXT infrm. tecido grosseiro de lã, algodão etc., ger. vindo do Oriente... 12 indivíduo que costuma proceder mal <aquele sujeito é um d.> 13 m.q. DIABO... 14 manifestação de impaciência irritação (esp. Contra algo que atrapalha ou não funciona bem) <que d.> <d., nada dá certo> (2007, p. 1085) (grifos nossos)

Analisando os conceitos trazidos pelo Houaiss, além do tom pejorativo contido em muitas das definições (associando o termo à má qualidade, falsidade, mentira, diabo), é curioso notar que ao fazer referência às substâncias alucinógenas, estas são fadadas a serem causas de dependências químicas. Porém, ao referir-se às substâncias ou produtos tóxicos, exemplificando expressamente com “fumo, álcool etc”, o dicionário, além de levantar a característica do entorpecer, se limita a condicioná-lo como de uso excessivo.

Apesar do fato de que os estudos realizados por David Nutt, Leslie King e Lawrence Phillips, afirmarem que o álcool e o tabaco possuem capacidades de causar dependência maior do que algumas drogas proscritas, como o Ecstasy, LSD (Lysergsäurediethylamid), Cogumelos e a Cannabis (há uma ressalva quanto a cannabis, que apresenta praticamente o mesmo “índice de dependência” que o álcool) (2010, p.6), não se questiona neste trabalho a capacidade de adição e nocividade das substâncias alucinógenas e outras drogas, mas se aponta para a significativa diferença no tratamento social e institucional direcionado às diferentes drogas.

Nesta perspectiva, se abre o espaço para a interpretação do fumo e do álcool como drogas, na acepção pejorativa do termo, apenas quando ligadas à expressão “de uso excessivo”, condicionando esta acepção ao abuso de tais substâncias. Haveria, então, um processo de transformação do tabaco e do álcool de elementos “normais” para droga apenas quando estes passam a se tornar um problema.

As questões relacionadas ao tratamento diferenciado entre as substâncias lícitas e ilícitas será alvo de estudo em momento mais oportuno, por isso, aqui se reafirma o

esforço em dissociar da construção conceitual e social da ideia de Droga a necessária condição de ilegalidade destas.

Visto o exposto, é preciso ressaltar que o uso jurídico da terminologia “droga” é recente, mais precisamente com o advento da Lei de Drogas (Lei de 11.343/06), uma vez que os regramentos anteriores (Lei 6.368/76 e Lei 10.409/02) utilizavam predominantemente a expressão “substâncias entorpecentes”. (BIANCHINI et alli., 2013, p.31).

O ordenamento jurídico pátrio, por meio da Lei de Drogas, define em seu art. 1º, como tal, “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” (BRASIL. Lei nº11.343, 2006)

Sendo o referencial legal no tratamento das substâncias ilícitas, a Lei 11.343/06 se limita a sedimentar a ideia de substâncias que acarretam em dependência, sem maiores especificações, não trazendo em si uma definição exata do conceito de droga, remetendo tal atribuição às autoridades administrativas, estas pertencentes ao Poder Executivo. (PRADO, 2013, p.33-34).

Com isso, como assinala Daniel Nicory do Prado, o complemento da norma penal em branco contida na Lei nº 11.343/06, que termina por estabelecer a definição do conceito de droga, bem como a seleção de quais devem ser consideradas ilícitas, resta delegada à Portaria de nº 344/98 da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, hoje extinta, sucedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (2013, p.34).

Em análise a tal portaria, o conceito de Droga é adotado como “Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária” (art. 1º). Traz, em verdade, e por influência das convenções internacionais, principalmente a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a definição de “entorpecente”. Este, em que pese ser habitualmente utilizado como sinônimo de droga, termina por ser apresentado como “Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.” (BRASIL, Portaria nº 344 da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, 1998, art. 1).

Bem verdade, as listas a que se refere a citada portaria, tratam das substâncias sujeitas ao controle pelo Estado, não sendo possível, portanto, alcançar a um conceito específico somente com os elementos apresentados.

A Convenção Única sobre Entorpecente (1961), incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 54.216/64, também não traz uma definição para o termo droga. Trabalha, na verdade, com o termo “entorpecente”, sendo este, definido como “toda substância natural ou sintética que figure nas listas I e II” (BRASIL, 1964).

Diante do exposto, e em face às definições conceituais apresentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional, bem como do conceito formal linguístico (aqui representado pelo dicionário), é possível chegar a duas conclusões. A primeira é a de que a definição do termo Droga, em regra, é desprovida de elementos que sejam suficientes ao enquadramento de todas as substâncias assim consideradas.

Essa inexistência de critérios uniformizadores para os variados conceitos de drogas conduz à preocupação social para as drogas lícitas tão somente quando se trata de hipóteses ligadas ao abuso na utilização destas e, só assim é que se atenta para a questão da dependência e de outros problemas relacionados. Por outro lado, é constante a associação das drogas proscritas à dependência e outras mazelas de saúde e sociais, sendo estas comumente utilizadas como justificativa para a proibição na utilização e comércio de determinadas substâncias. Tais argumentos, no entanto, não se sustentam ante a já afirmada lesividade das drogas que não são proibidas pelo Estado, a exemplo do álcool e do tabaco.

A segunda conclusão possível é a de que a carga negativa trazida pela terminologia, sempre associada à proibição, à ilicitude, não é passível de ser explicável ante a semântica. É o que se nota:

A palavra *droga* não pode ser definida corretamente porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, inclusive em sua “capacidade de alterar as condições psíquicas e/ou físicas”, que têm em comum exclusivamente o fato de “haveram” sido proibidas. Por outro lado, a confusão aumenta quando se compara uma série de substâncias permitidas, com igual capacidade de alterar essas condições psíquicas e/ou físicas, mas que não se incluem na definição de droga por razões alheias à sua capacidade de alterar essas condições, como por exemplo o caso do álcool (SIC) (GRINSPOONT apud OLMO, 1990, p.22)

Para tanto, o presente trabalho, com o intuito de adotar um conceito desprovido de valorações morais que possam influenciar ou confundir a abordagem do tema, se utiliza da definição farmacológica trabalhada pela Organização Mundial da Saúde, através do “Lexicon of alcohol and drugs term” (OMS, 1994), qual seja “any chemical agent that alters the biochemical or physiological process of tissues or organisms”, em uma tradução livre, afirma que droga é qualquer agente químico que altere o processo bioquímico ou fisiológico de tecidos ou organismos.

Partindo de tal premissa, faz-se imperiosa a adoção das expressões “lícitas” e “ilícitas” no referir aos diferentes tipos de drogas, ressaltando que a ilicitude não é inerente ao termo ou às substâncias, mas são tão somente qualificações atribuídas e passíveis de variação a depender do ordenamento jurídico.

2.1 AS DROGAS E A RELAÇÃO COM O SER HUMANO

Sem recorrer a fontes exteriores à própria mente, é difícil apontar ou mesmo recordar, no decorrer da história da humanidade, a existência de ao menos uma sociedade que tenha existido sem o consumo e produção de substâncias entorpecentes ou de outras drogas. Talvez pela própria condição humana de vida em sociedade, os indivíduos recorrem aos estupefacientes pelo mais variados motivos, sejam eles por razões religiosas, por prazer ou por costumes sociais, as justificativas são inúmeras.

Aqui não se quer fazer entender que esta relação entre os seres humanos e as drogas foi sempre pacífica. Fato é que, independente das motivações que levem o indivíduo a consumir determinada substância, parece se estabelecer quase uma relação de simbiose entre estes, de maneira que ambos sobrevivem no percurso do tempo, através do auxílio mútuo.

Não é por menos que o psicofarmacólogo Ronald K. Seigel, citado pelo antropólogo Edward MacRae, desenvolveu uma teoria que se refere como sendo uma condição do próprio ser vivo o impulso para o entorpecimento. Condição esta, que seria “tão importante e imperativo quanto as necessidades de satisfazer as necessidades da fome, da sede e do sexo.” (SIC) (2001, p.3)

Vivendo como nômade, ou mesmo após se fixar em determinados pontos do planeta, ao interagir com o meio ambiente, se alimentando, experimentando e observando, é certo que o ser humano tenha se deparado com elementos da própria natureza capazes de alterar o estado de consciência. A descoberta da utilidade de determinadas substâncias, bem como de suas fontes, precede à escrita, não sendo possível, portanto, determinar precisamente a origem desta relação humana com as drogas.

Contudo, mesmo que rastros históricos remontem o uso do cânhamo como fibra desde o período neolítico (somente denominada "*Cannabis Sativa*" em 1753), o uso desta planta, por suas propriedades entorpecentes ou por sua utilidade física, é observado, seguramente, há mais de dois mil anos entre os seres humanos. (FRANÇA, 2014, p.7-9)

Da mesma forma que não se pode precisar exatamente o momento certo em que as drogas começaram a ser utilizadas pelos humanos, não é possível também assegurar o início das objeções a estas pela sociedade. Nas palavras de Salo de Carvalho:

A origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente moralizador e normalizador, sua origem é fluída, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável. (2014, p.58)

Portanto, não cabe aqui no presente estudo, a persecução da real origem dos primeiros embargos às drogas, mas a constatação de que mesmo estando presentes por muito tempo no imaginário e na vida humana, as drogas não foram sempre aceitas com unanimidade.

É natural que a aceitação ou não de determinados comportamentos, dentro de uma sociedade, seja alicerçada por uma conjuntura de valores, estes, que na perspectiva de Foucault, estruturam a própria organização social, formando, assim, o discurso estabelecido para aquela sociedade, ou seja, os princípios dominantes que irão estabelecer os mecanismos de exclusão daquela sociedade. (2003, p.8-9).

Em que pese não seja possível afirmar com precisão o início das objeções às substâncias entorpecentes, se evidencia, não só conceitualmente, mas também socialmente, uma poderosa carga moral no tom das reticências. Nesse contexto, a resistência moral-religiosa desempenhou forte influência, permitindo que doutrinas e

filosofias abstêmias sustentassem discursos contrários ao consumo das drogas, especialmente quando estas atingiam status de dominação social e instauravam discursos hegemônicos:

A cristinização do Império Romano levou ao colapso das antigas noções pagãs sobre a neutralidade da droga, a ebriedade sóbria, a automedicação e a fronteira entre moral e direito. Os sacerdotes da nova religião do estado passaram a perseguir os praticantes de cultos vistos como rivais, tentando obliterar qualquer traço de suas antigas crenças e práticas, incluindo aí sua vasta farmacopéia. (MACRAE, 1986, p.7)

Diante de um discurso moralizador, imposto pelo novo dogma moral-religioso que se estabeleceu, se desenvolveu o que possivelmente foi o embrião do processo de proibição às drogas no Ocidente. A gestação de tal discurso, ligada à ideia de expiação, remissão dos pecados através do sofrimento, do sangue, da dor, possibilitou o desenvolvimento de um verdadeiro estigma sobre as substâncias que proporcionavam o alívio de dores e sofrimentos. (MACRAE, 1986, p.7)

Observa-se então, que o assunto das “Drogas” é permeado por uma tonalidade moral muito intensa, não só quanto à noção do que eventualmente seriam as drogas, mas também no próprio estabelecimento da relação com os seres humanos. É nessa conjuntura que se delinea o presente estudo, se valendo de conhecimentos criminológicos, político-criminais e jurídico, para analisar o que hoje se apresenta como a política de drogas no Brasil.

2.2 EVOLUÇÃO DO PROIBICIONISMO E SEUS DISCURSOS

Como já suscitado, o desenvolver das proibições às drogas está intimamente ligado à ordem moral, e, com o desenrolar da história da humanidade diversos mecanismos de controle surgiram. A relevância do presente estudo se mostra ao passo em que hoje, o que se evidencia ter iniciado com conjecturas morais, é sedimentado na sociedade global como uma verdadeira política internacional de proibição. Faz-se imperioso demonstrar, então, o surgimento e desenvolvimento da cultura do proibicionismo institucional às drogas, e sua consolidação como política transnacional na lida com determinadas substâncias.

No Brasil, ainda quando colônia Portuguesa, as Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX) já faziam referência à proibição de certos “venenos”. De forma bem

limitada, citando apenas algumas substâncias (“opio”, “rosalgar branco, vermelho e amarelo”, “solimão”...), o acesso a tais “venenos” foi restrito aos que exerciam a prática boticária, de maneira que estes dependiam da concessão de licenças para o exercício da profissão (CARVALHO, 2014, p.59-60).

Durante o fim do século XVIII e início do século XIX, paralelamente a evolução do capitalismo, o mundo vivenciou uma expansão e desenvolvimento da farmacologia e da medicina experimental, o que acarretou na descoberta de uma série de substâncias elaboradas quimicamente. Tais substâncias possibilitaram o tratamento de doenças e foram, e ainda são, armas utilizadas na busca pela sobrevivência humana.

Essas substâncias ao tempo em que acarretaram numa suntuosa gama de benesses, também vieram aliadas a uma série de efeitos colaterais danosos. A exemplo disso é que se observa a história da penicilina, que apesar de ter revolucionado o tratamento de infecções causadas por microrganismos, causou uma série de alterações na flora microbiana dos usuários. (VARGAS, 2008. p.51).

O desenvolvimento dos “saberes médicos-farmacológicos” e, com isso, a recente noção de um “problema das drogas”, permitiram às políticas proibicionistas legitimar seus fundamentos, se utilizando destas afirmações científicas. Isso, diante da divisão entre os termos Drogas e Fármacos, é um marco do processo que iniciou a separação entre as substâncias permitidas (geralmente ligadas à atuação médica) e as substâncias não permitidas (não médicas, apesar do álcool e do tabaco sofrerem controle significativamente mais brando, sem proibições absolutas) (VARGAS, 2008. p.54).

É apenas no Código Penal Brasileiro de 1890 que é retomada a criminalização de entorpecentes (que não foi objeto do Código Penal do Brasil Império, em 1830) (CARVALHO, 2014, p.60). Percebe-se em análise ao regramento do Decreto nº 847 de 1890, que o tratamento adotado já foi influenciado por fundamentos médico-sanitaristas, trazendo a ideia de higiene social ao tipificar condutas como a prática do curandeirismo (art. 158), falsificação e alteração de medicamentos e alimentos (arts. 163 e 164), o exercício sem habilitação da odontologia, da medicina, da farmacologia e outros (art. 156), e, “Expôr à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades ‘prescriptas’ nos regulamentos sanitários” (art. 159) (SIC) (BRASIL, Decreto nº 847, 1890).

O movimento de restrição às drogas, em sua perspectiva de internacionalização, foi encabeçado pelos Estados Unidos, que ocupando as Filipinas desde 1898, se fez reticente à “praga do consumo do Ópio” como uma forma de “preservar a saúde e a moral da tropa”, uma vez que o consumo do narcótico foi amplamente difundido na época (SCHEERER, 2004, p.107).

O ópio, extraído da planta da papoula, foi o protagonista de uma longa tensão na intervenção Britânica na China, esta, que, ao tentar controlar a propagação do consumo de tal narcótico em seu território, proibindo o comércio e consumo, se viu confrontada pelos interesses econômicos dos Britânicos. Os ingleses haviam estruturado um lucrativo negócio de produção e comércio de ópio na Ásia, e a proibição (com o confisco de estoques de ópio) terminou por ocasionar a “Guerra do Ópio” (que só viria a terminar oficialmente em 1860), da qual os Britânicos saíram vitoriosos e assim puderam impor uma série de demandas, como a entrega da ilha de Hong Kong e indenizações pela perda dos estoques confiscados, isto, sem a inviabilização do importante mercado consumidor Chinês (BATISTA, N., 1998, p.78).

Cinco décadas depois, as potências européias voltaram à China para tratar do tema do ópio, mas num contexto em franca transformação. A Conferência de Xangai, de 1909, o primeiro grande encontro internacional para discutir limitações ao comércio de ópio e seus derivados, foi organizado, para regozijo do governo chinês, por um novo aliado, afinado também à causa do livre mercado, mas com uma postura marcadamente restritiva no que dizia respeito às drogas: os Estados Unidos. (RODRIGUES, T., 2008, p.92)

Percebe-se, então, que o início da restrição formal às drogas, além dos aspectos morais previamente debatidos, também se fez por interesses político e econômico, principalmente dos norte americanos, que dirigiam grandes negócios internacionais e tentaram impor o controle médico às drogas, refutando o uso “hedonista” destas. Assim, como salienta Thaís Bandeira, no mesmo período histórico, dentro dos EUA (Estados Unidos da América), em 1919, por meio da 18ª Emenda Constitucional surge à imposição da “Lei Seca”, a proibição da produção, comercialização e transporte do álcool (2011, p.55).

A proibição ao álcool terminou por acarretar no desenvolvimento de um imenso aparato clandestino de produção, distribuição e comercialização, que funcionava para suprir um mercado existente, mas que naquele momento tonava-se ilegal. Por outro lado, a estrutura “burocrática-repressiva” teve de se agigantar na tentativa de suprir a demanda de ilegalidade e violência criada, bem como as dos indivíduos

marginalizados nesse processo (a exemplo dos negros, mexicanos, chineses e italianos) (RODRIGUES, T., 2002, p. 103).

Esta tentativa de controle sobre as drogas ligadas ao prazer, que viria a ser concretizada posteriormente, fez parte da estratégia de adequação dos acordos internacionais firmados pelos Estados Unidos às suas leis internas. Este discurso de ojeriza ao uso recreativo das drogas, que terminou por influenciar as discussões internacionais, era sustentado por muitos estratos sociais de “virtudes puritanas”, que se opunham à “imoralidade” e aos “vícios” que estas substâncias “traziam para a sociedade” (RODRIGUES, T., 2008, p.93).

O puritanismo foi um movimento moral, filosófico e religioso surgido na Europa dos círculos mais radicais da Reforma Protestante, principalmente na Inglaterra, que tendo migrado para os mais diversos países, chega ao “Novo Mundo” e acaba por encontrar nos Estados Unidos um solo fértil para a propagação de seus ideais de aplicação rigorosa das Escrituras Bíblicas (RESENDE, 2009, p.176-177). Por se considerarem escolhidos por Deus, professavam que todos os aspectos da vida e do conhecimento humano (filosofia, ciência, economia, política, etc.) responderiam ao único objetivo de ordem superior “a promoção da Glória de Deus, origem, razão e destino de tudo” (RESENDE, 2009, p.178-180).

Essa posição moralista e religiosa sobre a vida fundamentou e consolidou a ação de agrupamentos conservadores, em destaque da “Liga Anti-Saloon”, que clamavam amplamente pelo combate a dentre muitos outros costumes “corruptores” da sociedade, ao consumo do álcool (RODRIGUES, T., 2008, p.93). Dessa forma, o discurso interno dos EUA em relação às drogas começa a ser propagado pelo mundo, alicerçado em dogmas morais religiosos.

A Conferência de Xangai termina por não prosperar, tendo sido findada sem ter chegado a firmar qualquer acordo. Ainda que nenhum documento tenha sido assinado, o encontro foi responsável pelo desenvolvimento do esboço do que viria a ser o sistema de cooperação internacional sobre o controle de drogas, inspirando a Convenção sobre o Ópio, de 1912, que foi o primeiro documento internacional de controle de drogas em sentido estrito. O documento produzido limitava a produção, venda e uso do ópio e derivados, juntamente com a Cocaína, restringindo sua

utilização apenas para fins meramente “médico-científicos” (BOITEUX et alli, 2009,, p.24-25).

No Brasil, como salientado por Salo de Carvalho, apesar da adoção de posturas e normas proibitivas às drogas anteriores, “somente a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionistas sistematizada”. O sistema repressivo de drogas ilícitas termina por se consolidar inicialmente com o advento dos Decretos de nº 780/36 e 2.953/38, dando autonomia às leis criminalizadoras, com o Decreto-Lei 891/38, que incorpora no país o modelo internacional de controle aos entorpecentes, alinhado com a Convenção de Genebra de 1936 e com o Código Penal de 1940. (2014, p.61).

Com a 2ª Convenção sobre o Ópio, em 1925, se deu o início do sistema de monitoramento do comércio de drogas, como forma de harmonização do controle internacional (SCHEERER, 2004, p.107). Após tal período, alguns outros encontros foram realizados para a regulamentação internacional do uso e comércio das drogas (BOITEUX et alli, 2009, p.26). Contudo, foi somente com o advento da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, já sob a égide das Nações Unidas, que se consolidou de modo mais expressivo a “transnacionalização” do discurso proscritivo às substâncias estupefacientes (CARVALHO, 2014, p.65).

O advento da Convenção Única permitiu a instauração de um sistema internacional de controle sobre as drogas, principalmente quanto à “produção, distribuição e comércio”, tendo sido amplamente aceito na comunidade internacional. O tratado firmado em Nova Iorque, além ignorar relação cultural de determinadas substâncias para com certos povos e nações, como Peru e Bolívia, se propôs a estabelecer prazos para a erradicação do ópio (15 anos), coca e cannabis (25 anos) (BOITEUX et alli, 2009, p.26-27).

Diante disso foi possível observar um processo de imposição internacional acerca do tema das drogas, que desrespeita as características da regionalidade dos países compelidos a aderir, num movimento de imposição de políticas globais não necessariamente compatíveis com as realidades locais.

Assim é que “como em todo processo de universalização cultural e/ou econômico, os argumentos centrais para a repressão da delinquência passam a ser invocados de forma autônoma e distante das especificidades locais”, de tal forma que a

Convenção Única, urge como representação da mobilização arquitetada por “empresários morais e por movimentos sociais repressivistas”, diante da expansão do movimento da “contracultura” e de outros “movimentos de contestação”. Cumpre salientar que tais movimentos se valiam do “consumo da maconha e LSD, durante a década de sessenta” para protestar e confrontar contra as “políticas belicistas e armamentistas”. (CARVALHO, S., 2014, p.64-65)

Até este momento histórico, e diante da categorização de Carlos González Zorrilla sobre os três tipos de discursos (médico, cultural, moral), apropriada e desenvolvida por Rosa Del Olmo, os discursos eram voltados ao usuário (consumidor) de modo a viabilizar a propagação da proscricção a certas substâncias e matérias primas, numa de ordem discursiva médica, fruto de um modelo médico-sanitário, que se utilizava da ciência médica para a classificação do drogado como “doente” e a droga como o mal que ataca esse doente (vírus, epidemia, praga). Se estabeleceu, assim, um “estereótipo médico”, enfatizando a dependência dos usuários. (OLMO, 1990, p.23-24).

Uma análise da Convenção Única, sendo provavelmente o mais importante tratado internacional sobre as drogas, promulgado pelo Decreto nº 54.216 de 27 de Agosto de 1964 (PRADO, 2013, p.19), permite vislumbrar uma curiosa realidade, esta, na parte inicial de seu preâmbulo expressamente traz os dizeres:

As Partes, Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade, Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins, Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade, Conscientes de seu dever de prevenir e combater “êsse” mal... (SIC) (BRASIL, Decreto nº 54.126, 1964)

Neste ponto, além do reconhecimento de uma função social dos entorpecentes ao aliviar dores e sofrimentos, é possível extrair as duas principais características da proscricção às drogas de uso recreativo: a jornada moral, que acompanha essa linha de objeções desde os seus primórdios e a preocupação médico-sanitária, se consolidando também como jurídica, fundamento basilar da institucionalização da proibição pelo Estado moderno.

Como bem assevera Rosa Del Olmo, foi na década de sessenta, e se pautando nos modelos médicos-sanitaristas e ético-jurídico, que se propagou o discurso médico-

jurídico, um “híbrido” discursivo essencial para a consolidação da ideologia da diferenciação.

A distinção entre doente e criminoso separou consumidor e traficante, de modo que, na prática, isto firmou o tratamento discriminado para os “filhos de boas famílias”, usuários das substâncias proscritas, e, portanto, “necessitados de auxílio”, atribuindo para os pequenos fornecedores de drogas geralmente oriundos dos guetos termos como “vampiros”, instigadores e corruptores (1990, p.34).

Tendo o Brasil aderido à Convenção Única, esta só foi ratificada e promulgada no ano de 1964, respectivamente pelo Decreto Legislativo nº 5 e pelo Decreto nº 54.216 (PRADO, 2013, p.19). O referido ano fica notabilizado no estudo das políticas criminais brasileiras como “marco divisor entre o modelo sanitário e o modelo bélico”, o que não significou o completo abandono das operações e ideias sanitaristas na proscricção e combate às drogas. Essa mudança de paradigma, como sustenta Nilo Batista, é destacada pelo Golpe Militar ocorrido no Brasil nesse mesmo ano, e a consequente adoção de uma política belicista no trato aos inimigos do Estado (1998, p.84-85).

A transição de um modelo de proscricção para o outro não pode ser tratado de maneira completamente linear e objetiva. As feições das políticas criminais são incorporadas de acordo com o padrão estabelecido no discurso de poder governamental e econômico.

Com advento do Golpe Militar de 1964, e a institucionalização de um discurso ideologicamente belicista, são incorporados no sistema político criminal postulados do que se nomeia a “Doutrina de Segurança Nacional (DSN)” (CARVALHO, S., 2014, p.74-75). A militarização do discurso, neste momento legitimado pela ideia de uma suposta defesa da segurança nacional, corroborou para a manutenção da exclusividade do poder penal como política criminal.

Nesse sentido, nas palavras de Vera Malaguti, a repressão penal militarizada, principalmente ligada à política proibicionistas, se tornou ferramenta de controle social, auxiliado pelos meios de comunicação de massa, interiorizando os ideais de disciplina (inerente às estruturas militares) e uma realizando constante vigilância interna (1998, p.45).

Em 1971 foi realizada a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, “aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 90, de 05 de dezembro de 1972” e promulgada pelo Decreto nº 79.388, de 14 de Março de 1977. A Convenção de 1971 manteve o tratamento até certo ponto permissivo, principalmente no que se refere à manutenção da possibilidade de licitude das plantas e drogas ligadas a atividades religiosas (PRADO, 2013, p.21). Todavia, passaram a ser proibidas as substâncias psicotrópicas, que antes não estavam sujeitas à proscricção, dentre elas os “estimulantes, anfetaminas e LSD” (BOITEUX et alli, 2009, p.27).

Apesar de uma aparente abertura, o discurso proferido, em verdade, se tornou um pouco mais enrijecido. É o que se nota:

As partes, Preocupadas com a saúde e o bem-estar da humanidade; Observando, com preocupação, os problemas sociais e de saúde-pública que resultam do abuso de certas substâncias psicotrópicas; Determinadas a prevenir e combater o abuso de tais substâncias psicotrópicas; Determinadas a prevenir e combater o abuso de tais substâncias e o tráfico ilícito a que dão ensejo; Considerando que as medidas rigorosas são necessárias para restringir o uso de tais substâncias aos fins legítimos; Reconhecendo que o uso de substâncias psicotrópicas para fins médicos e científicos é indispensável e que a disponibilidade daquelas para esses fins não deve ser indevidamente restringida. (grifos nossos) (Decreto nº 79.388, de 14 de Março de 1977)

É possível perceber no preâmbulo o reiterado uso da palavra abuso, atitude esta que demonstra uma forte influência do discurso médico-sanitarista, em que teoricamente há preocupação voltada para as repercussões sanitárias e de saúde. Contudo, neste momento se iniciou um processo de deslocamento do foco do discurso, uma vez que se reconheceu a necessidade da adoção de “medidas rigorosas”.

A Lei nº 6.368/76, “acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais”, abriu espaço para o nascimento do, até então inédito, discurso jurídico-político no Brasil. Atuando principalmente na gradação das penas, a Lei de Drogas de 1976, diante do enfraquecimento do discurso médico-sanitário-jurídico, consolidou o modelo belicista como política oficial de repressão às substâncias ilícitas, o que terminou por endurecer o tratamento às condutas delitivas, especialmente para os traficantes. Este fenômeno foi fruto da “estratégia de globalização do controle penal sobre as drogas ilícitas”, estabelecida pela Convenção Única sobre Entorpecentes em 1961, e

consolidada pelo “Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas” de 1971 (CARVALHO, S., 2014, p.71-73).

Observando o comportamento do governo dos Estados Unidos, principalmente de Richard Nixon e George Bush, Salo de Carvalho ressalta que a imagem das drogas ilícitas (principalmente heroína e cocaína) foi trabalhada politicamente para, diante da opinião, estas se tornarem o “(novo) inimigo interno da nação” (2014, p.72). Por consequência lógica, sendo esses os escolhidos inimigos internos, aqueles que proporcionam a entrada das “perigosas” drogas ilícitas no país, haveriam de ser também considerados inimigos.

Com advento da Guerra do Vietnã e o gradual retorno para casa dos soldados americanos, intensificou-se o consumo de heroína nos Estados Unidos, droga antes restrita aos bairros pobres e guetos urbanos, mas que a partir de então passou a absorver membros e filhos da “classe trabalhadora” e ex-combatentes (OLMO, 1990, p. 39). Se fundamentou, desta maneira, o surgimento dos “inimigos externos”, os corruptores da nação americana. A consolidação desse estereótipo político-criminoso foi possibilitada pela adoção do discurso jurídico-político, e ambos os conceitos acabaram sendo exportados para além da fronteira americana, principalmente através das convenções internacionais. Nesse processo, os países “produtores”, ou melhor, países onde, ainda que ilegalmente, se produziam tais drogas, foram estigmatizados e responsabilizados pelo “desvirtuamento” da sociedade americana (OLMO, 1990, p. 41-43).

Ao avançar do século XX, as táticas de repressão às drogas consideradas ilícitas, foram ganhando cada vez mais destaques como política de combate à criminalidade. Maria Lucia Karam apontando a expansão do poder punitivo no final deste mesmo século, proporcionado pelos discursos de proibição e criminalização que globalmente se estabeleceu de “guerra às drogas” como política criminal, afirma que o aprofundamento destas tendências repressivas teria se dado com a Convenção de Viena, de 1988 (2007, p.131). Neste mesmo sentido:

Com objetivo declarado de uniformizar a descrição típica das ações ilícitas pelos estados signatários, a Convenção ampliou o alcance das chamadas “ofensas relacionadas com drogas”, pois além da incriminação do tráfico e do uso de drogas, determinou a previsão legal da proibição e apreensão de equipamentos e materiais destinados a uso na produção de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (precursores); a criminalização da incitação pública do uso e consumo de drogas; a punição da participação no crime de

tráfico; a associação, tentativa, cumplicidade e assistência para a prática deste tipo de delito. (BOITEUX et alli, 2009, p.30-31).

Em que pese o endurecimento no controle, como bem assevera Luciana Boiteux, restou possibilitado aos Estados-parte a condição de adequar a criminalização da posse de drogas consideradas ilícitas aos seus princípios constitucionais. Levando em consideração que a Constituição Federal foi promulgada em Outubro de 1988, e, que a convenção em pauta, só foi promulgada pelo Decreto nº 154, de 1991, o que se conclui é que, diante da então recente constituição, foi adotada uma linha de interpretação “restritiva e punitiva”, numa opção claramente política em estabelecer a proscrição das drogas e ao usuário (BOITEUX et alli, 2009, p. 32-33).

Em consonância, é importante apontar a observação de Daniel Nicory do Prado, de que, apesar de não honrar com parte de suas obrigações pactuadas internacionalmente no que concerne à “efetivação de Direitos Humanos”, há um notório esforço institucional por parte do Estado Brasileiro em implementar de forma rigorosa a política proibicionista (2013, p. 24).

Numa análise preambular do tratado firmado na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, percebe-se a gradual mudança do discurso nela inserido.

As Partes nesta Convenção, profundamente preocupadas com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade (...). Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis. (grifos nossos) (BRASIL, Decreto nº 154, 1991).

Visualiza-se então uma mudança progressiva no discurso inserido na Convenção de Viena em relação ao disposto na Convenção Única de 1961. Tratando-se de um discurso mais belicoso, alarmista, adotando a tese de que as drogas ilícitas seriam responsáveis por um mal que se ramifica, contamina e corrompe “a sociedade em todos seus níveis”.

Evidencia-se ainda, e de forma velada, que o discurso de transferência da responsabilidade das drogas sustenta a ideia de que as substâncias e matérias primas ilícitas permitiriam “às organizações criminosas transnacionais invadir,

contaminar e corromper” toda a estrutura de um país. Esse discurso termina por projetar não só nas organizações criminosas a ira da repressão, mas também nos países marginais que não resolveriam o suposto problema do tráfico.

Exatamente por isso, é reafirmado ainda no preâmbulo “que a erradicação de tráfico ilícito é responsabilidade coletiva de todos os Estados e que, para esse fim, é necessária uma ação coordenada no nível da cooperação internacional”. Assim, como bem observado por Maria Lúcia Karam, a feição repressiva do discurso incentiva que os ordenamentos jurídicos, se valendo de suas “faculdades legais”, direcionem os seus esforços para a investigação e repressão às drogas (2007, p.135). Ou seja, aqui se legitima e consolida o tratamento das políticas criminais, predominantemente pela via do Direito Penal.

É nesse contexto da Convenção de 1988 e do unidirecionamento no tratamento às drogas que, pela primeira vez, o usuário passou a ser criminalizado pela política internacional. Nesta senda, se estruturaram as bases de controle sobre as drogas ilícitas por parte das Nações Unidas (BOITEUX et alli, 2009, p.31) e, desta forma, em uma conjuntura amplamente punitiva, influenciada por valorações morais e oriundas inicialmente dos países centrais, economicamente dominantes, principalmente os Estados Unidos, se solidificaram as raízes proscritivas às drogas no Brasil.

2.3 A POLÍTICA PROIBICIONISTA DE DROGAS NO BRASIL

Para que seja possível contemplar a matéria do proibicionismo às drogas, é essencial que previamente se tenha fixado alguns pressupostos ante a ideia de política criminal de drogas.

A definição trazida por Juarez Cirino dos Santos é a de que “A política criminal constitui o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade”, de modo a estar ele se referindo ao significado desenvolvido pela criminologia contemporânea por Günther Kaiser (2012, p.419). Visto isso, atribui-se à política criminal o papel de administrar os crimes na sociedade.

É necessário compreender que o Direito Penal, como o arcabouço de normas que estabelecem crimes, atribuindo sanções, versando sobre incidência, validade, estrutura geral dos crimes, aplicação e execução das sanções, não se confunde com o sistema penal. Este, por sua vez, é o conjunto de instituições que a partir desse conjunto de normas põe em prática o Direito Penal, sendo formado, portanto, pelas instituições policial, judiciária e penitenciária (BATISTA, N., 2005, p.24-25).

Partindo da ideia de “programa oficial” para a gestão “social do crime e da criminalidade”, é preciso ressaltar que apesar da referência ao fator criminal esse controle social não se limita ao combate ao crime, podendo ser concretizado por meio de “políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares” (SANTOS, 2012, p.419-420).

Nilo Batista por sua vez, adotando a política criminal como os “princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação”, traça a existência das políticas de segurança pública, direcionada à atuação policial e suas instituições, a política judiciária, atenta às questões e instituições judiciais, e a política penitenciária, para os órgãos prisionais (2005, p.34). Ou seja, se trata do conjunto de princípios e recomendações que direcionam o funcionamento do sistema penal.

No Brasil, em atenção ao Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária de 2015, a despeito da preocupação em estabelecer medidas que se oponham a cultura do encarceramento, como campanhas de combate ao racismo institucional diante da “naturalização do encarceramento de negras e negros”, ou o fomento à discussão sobre a descriminalização e despenalização em relação às drogas, o Direito Penal ainda impera como instrumento central da política criminal (BRASIL, Ministério da Justiça, 2015).

Ao adotar o sistema penal como mecanismo preponderante na condução da política criminal, termina-se por encontrar na pena, na sanção penal, independentemente da função que a esta seja atribuída (retribuição, prevenção, geral ou específica), sua principal ferramenta para a administração do crime na sociedade (SANTOS, 2012, p.419-420).

A importância do estabelecimento da pena é demonstrada ao passo que esta, como consequência da tipificação de uma conduta indesejada socialmente, ou seja, no

exercício da política criminal através do Direito Penal, marca a força do Estado ante o indivíduo.

Quando uma conduta é tipificada, e com isso proibida no exercício do caráter preventivo do Direito Penal, se manifesta a autorização de agir concedida às instituições estatais, que quando acionadas, exteriorizam e concretizam as ameaças próprias do caráter preventivo do Direito Penal, bem como do retributivo (TOLEDO, 1994, p.4-5).

A existência de vias menos gravosas que as sanções criminais e o aparato penal deveriam ser motivo suficiente para que o Estado adotasse suas políticas criminais, de modo a gerir o crime e a criminalidade de forma menos agressiva e ofensiva do que a proveniente da violenta máquina penal, não sendo isto, contudo, o que se observa na atual realidade brasileira. Como será analisado adiante, o Brasil insiste numa política criminal guiada principalmente pelo Direito Penal e seu caráter coativo, decisão que tem apresentado fortes impactos sociais.

Realizadas tais elucidações, e partindo da premissa de que o país adotou uma perspectiva proscritiva à um significativo número de drogas, tipificando um extenso rol de condutas relacionadas a estas (vide arts. 33 e 28 da Lei 11.343/06), o que se pode concluir é que não são diferentes as abordagens das políticas criminais praticadas e as desenvolvidas ao redor das drogas ilícitas.

3 O SISTEMA PROIBICIONISTA NO BRASIL

Para analisar a conjuntura do proibicionismo, até este ponto do trabalho o que se procurou desenvolver foi um exame acerca da construção terminológica e social sobre a Droga, de maneira a observar o fenômeno de indeterminação social deste elemento, que como já pontuado, é presente no imaginário e cotidiano humano há bastante tempo. A investigação deste processo evolutivo da proscricção permite contemplar a expansão internacional da restrição e de seus discursos, que por sua vez vieram a influenciar na opção política brasileira pela proibição. A partir deste ponto, portanto, é necessário apreciar as condições estabelecidas para a manutenção de um sistema proibitivo no Brasil.

Como bem assevera Rosa Del Olmo, apesar de uma irrefutável ingerência das normas internacionais sobre drogas nos ordenamentos de cada país, nestes se destacam peculiaridades na forma de abordar o assunto, variando de acordo com a condição de país desenvolvido ou subdesenvolvido (central ou periférico) (1990, p.27).

Assim, por uma questão de força econômica e política para se impor internacionalmente, é natural que os países periféricos não tenham a mesma participação e poder para impor suas condições nos acordos internacionais, de forma que, em regra, atuam como coadjuvantes, sofrendo as pressões econômicas e políticas para se adequarem ao estabelecido pelos países e forças centrais.

Dito isto, é sintomática a perspectiva de que “embora os tratados internacionais tenham deixado certa flexibilidade aos Estados-Partes”, de modo que estes poderiam regular seus ordenamentos respeitando às realidades sociais e culturais ali presentes, “o Brasil, ainda assim, optou pela via da repressão máxima” (PRADO, 2013, p.27).

Não é o intuito afirmar que a motivação para o tratamento rigoroso seja exclusivamente a influência internacional, contudo, é simbólico constatar que em 1964, após a implementação de um regime militar autoritário, juntamente com um alinhamento bélico e industrial com os EUA, tenha se sustentado a ideia de “o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil” (COOK *apud* BATISTA, N., 1998, p.85).

A Constituição Federal de 1988, influenciada pela conjuntura de proibição internacional, estabelece com austeridade a proscrição ao tráfico de drogas (art. 5º, XLIII), de modo a ser este classificado como crime inafiançável, equiparado a crimes como o de tortura, terrorismo e os hediondos, sendo estes, inclusive, “insuscetíveis de graça ou anistia”. Tal tratamento constitucional rigoroso, solidificado por meio da criminalização constitucional expressa, representa um rompimento com a “tradição histórica do constitucionalismo brasileiro”.

Até antes da Magna-Carta de 1988, ao tratar de conteúdo penal ou processual penal, as cartas constitucionais se limitavam a firmar os limites da intervenção, de modo a conter a atuação punitiva estatal. Entretanto, a Constituição Cidadã “redimensiona a estrutura do Direito Penal” acomodando limitações à intervenção do Estado, e, ao mesmo tempo criminalizações. Ao equiparar o comércio de drogas ilegais aos crimes hediondos, regulamentados pela Lei nº 8.072/90, determinando a intervenção punitiva inclusive para os indivíduos que podendo atuar ou impedir a ação sejam omissos (Art. 5º XLIII), a CF/88 possibilita a consolidação de um tratamento extremamente diferenciado para as duas principais condutas criminalizadas ligadas às drogas (porte para consumo e tráfico) no ordenamento brasileiro.

Esta escolha constitucional aproxima o crime de tráfico (Art. 33 da Lei nº 11.343, 2006a) aos crimes hediondos, adotando, assim, o rigor máximo dentro do ordenamento jurídico pátrio, dado a natureza dos crimes ali presentes. (CARVALHO, 2014, p.267-268). Por outro lado, a oscilação “entre o máximo e o mínimo da resposta punitiva” é confirmada, uma vez que em atenção à Lei nº 11.313/06, que alterou as Leis de nº 9.099/95 e 10.259/01 (Leis dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais estaduais e federais, respectivamente), a conduta do usuário, tipificada no art. 28 da Lei de Drogas, em consonância com seu art. 48, § 1º desta, termina por formalizar o tratamento como crime de menor potencial ofensivo.

A inclusão do porte para consumo como crime de menor potencial ofensivo se dá de maneira meramente formal, uma vez que, com a Lei 10.259/01 já se estabelecia tal categorização no âmbito de competência dos Juizados Especiais Federais, ao tempo em que a jurisprudência passou a aplicá-la no âmbito da Justiça Estadual (CARVALHO, 2014, p.271-272).

Nessa situação, se reafirma a paradoxal e já comentada realidade de que, diante da sabida ineficiência estatal em executar e regular garantias fundamentais (principalmente relacionadas aos Direitos Humanos), o ordenamento jurídico pátrio, partindo do texto fundamental e de forma controversa, se movimenta energicamente para a viabilização da intervenção penal no tocante às drogas ilícitas.

Ao analisar os artigos 28 (porte para consumo) e 33 (tráfico) da Lei de Drogas, é possível notar que apesar da disparidade existente entre os tratamentos atribuídos pelo legislador, os dois dispositivos tipificam muitas das mesmas condutas, se diferenciando especialmente na finalidade da droga. Na condição de “tipos mistos alternativos”, os dois dispositivos partem de estruturas parecidas para tipificar as condutas de “adquirir, guardar, trazer consigo, ter em depósito e transportar”. Deste mesmo modo são tratados os núcleos presentes no art. 28, §1º (semear, cultivar ou colher), também encontrados no art. 33, § 1º, II (PRADO, 2013, p.54-55).

Instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), este trouxe, além da consolidação de uma política pública proibicionista e repressiva, o arcabouço diretivo e principiológico das Políticas Públicas de Drogas. Ressalta-se aqui, ante os princípios (art. 4º) e objetivos (art. 5º) estabelecidos, a existência de uma realidade não mais pautada exclusivamente na repressão, mas uma conjuntura que teoricamente contempla valores fundamentais como a autonomia e à liberdade individual (art. 4º, I). Tais orientações, no entanto, podem ter sua eficácia questionada (BRASIL, Lei nº 11.343, 2006a).

Também demonstrando uma mudança de ares, o último Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP) identificou o aumento da população carcerária, a ineficiência das penas privativas de liberdade e os aspectos socioeconômicos dos clientes penais. Assim, oxigenou novas perspectivas à realidade criminal e penitenciária, legitimando alternativas penais (justiça restaurativa e mediação penal), reconhecendo e combatendo paradigmas sociais (aumento da criminalidade feminina, abuso das prisões provisórias, desrespeito no tratamento das pessoas com transtornos mentais, estruturação do racismo no sistema punitivo, vulnerabilidade dos mais pobres, etc.), e buscando métodos que efetivamente reduzam os danos causados pelo processo de criminalização e penitência. (BRASIL, Ministério da Justiça, 2015)

No tocante às drogas, além de identificar a contribuição desta criminalização no aumento do encarceramento feminino, o PNPCP 2015 admite a falha do sistema repressivo no combate às drogas, instaurando um violento processo de violação de Direitos Fundamentais, em conjunto com um significativo aumento carcerário, a arbitrariedade e a falta de embasamento científico na proscrição às drogas ilícitas, bem como o desgaste econômico e institucional da estrutura de persecução e combate à criminalidade (2015, p.17-18).

Diante disso, o documento traz importantes diretrizes e ações, com o intuito de amenizar e possivelmente solucionar os problemas abordados:

- a) Fomentar o debate acerca das inúmeras experiências de descriminalização e de despenalização que têm surgido no mundo;
- b) Estimular o estudo e a avaliação das opções legislativas dos outros países a respeito da diferenciação entre o usuário de drogas e o traficante;
- c) Incentivar a discussão a respeito do uso, da dependência e do tráfico de drogas, e sobre os investimentos públicos aplicados na prevenção e na “guerra às drogas”, ouvindo também os usuários;
- d) Ampliar a assistência de saúde e social aos dependentes químicos, em conformidade com a Política Nacional de Saúde Mental, mobilizando as autoridades para o cumprimento do art. 26 e do §7º do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que trata dos serviços de atenção à saúde para o usuário ou dependente de drogas preso;
- e) Viabilizar mecanismos que garantam a aplicação de medidas como o tratamento voluntário para pessoas com dependência em drogas tidas como ilícitas;
- f) Desenvolver ações integradas entre as esferas de governo para geração de oportunidades econômicas e sociais para as populações vulneráveis e em risco social;
- g) Alterar a Lei 11.343/2006 para permitir tratamento diferenciado nas hipóteses de privilégio e de ausência de interesse de natureza econômica;
- h) Promover a assimilação da cultura de alternativas penais e outras formas de extinção da punibilidade, como o indulto. (PLANO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA, 2015, p.18)

Desta forma, face à violenta combatividade às drogas, o direcionamento do sistema para ações de redução de danos, bem como de questionamento sobre a manutenção da criminalização e penalização como paradigmas orientadores das políticas criminais, exala a tendência por medidas menos gravosas e possivelmente mais eficazes ante a falha da “guerra às drogas”.

Contudo, a eficácia da adoção de novos parâmetros não é necessariamente perceptível, uma vez que a conjuntura social adquirida com décadas de proibição e violenta perseguição, ao que parece, não pode ser resolvida, ou mesmo diluída, em

tão pouco tempo. Fica em xeque, ainda, o real interesse político em serem tomadas posturas mais brandas, que não a via penal, em relação às drogas.

A escolha por situações extremas, estabelecendo uma intervenção mais austera ao tráfico e um tratamento mais brando ao usuário, este que apesar de não ser abordado via sanções restritivas de liberdade, aqui se refere à perspectiva da manutenção de sua criminalização, são sintomas do discurso de diferenciação na aplicação da norma penal, essencial para a compreensão deste processo seletivo. Portanto, para atender os fins propostos pelo presente trabalho, não se levará em consideração a parte principiológica e finalística da Lei 11.343/06, para que seja possível analisar a realidade imposta às duas figuras principais da Lei de Drogas, analisando os pontos mais sensíveis dos dispositivos que contemplam o porte para consumo e o tráfico, de modo a identificar as nuances que permitem não só a perpetuação, mas o agravamento da seletividade penal no trato às drogas.

3.1 O USUÁRIO

Como já aduzido, o usuário é contemplado pela atual Lei de Drogas em seu art. 28, contudo, é importante notar que o termo uso não está expresso no dispositivo (BRASIL. Lei nº 11.343/06, 2006a). O artigo tipifica as condutas de “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo” com a finalidade de consumo pessoal.

Assim, a título de elucidação, um indivíduo que é pego em posse de um ou dois “becks” (cigarros de maconha), caso seja enquadrado como usuário, poderá sofrer as sanções de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade (pelo prazo máximo de 5 meses, na forma do §3º) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (pelo mesmo período), na forma dos incisos I, II e III respectivamente. Todavia, sua punição não será em virtude do consumo da *cannabis*, mas sim pelo ato de portar (BRASIL, Lei nº11.343, 2006).

No tocante ao exemplo dado, cumpre ressaltar que em estudo realizado em Salvador, em 2014, restou evidenciado que nos casos em que o indivíduo estivesse em posse de até 10g de maconha, em 100% das vezes o processo resultou na

desclassificação do tráfico para porte para consumo. Nesta mesma análise, o que se constatou foram percentuais acima de 25% para a desclassificação da conduta nos episódios em que os réus foram encontrados com quantias entre 20 a 50, 50 a 100 e 100 a 200g. De maneira geral, a desclassificação da conduta de tráfico para a de porte para consumo, no caso específico da maconha, se deu em 20% dos processos (BAHIA. Observatório da Prática Penal, 2014).

A figura do usuário é construída pela finalidade com a qual se apresenta a relação com a droga, e não pelo ato de utilizá-la, sendo o uso uma conduta atípica. Em verdade, a ação delitiva reside nas condutas preparatórias (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo) consolidadoras do “porte para consumo” (PRADO, 2013, p.43-44).

O que se percebe então, é que diferentemente do trazido no art.16 da Lei 6.368/76, a Lei 11.343/06, não é atribuída ao usuário a pena privativa de liberdade, proporcionando assim uma abordagem mais branda. Destarte, é sustentado por Luís Flávio Gomes que, pelo fato de não mais ser punido com reclusão ou detenção, o porte para consumo de substâncias ilícitas teria sido descriminalizado “formalmente” e despenalizado, tornando-se uma “infração penal *suis generis*” (GOMES et alli., 2013, p.110).

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, Decreto-Lei nº 3.941, 1941)

Para Gomes, apesar do não acompanhamento de uma concomitante regulamentação, se baseando na lógica do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.941/41 - LICP), o rótulo de crime é perdido ao passo em que se atenua a resposta penal, e não mais se fala em perda da liberdade (GOMES et alli., 2013, p.111-112).

Para que seja configurada a descriminalização de determinado fato, é necessário que o Estado, judicialmente ou por lei, entendendo não haver mais motivação na intervenção penal, renuncie ao poder de punir a conduta. A abolição do crime (*abolitio criminis*) ocasionará, juntamente à norma penal alvo, a cessação de todos os efeitos jurídico-penais, sejam eles principais ou acessórios. Não se deve,

contudo, confundir a descriminalização com a retirada da ilicitude, uma vez que o *abolitio criminis* extingue a abordagem pela via jurídico-penal, mas o caráter ilícito poderá ser mantido em outras esferas, como a cível ou a administrativa (QUEIROZ, 2015, p.132).

Visto o exposto, não se pode concordar com afirmação realizada por Luís Flávio Gomes, já que, tendo a LICP sido produzida e publicada na vigência da Constituição de 1937, a Carta Fundamental de 1988 redefine o conceito de delito no seu art. 5º, XLVI, ampliando as previsões sancionatórias para também enquadrar a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. De tal modo, a interpretação da LICP há de ser realizada de acordo com os novos parâmetros trazidos pela CF/88 (CARVALHO, 2014, p.175). Ou seja, ocorreu na verdade um processo de descarcerização das infrações ligadas ao consumo de drogas, e não de descriminalização.

Nessas circunstâncias, Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba apontam que o surgimento de um tipo penal sem privação de liberdade, pautado na restrição de direitos, teria derogado tacitamente “aquele tradicional conceito de crime, ampliando-o” (2007, p.13).

Uma parcela mais tradicional da doutrina também não se alinha à ideia desenvolvida por Gomes, uma vez que, ante ao fato do art. 28 estar inserido no capítulo III, relativo aos crimes e às penas, e de ser competência do juiz criminal aplicar as sanções previstas no dispositivo, não se pode afirmar que houve a descriminalização do porte para consumo, tal como afirmam Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2007, p.43). Refuta-se então a perspectiva de que as condutas presentes no art. 28 teriam sido descriminalizadas, uma vez que a esfera penal, diante da competência dada pelo art. 48, §1º da Lei 11.343/06 aos Juizados Especiais Criminais, persiste no uso do sistema criminal no tratamento dos usuários.

Nesta senda, não muito tempo depois da entrada em vigor da “Lei de Tóxicos”, o STF (Supremo Tribunal Federal), através do Ministro Sepúlveda Pertence, se manifestou sobre o assunto firmando o entendimento de que não haveria configuração do *abolitio criminis* por parte do art. 28, de forma que tão somente teria ocorrido a despenalização do tipo. Na análise da decisão do STF, se opondo à ideia de que teria ocorrido o *abolitio criminis* do art. 28 da Lei 11.343/06, Renato Marcão é

enfático ao afirmar que “a ausência de cominação privativa de liberdade não afasta, nos tempos de hoje, a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção” (2007, p.7).

A descaracterização como fenômeno de suavização da intervenção estatal no usuário também é perceptível no caso do autocultivo. Semear, cultivar, ou colher planta para o preparo de substâncias ou produtos, desde que em pequenas quantidades para consumo próprio, na forma do art. 28, § 1º, foi equiparado ao porte para consumo (PRADO, 2013, p.47).

A equiparação do autocultivo para consumo próprio terminou com a controvérsia existente na legislação anterior (Lei nº 6368/76), em que a doutrina se dividia em três vertentes. A primeira, independente da finalidade com o que se realizava o cultivo, pregava o enquadramento do indivíduo no art. 12 da antiga Lei de Tóxicos, ou seja, tráfico. A segunda vertente entendia pela atipicidade da conduta, e, por fim, a última e majoritária corrente, tendo sido a consolidada, versava sobre a comparação ao usuário, prevista no art. 16 da mesma lei (BREGA FILHO, 2007, p.15).

Destarte, se passou a aplicar ao autocultivo as mesmas sanções previstas para as condutas presentes no caput do art. 28 da Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), de modo que no caso de descumprimento destas, o legislador previu a possibilidade de cominação sucessiva de admoestação verbal e multa (§ 6, I e II). Nesse sentido, o art. 29 define que “atendendo à reprovabilidade da conduta”, bem como “a capacidade econômica do agente”, esta multa deverá ser fixada em montante entre 40 (quarenta) e 100 (cem) dias-multa (nem mais, nem menos), apresentando o dia-multa, valor entre um trinta avos e até 3 (três) vezes o valor do salário mínimo.

Nesta lógica, tendo em vista o valor de R\$880,00 (oitocentos e oitenta reais) do salário mínimo vigente no período de conclusão deste trabalho, o menor montante que pode ser aplicado ao usuário descumpridor das sanções, em atenção à capacidade econômica do agente e à reprovabilidade da conduta, seria de R\$1.173,33 (mil, cento, e setenta, e três reais, e trinta e três centavos). Nesta senda, o valor mínimo da multa pode não parecer uma quantia expressiva para um indivíduo que se recuse a cumprir com as penas previstas para o tipo, contudo, em

um país com as dimensões e problemas do Brasil, esta quantia pode se apresentar extremamente desproporcional.

Isto se torna preocupante ao passo em que, diante dos dados apresentados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (MDS), produzido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em pesquisa por amostra domiciliar em 2014, a média da renda domiciliar brasileira per capita nominal correspondia ao montante de R\$1.031,86 (mil, trinta e um reais e oitenta e seis centavos), podendo chegar a R\$700,36 (setecentos reais e trinta e seis centavos) e R\$652,46 (seiscentos e cinquenta e dois reais e quarenta e seis centavos) no Norte e Nordeste do país, respectivamente (BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, 2014a), quando na verdade o salário custava R\$724,00 (setecentos e vinte quatro reais) (BRASIL, Portal Brasil, 2014e), e, portanto o valor mínimo da multa seria de R\$965,33 (novecentos e sessenta e cinco reais e trinta e três centavos). A desproporcionalidade se evidencia mais ainda se comparada à realidade de 14.145.859 (quatorze milhões, cento e quarenta e cinco mil, oitocentos e cinquenta e nove) brasileiros, que em 2014 viviam em situação de pobreza, com até R\$140,00 (cento e quarenta reais) mensais (BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, 2014d).

De qualquer modo, a conjuntura trazida pela Lei 11.343/06, no que se refere ao art. 28, demonstra uma mudança de foco político criminal, partindo de práticas redutoras de danos e sanções educativas, melhor delineadas nos parágrafos 5º (prestação de serviços à comunidade 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) e 7º (disponibilização gratuita pelo poder público de estabelecimento de saúde para tratamento) do art. 28 (BRASIL, 2006).

Com isso é que se passa a reconhecer o uso de substâncias psicoativas como um problema de saúde pública e não mais como problema policial ou judicial. Não se perde de vista um apreço pelo rigor no tratamento, uma vez que “as penas de multa são muito mais rigorosas do que as do Código Penal”. No tocante ao porte para consumo, apesar de não se poder afirmar o mesmo em relação à quantidade

máxima de dias-multa ou quanto ao valor máximo destes, quarenta dias-multa como mínimo estabelecido é significativamente maior do que se observa habitualmente no Código Penal (PRADO, 2013, p.46-48).

§ 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. (Grifos nossos) (BRASIL, Lei nº11.343, Art. 28, 2006)

O parágrafo segundo da Lei de Drogas traz em si os parâmetros distintivos a serem utilizados para o enquadramento do indivíduo no art. 28, ou seja, traz os critérios de determinação da destinação da droga. Sendo este um marco de enorme relevância no estudo da Lei 11.343/06 e na aplicação desta à realidade, uma vez que a depender de como se analise tais critérios, o agente poderá sofrer as penas já apresentadas e previstas para o usuário, ou, ser enquadrado com traficante, na forma do art. 33.

Diante da Lei de Drogas nota-se a preocupação do legislador em determinar a destinação da droga para uso pessoal nos casos de porte para consumo e suas “figuras assemelhadas” (PRADO, 2013, p.55). Tendo em vista a relevância da distinção da finalidade na definição da conduta, os critérios dispostos no § 2º assumem feições “indiciárias e informativas” na orientação da autoridade sobre a natureza da ação (CARVALHO, 2014, p.308).

Luís Flávio Gomes afirma existirem dois sistemas legais para avaliação do o agente pego com drogas ilícitas, seriam eles: O “sistema de quantificação”, em que um marco quantitativo estabeleceria a separação entre porte para consumo pessoal e a traficância; E, o “sistema de reconhecimento judicial ou policial”, no qual é conferida às autoridades judiciais e policiais a competência para realizar o ajustamento da conduta no devido tipo penal. É clara a opção legislativa por este último sistema, adotado pelo parágrafo segundo do art. 28 da Lei de Drogas, dada a referência ao juiz, e a ausência de paradigmas objetivos quantitativos (GOMES et alli., 2013, p.146-147)

Assim, três são as autoridades que precisam atentar aos critérios de distinção dispostos na Lei de Drogas, de modo a classificar a conduta num dos tipos penais, “o delegado, o membro do Ministério Público e o juiz”. O defensor, público ou não, ao elaborar a defesa, de modo classificar a conduta e as circunstâncias do fato,

apresenta-se como uma quarta “autoridade” também detentora de tal responsabilidade, “e seu enquadramento deve ser considerado pela autoridade judiciária nas mesmas condições em que se aprecia a classificação proposta pela acusação.” (PRADO, 2013, p.62-63)

A aplicação dos critérios distintivos geralmente se inicia com a Polícia, na persecução do sujeito encontrado com droga e no consequente direcionamento à Delegacia de Polícia (uma vez que não cabe prisão em flagrante no porte para consumo), oportunidade em que o Delegado de Polícia conduz o Termo Circunstanciado para o usuário ou Inquérito Policial na hipótese de se entender pelo tráfico (MACHADO, 2010, p.1101).

Ao Ministério Público é atribuída a competência de avaliar o conteúdo da peça produzida, de modo que na forma dos art. 16, 24 e 28 do Código de Processo Penal, poderá o membro do MP optar pelo arquivamento, oferecimento da denúncia (em análise das circunstâncias) ou retorno para novas diligências, caso entenda necessário (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 1941a). Dessa forma, seguindo o rito previsto na Lei de Drogas para tais ações, no art. 54, que reproduz as possibilidades de arquivamento, oferecimento da denúncia ou novas diligências (BRASIL, Lei nº 11.343, 2006a), o MP também exerce papel fundamental na determinação da conduta, o que acarretará em resultados discrepantes.

Por fim, em naturalidade ao § 2º do art. 28, é ao juiz que resta a última palavra na determinação da finalidade da droga, devendo se atentar aos critérios estabelecidos pelo mesmo dispositivo. São estes: a “natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente” (GOMES, 2013, p.146-147).

Os critérios prescritos da atual Lei de Drogas tornam imperioso que a autoridade avaliadora se atente fundamentalmente a três elementos, estes, delineados por parâmetros específicos, quais sejam: A droga (natureza da substância e da quantidade); A conduta (local e circunstâncias do desenvolvimento); e o agente (circunstâncias pessoais e sociais, a sua conduta social e os antecedentes) (PRADO, 2013. p.56).

Destarte, tendo em vista a consolidação de documentos estatais (sentença, termo circunstanciado, inquérito policial e denúncia) de significativa “eficácia discursiva na incriminação e na sujeição criminal”, apesar da tese de neutralidade no exercício de produção e execução de tais documentos, é preciso apontar a capacidade estigmatizante e a natureza subjetiva da avaliação dos “contextos” descritivos nestes critérios definidores da finalidade da droga. De tal modo que, apesar da suposta neutralidade do sistema penal, a fundamentação no exercício de tais funções por parte de seres humanos constituem escolhas morais, oriundas da subjetividade do indivíduo atuante, isto, para definir o direcionamento que será dado à vida de um terceiro (CAMPOS, 2013, p.122-124).

Em atenção à Nota Técnica produzida pelo Instituto Igarapé acerca da necessidade de critérios objetivos, é notável que a Lei 11.343/06, em seu §2º, só estabelece objetivamente a distinção em referência à natureza da droga, de modo que a capacidade objetiva do critério da quantidade é deixada de lado. Instaure-se então uma excessiva subjetividade e conseqüente arbitrariedade na avaliação da quantidade, da conduta em si (bem como seus locais e condições) e do agente (analisado em suas circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes). (2015, p.1).

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, em posição mais conservadora, ao tratar dos critérios em análise, afirma que os aspectos subjetivos presentes numa conduta só poderiam ser aferidos por circunstâncias objetivas, ou seja, analisando o caso concreto. Sustenta ainda que a subjetividade nos critérios estabelecidos é fundamentada no dever do magistrado em apreciar “todas as circunstâncias do crime e não apenas a quantidade da droga apreendida”, do contrário, se estaria realizando uma abordagem “simplista” do assunto (2007, p.48). Também compactua com esse discurso Fernando Capez, que apontando que a pequena quantidade não desvirtuaria a configuração da traficância (2010, p.755).

Nesta mesma linha, legitimando a opção por um sistema de reconhecimento judicial na análise dos critérios, e, portanto, a conformidade com os paradigmas trazidos legalmente, Guilherme de Souza Nucci ressalva a necessidade de não se permitir que a condição econômica do indivíduo seja determinante na definição da finalidade da droga (2010, p.349).

O legislador brasileiro ao não estabelecer parâmetros objetivos além da natureza das substâncias, permite conjunturas anômalas. Vejamos pelo caso trazido pelo Banco de Injustiças, defendido pelo defensor público Alberto Macêdo São Pedro, no Estado do Mato grosso. Trata-se de um indivíduo, do sexo masculino (que ganhou o nome fictício de Guilherme) preso por tráfico de drogas. Tendo à época 20 anos, pardo, desempregado, um filho, usuário de pasta base de cocaína desde os 15 anos, dependente, estava acompanhando de outras quatro pessoas quando a polícia chegou até o local onde estavam, orientada por “denúncia anônima”. Sem ligação com o crime organizado, já tendo sido condenado por porte para consumo anteriormente, teve sua prisão preventiva decretada e foi posteriormente condenado por tráfico de drogas. Se fundamentando no testemunho dos policiais que realizaram a abordagem, afirmando ser Guilherme um traficante, e que teriam encontrado 19 trouxinhas da droga em terreno próximo ao local, a opção pelo enquadramento no tráfico de drogas, e não no porte para consumo, se deu pelo fato do sujeito já ter sido condenado por uso de drogas, considerado assim, reincidente (2012).

Desta realidade, que como será visto não pode ser considerada uma exceção, é possível extrair duas conclusões. A primeira é de que a falta de critérios objetivos quantitativos, estabelecendo quantidades máximas para o porte de drogas para uso pessoal, de modo a diferenciar tal conduta da traficância, permite uma desnecessária e perigosa insegurança do agente ante a sua incriminação pelas autoridades estatais. De modo que no caso proposto, sua condenação prévia como portador da substância o levou a ser enquadrado como traficante, estabelecendo assim uma realidade paradoxal, em que por coesão deveria ter sido tratado como usuário.

Essa precaução foi tomada pelo Uruguai, que através da “Ley 19.172” de Dezembro de 2013, permitiu o autocultivo de até quatrocentos e oitenta gramas anuais de maconha, e também a possibilidade de se formarem “clubes canábicos” autorizados e fiscalizados pelo Estado (cada clube pode plantar até 99 pés, devendo ter entre 15 e 45 sócios), e, sem fins medicinais o indivíduo pode comprar até quarenta gramas mensais da droga (URUGUAI, 2013).

Portugal por sua vez, descriminalizando não só a *cannabis*, no art. 2º, item 2, da Lei nº 30/2000 estabeleceu o porte para uso próprio em quantidade suficiente para 10

dias. Tal quantia é estabelecida pelos Ministérios da Saúde e da Justiça, por meio da Portaria nº 94/96, que determina o montante referência para consumo médio de cada substância. No caso da *cannabis*, se fixou a quantidade diária de 2,5g por dia, o que permite o indivíduo portar até vinte e cinco gramas para consumo (PRADO, 2013, p.61).

A segunda conclusão a que se chega diante do caso proposto, é a de que somente critérios objetivos quantitativos não são suficientes para realizar a distinção entre usuário e traficante. Observando a realidade brasileira ante o critério trazido pelo Uruguai, é perfeitamente possível que um indivíduo esteja portando quantidades menores do que quarenta gramas de maconha, mas ao mesmo tempo seja encontrado armado, em posse de balança de precisão, insumos para acondicionamento, transporte e conservação da droga, possível também que haja algum tipo de balanço como forma de controle comercial.

Por outro lado, cada substância proscrita guarda em si uma periculosidade distinta, seja oriunda do seu processo produtivo ou da própria natureza da droga. Desse modo, somente a fixação de uma quantidade, sem levar em consideração a natureza da substância, bem como a relação que o agente apresenta com a droga, torna insípida e ineficaz a pura fixação de critérios objetivos

A vagueza das hipóteses trazidas logo acima, se solidifica ante a ausência de paradigmas claros e objetivos dentro de um sistema repressivo. A adoção de critérios de análise subjetiva permite ao julgador, diante do caso concreto, avaliar e direcionar a condenação. Contudo, quando ausentes balizadores objetivos, limitadores e definidores das circunstâncias e da atuação estatal, se expande essa avaliação subjetiva à exacerbada arbitrariedade da autoridade atuante.

Com isso, diante da opção por criminalizar as drogas é que se reafirma a necessidade de critérios subjetivos que possam contemplar de forma justa o caso concreto, todavia, guiados por parâmetros concretos e objetivos. Nesse sentido, são precisas as palavras de Salo de Carvalho:

Ocorre que a introdução de dados quantitativos forneceria a possibilidade excluir, a priori, discussão (instrução cognitiva) acerca de casos irrelevantes ou a avaliação da graduação do comércio. O estabelecimento de critérios específicos individualizados relativos à quantidade das principais drogas de consumo criaria a presunção legal ou jurisprudencial sobre os limites das condutas, sem excluir os elementos relativos ao dolo e as demais

circunstâncias do art. 28. § 2º da Lei de Drogas. (CARVALHO, 2014 p.308-309)

As benesses do estabelecimento de critérios objetivos são “indiscutíveis”, a capacidade do agente público competente em identificar as circunstâncias na quais poderá agir, com o conseqüente emprego da lei, concede uma maior segurança jurídica (não só ao indivíduo-paradigma, mas para toda a sociedade) ao passo que se permite ter uma noção acerca daquele cenário específico, bem como uma maior instrumentalização da máquina pública (PRADO, 2013, p.57).

É possível observar que, com advento da Lei 11.343/06 (ou mesmo na anterior, a Lei 6368/76) os instrumentos da justiça criminal para a diferenciação do porte para consumo e da traficância são muito tênues, subjetivos e arbitrários. Essas circunstâncias “podem estar contribuindo ainda mais para que as relações entre traficante, usuário e polícia sejam estabelecidas por meio de negociações informais e discursivas”, de forma a interferir no rigor com que os indivíduos são punidos, “coisificando os estereótipos, representações e arbitrariedade das instituições estatais” (CAMPOS, 2013, p.130).

Visto o exposto, e em atenção ao rigor histórico no tratamento às drogas, é possível afirmar que a excessiva subjetividade no enquadramento criminal e a abertura em não se obrigar a comprovação da finalidade da droga para os casos de tráfico, se tornaram ferramentas de incriminação pela via mais gravosa. Tal movimento seria uma reação ao fato do crime de porte de drogas não mais ser punido com privação de liberdade. Fenômeno este que, desde a vigência da Lei de Drogas, gerou uma elevação da população carcerária no Brasil. (PRADO, 2013, p.56)

O aumento da população carcerária, mesmo após a suavização no tratamento do usuário, é um problema expressamente reconhecido pelo STF que no acórdão (inteiro teor) publicado no dia 10/02/2015, do HC (Habeas Corpus) de nº 123.221, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, reconheceu que o advento da Lei 11.343/06, que no intuito de refrear o processo de encarceramento dos usuários, na verdade produziu justamente uma expansão da dinâmica que pretendia evitar. Isto, que na compreensão da relatoria se daria pelo fato da incriminação de circunstâncias limítrofes entre o usuário e o traficante, antes “registrados” como casos de porte para consumo, terem passado a ser “tratados como tráfico de drogas” (BRASIL, STF, p.5, 2015b).

Em investigação sobre a aplicação da Lei de Drogas, Daniel Nicory produziu a “comparação de pesquisas empíricas sobre o encarceramento”. Foi possível constatar que, segundo dados do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), a população carcerária no Brasil em 2006 era de 383.480 (trezentos e oitenta e três mil, quatrocentos e oitenta) pessoas e em 2012 passou a ser de 548.003 (quinhentos e quarenta e oito mil e três), destes, presos por tráfico de drogas, ainda que sem condenação, em 2006 eram 47.472 (quarenta e sete mil, quatrocentos e setenta e dois), passando para 138.198 (cento e trinta e oito mil, cento e noventa e oito) em 2012. Assim, proporcionalmente, a população carcerária presa por tráfico de drogas por muito pouco não foi triplicada, enquanto o número de presos em geral cresceu cerca de 42,9% (PRADO, 2014).

Com a nova feição trazida pela Lei 11.343/06, é possível vislumbrar o início de um processo de moderação no tratamento do usuário, todavia, por outro lado, se percebe um refluxo intenso na impulsão punitiva para o traficante.

Nesta senda, atualmente tramita no STF o Recurso Extraordinário de nº 635.659/SP em que a Defensoria Pública de São Paulo, na defesa do réu, sustenta a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, de modo a possibilitar a descriminalização do porte para consumo. O debate acerca do tema circunda basicamente a conflito entre os direitos coletivos da saúde e segurança, e, os direitos à intimidade e à vida privada. Por um lado, se entende que a manutenção da criminalização do porte para consumo, na figura das condutas previstas no art. 28 (adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo), seria uma violação dos direitos previstos no art. 5º, X, que aduz que são “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988), visto que a facticidade de tais condutas não ocasionaria risco ou lesão alguma à terceiros. De outro lado, o Ministério Público de São Paulo alega que as condutas previstas no dispositivo ocasionariam lesão ao bem jurídico saúde pública, sustentando que o consumo de drogas ilícitas, por si e somente si, auxiliaria na expansão do vício social (BRASIL, STF, p.1-2, 2015c).

3.2 O TRAFICANTE

Visto o “mínimo” na figura do porte para consumo, necessário enfrentar agora o “máximo” punitivo dentro da Lei de Drogas, que em seu art. 33 elenca 18 núcleos formadores do crime de tráfico. Essa realidade de extremos, com o estabelecimento de “condutas dúbias” sem que se tenha atualizado as figuras intermediárias entre os dois polos além do consumo compartilhado (art. 33, §3º) e da instigação, induzimento e auxílio ao uso (art. 33, §2º), influenciada por “vícios advindos do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo”, termina por manter as práticas incriminadoras da Lei 6.368/76. (CARVALHO, 2014, p.279-280).

Prevendo penas de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de multa, na ordem de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, o art. 33 determina a configuração do crime de tráfico nos casos em que se:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, Lei 11.343, Art. 33, 2006).

Em contraposição ao referido processo de abrandamento no tratamento do porte para consumo, a legislação vigente trouxe o aumento da pena mínima para o crime de tráfico. O art. 12 da Lei 6.368/76 previa a privação de liberdade com pena mínima de 3 anos, de modo que este aumento pode ser encarado como uma reação legislativa ao “sentimento de insegurança e de medo” estabelecido pela guerra às drogas, numa enganosa convicção de que o aumento do rigor na pena sanaria tal disfunção social (LEAL, 2007, p.142). Antes mesmo do aumento da pena mínima, a austeridade já havia sido delineada, ao passo que como já visto, o crime de tráfico de drogas teria sido equiparado aos crimes hediondos (CARVALHO, 2014, p.268).

Para Nucci, entretanto, reconhecendo a procedência técnica em se adotar o título de equiparação com os crimes hediondos, o crime de tráfico de drogas seria um crime hediondo em si mesmo. Para o doutrinador, o Art. 5º, XLIII não teria se referido especificamente sobre os “outros” crimes hediondos por uma questão de necessidade de aprofundamento, mas que o tráfico de drogas (assim como a tortura e o terrorismo) já seriam tão repugnantes quanto os demais crimes a serem especificados pelo legislador ordinário (2010, p.361). Desde já, se rechaça essa

ideia, uma vez que o texto constitucional no referido dispositivo, não traz a informação de “outros crimes hediondos”, mas de crimes que as leis infraconstitucionais tratarão como inafiançáveis e insusceptíveis de graça ou anistia, dentre eles a de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e os definidos como hediondos.

Apesar de em seu Art. 2º fazer referência ao crime de tráfico de drogas, a Lei 8.072/90, mantém a mesma lógica semântica da constituição, tratando os três crimes referenciados como equiparados. Deste modo, inclusive, o Art. 1º, elencando o rol de crimes hediondos, não versa sobre o tráfico de drogas ou mesmo tortura e terrorismo. Deste modo, afirmar ser um crime propriamente hediondo e não equiparado a tal, evidencia uma violação do princípio da taxatividade, ainda que na aplicabilidade isto não resulte em diferenças práticas.

A atual Lei de Drogas, não traz para o crime de tráfico a conduta que seja “portadora desse *nomem juris*”, ou mesmo a denificação deste, ou seja, não há definição específica de uma “conduta de traficância”. Desta forma, se consolida delito de ação múltipla, fixado por um considerável número de condutas, que termina por ampliar significativamente o âmbito de proibição e repressão (LEAL, 2007, p.139). Com essa ampliação dos casos de incidência do tipo, resta potencializada a força e a capacidade punitiva do sistema penal.

É possível observar, ainda, que não se deixou espaço para a análise da intenção do agente, de modo que a jurisprudência passou a entender que, para a configuração do crime de tráfico, é dispensável a finalidade de mercancia ou mesmo a efetiva tradição da substância (CARVALHO, 2014, p.283). Fenômeno reforçado pelos vocábulos “ainda que gratuitamente” (PRADO, 2013, p.71). Ou seja, com a ausência de critérios objetivos quantitativos diferenciadores dos tipos, a desnecessidade da autoridade estatal em comprovar a finalidade de tráfico, acentua mais ainda a perigosa vagueza normativa existente entre os tipos de tráfico e porte para consumo próprio.

Ao olvidar a necessidade de determinação da finalidade, o “descampado normativo” acaba legitimando uma realidade temerária. É possível perceber a criação de uma “zona gris de alto empuxo criminalizador” desatenciosa à potencial diversidade casuística, legitimando a preocupante tendência jurisprudencial em exigir do agente

delitivo, réu no processo criminal, provar a finalidade a qual se relacionou com a substância. Esta realidade permite uma conjuntura em que a acusação é isenta da apresentação de provas concretas sobre a real destinação daquela droga, dever este estabelecido constitucionalmente. Isto, diante do fato de haver a possibilidade de enquadramento em vias menos gravosas (porte para consumo e consumo compartilhado) (CARVALHO, 2014, p.288-289).

Nesta senda, é pertinente apontar a existência do Projeto de Lei 7270/2014 que, de autoria do deputado Jean Wyllys do PSOL, propõe a legalização apenas da maconha e derivados, mantendo a ilegalidade sobre as outras substâncias. Contudo, além de propor um pena mínima de 4 anos altera a redação do Art. 33 da Lei 11.343/06 para estabelecer a necessidade em se comprovar o intuito lucrativo na execução das condutas (BRASIL, Projeto de Lei ° 7270, 2014a). Ou seja, se passaria a exigir a comprovação da finalidade da conduta do agente.

Contra a ideia de inversão do ônus da prova construída, Guilherme Nucci também se insurge, contudo, sua preocupação é expressa apenas para os casos em que o agente pratique as condutas previstas também no Art. 28, caput (NUCCI, 2010, p. 359). Em uma análise literal da Lei de Drogas, diante da já apontada oscilação entre os extremos existente nos artigos 28 e 33, e, em atenção a colidência de diversos núcleos entre os dispositivos, se visualiza que em não se tratando de conduta prevista no art. 28 (dos núcleos adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo), ainda que o intuito seja de consumo próprio, a incriminação restará à via mais drástica do enquadramento no tráfico (PRADO, 2013, p.71).

É elucidativo o resultado do estudo realizado em São Paulo, pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade. A análise determinou um perfil predominante dos casos em que foram enquadrados pelas autoridades estatais no tipo, de modo que foi observado:

- a) Os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina;
- b) Apreende-se apenas um pessoa presa por ocorrência e há apenas a testemunha da autoridade policial que efetuou a prisão;
- c) A média das apreensões comuns foi de 66,5 gramas de droga;
- d) Os acusados não tem defesa na fase policial;
- e) A pessoa apreendida não estava portando consigo a droga;
- f) As ocorrências de flagrantes de tráfico de drogas não envolvem violência;

- g) Os acusados representam uma parcela específica da população: homens, jovens entre 18 e 19 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais;
- h) Os réus são defendidos pela Defensoria Pública;
- i) Respondem ao processo privados de liberdade;
- j) Os acusados são condenados à pena inferior a 5 anos;
- k) Aos condenados não é dado o direito de recorrer em liberdade. (JESUS et alli., 2011, p.122)

Essa realidade, sobre as circunstâncias, agente e processamento deste, é similarmemente constatada pelo estudo desenvolvido em Salvador, do Observatório da Prática Penal da Escola Superior da Defensoria (BAHIA. Observatório da Prática Penal, 2014). Se, por um lado, é possível interpretar as conjunturas encontradas como um indicativo do perfil dos praticantes de tais crimes, também é possível analisar tais dados sob o olhar da preferência institucional na persecução penal, no combate às drogas, debate que será melhor desenvolvido.

É coerente a sustentação de que o estabelecimento da distinção entre usuário e traficante pela quantidade ocasionaria a “adaptação” do tráfico, para a comercialização de pequenas quantidades, contudo, é sintomática o fato de que dentre os 52% dos acusados que fizeram algum tipo alegação, 30,66% se afirmaram como usuários, 28,1% alegaram se tratar de flagrante forjado, 20,8% negaram a propriedade da droga (JESUS et alli., 2011, p.58 e 103). Ou seja, não se pode deixar de apontar que, mesmo que se questione a veracidade das alegações, a ausência de critérios distintivos permite que em algumas situações, pela subjetividade inerente aos critérios postos, meros usuários sejam enquadrados como traficantes.

Em pública oposição à descriminalização e à criação de patamares quantitativos de distinção das condutas de tráfico e porte para consumo, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, durante sessão de debate sobre o RE (Recurso Especial) 635.659, que como visto discute a descriminalização do porte para consumo das drogas ilícitas, levou à discussão o argumento de que a descriminalização poderia acarretar na criação de um “exército de formigas” (COELHO, 2015). Nessa concepção, a criação da possibilidade do porte de drogas, em pequenas quantidades, deixar de ser um crime levaria à um processo de adaptação do tráfico, que passaria a se valer da suposta segurança que supostamente numerosos agentes portando pequenas quantidades traria.

Aqui, não se pretende refutar que com uma eventual descriminalização possa desencadear essa dinâmica. Contudo, o que se coloca em pauta na discussão não se trata propriamente da capacidade adaptativa do movimento de tráfico de drogas, este que, como aponta Thiago Rodrigues, mesmo com uma imensa gama de planos, iniciativas, cooperações regionais e globais, num exaustiva tentativa de suprimir e extingui-lo, com o gasto de bilhões de dolares por mais de 40 décadas, não deixou de se adaptar às novas realidades impostas pela repressão e principalmente de se expandir (2009, p.6). Assim, de fato a descriminalização por si só não seria suficiente para combater o tráfico, contudo, como veremos mais a frente, a questão da descriminalização não pode ser vista com este olhar reducionista do combate às drogas, uma vez que este sistema acaba por produzir nefastos danos colaterais.

Como já analisado, a previsão de critérios objetivos legalmente instituídos (principalmente o quantitativo) seria uma medida garantista para o agente, de modo a se permitir uma presunção relativa da imputação penal. Estes critérios seriam analisados sobre égide dos outros já existentes, de análise subjetiva, para o estabelecimento de uma orientação no oferecimento da denúncia ou da condenação. Deste modo, a atribuição do tipo penal (tráfico ou porte para consumo), poderia ser conduzida de forma mais previsível e segura.

Ocorre que, diante da “inversão do ônus probatório, estes critérios, na condição de ferramentas normativas, utilizados na análise dos elementos objetivos do tipo para incriminação do agente poderiam “servir apenas como indicativos, mas nunca como fundamento tarifado” no enquadramento do agente. Nesta lógica, compete à autoridade acusadora, diante da disponibilidade da realidade, comprovar a intenção de praticar ato comercial enquadrável como tráfico, ainda que textualmente não seja exigida tal finalidade. Assim, no caso de ausência probatória, é “imperativa a desclassificação para o *caput* do art. 28 da Lei de Drogas” (CARVALHO, 2014, p.291-298).

Neste sentido, é imperioso apontar uma simbólica incoerência presente na lei 11.343/06. Como levanta Daniel Nicory do Prado, apesar de que, para a configuração do crime de tráfico, não se estabelecer a necessidade da comprovação da destinação comercial da substância “o proveito econômico do crime foi levado em consideração para a cominação da pena de multa”. Isto, diante do fato de que ao

apresentar pena de multa de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, a pena para a traficância em seu patamar mínimo é superior a maior quantidade dias multa prevista no código penal (2006, p.71-72).

Além da previsão constitucional em determinar a inafiançabilidade e proibição de concessão de graça ou anistia, na forma do Art. 44 da Lei 11.343/06, ao agente do crime de tráfico, é vedada a suspensão condicional do processo ao indulto, anistia e liberdade provisória. Dessa forma, o rigor empregado ao agente emoldurado como traficante só seria amenizado diante das causas de redução de pena (Art. 33, §4º) (BRASIL, Lei nº 11.343, 2006a).

Na redação original, o §4º do Art. 33 da Lei de Drogas vedava a conversão da pena restritiva de liberdade aplicada ao caput e às condutas do §1º em penas restritivas de direitos, lógica mantida pela parte final do Art. 44. Contudo, em 2010, com o HC 97.256/RS, com o Min. Ayres Britto como relator, esta vedação foi considerada inconstitucional (BRASIL, p.1-2, 2010), de modo que, tempos depois o Senado produziu a Resolução nº 5, de 2012, que suspendia o uso da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” no §4º do Art. 33 (SENADO FEDERAL, 2012a). Em relação à liberdade provisória, que como visto era vedada pelo Art.44, em 2012 o STF também se manifestou, no HC 104.339/SP, para declarar a inconstitucionalidade da proibição (BRASIL, STF, p.1, 2012b).

O instrumento da redução da pena se mostra como uma importante ferramenta da individualização da pena para os casos em que o indivíduo, réu primário, com bons antecedentes criminais, não pertença à organizações criminosas e nem se dedique a atividades criminosas (LEAL, 2007, p.145). Cumprindo tais requisitos, é aberta a “possibilidade de reduzir a pena, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), dos crimes do caput e do § 1º do art. 33” (PRADO, 2013, p.81). De modo que a presunção da condição de primário, dos bons antecedentes e da ausência de atividades ou participação em organizações criminosas, “milita” a favor do réu, sendo do Ministério Público o ônus em provar o contrário (GRECO FILHO E RASSI, 2007, p.102)

Como exposto, a mesma pena, bem como a redução desta, também se aplica às figuras dos crimes equiparados ao crime do caput do art. 33 (LEAL, 2007, p.143). A primeira figura equipara ao tráfico, prevista no inciso I, é a de quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas (BRASIL, Lei 11.343, 2006)

Nesta seara, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi sustentam que a matéria-prima, insumo ou produtos químicos não precisam de já apresentar “efeitos farmacológicos de tóxicos”, bastando a aptidão química para a produção do entorpecente ou mesmo análogo à droga, utilizando ainda como exemplo, a acetona e o éter (2007, p.92). Contudo, é necessário irresignação diante de tais afirmações. De logo, em atenção ao princípio da taxatividade, ainda que se entenda pela razoabilidade do imposto no dispositivo, a criação de uma nova droga não prevista no rol estabelecido pela Portaria de nº 344/98 da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, não poderia fazer incidir tal figura equiparada.

Atento à coerência do exposto pelos doutrinadores acima, Daniel Nicory do Prado aponta que nas circunstâncias descritas “todos os agente públicos que atuem na investigação ou nos processos penais de tráfico de drogas, estarão cometendo o delito do art. 33, §1º, I da Lei nº 11.343/06, se guardarem acetona em suas casas”. De modo que, seria necessária a comprovação da destinação à produção da droga. Salienta ainda, que apesar das orientações internacionais incentivarem a repressão às condutas em todo à cadeia de fornecimento, não há nas convenções a imposição da equiparação no tratamento dos atos preparatórios (2013, p.72). Mais uma vez é possível enxergar a forma como a legislação brasileira, bem como parte da doutrina, anseia acentuado rigor no combate às drogas.

Outra figura equiparada, que por sua vez é muito semelhante ao já abordado tipo previsto no art. 28, §1º é de quem “semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas” (BRASIL, Lei 11.343, 2006).

A diferença do autocultivo para consumo (art. 28, §1º) do tipo apresentado no art. 33, §1º, II é basicamente a finalidade com a qual se cultiva a planta. Também suscetível à vagueza normativa na diferenciação, se torna perigosa a separação das finalidades. Rogério Sanchez Cunha aduz que tal celeuma não mais existe na atual legislação de drogas, alegando que com o disposto no art. 28, §1º e no art. 33, §1º,

II as pequenas quantidades atribuiriam as consequências da equiparação do porte para consumo e médias e grandes quantidades do tráfico (CUNHA et alli., 2013, p.173). Apesar de harmoniosa, tal argumentação peca ao passo que desconsidera inexistir parâmetros quantitativos claros na diferenciação entre o porte para consumo e tráfico, o que se estenderia às figuras assemelhadas.

Esse problema específico seria sanado, ainda que não se legalizasse o consumo, na eventualidade de se tomar medidas como adotada pelo Uruguai, que através da Lei 19.172 de 2013 criou o paradigma que permite cultivar até 6 (seis) pés para consumo próprio, ou 99 nos casos dos “clubes canábicos” (URUGUAI, Lei 19.172/13).

Para Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, na forma da Lei de 8.257/91, que regulamenta expropriação de terras em que se localizem culturas ilegais de “plantas psicotrópicas”, também se configuraria a referida figura equiparada nos casos de mero preparo da terra (2007, p.95). Esta linha raciocínio ganha coerência ao ser comparada com o costume em criminalizar os atos preparatórios, contudo, não haveria como prosperar, uma vez que não há previsão legal sobre tal conduta, principalmente diante do silêncio de tal conduta no art. 243 da Constituição Federal, que prevê a expropriação de terras (BRASIL,1988) ou esforço legislativo em se estabelecer a descrição do maior número de condutas possíveis.

A última das figuras equiparadas pelo §1º do art. 33, é quem:

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

Analisando o *caput* do art. 33, bem como as figuras assemelhadas, é possível extrair que apesar da proscrição geral às drogas, estas não foram totalmente banidas. Valendo-se da técnica de normas penais em branco, os dispositivos, além de delegar a competência para o complemento do termo droga ao poder executivo, reafirmam a criminalização das condutas enfatizando estas quando em desacordo com as determinações/regulamentações legais, ou seja, excepcionalmente se autoriza tomar certas condutas, desde que autorizadamente. Nesta análise, é relevante o exemplo levantado por Daniel Nicory do Prado, sobre a possibilidade se realizar pesquisas experimentais em hospitais universitários (PRADO, 2013, p.71).

De tal maneira, substância extraída da Cannabis, o “canabidiol” (CBD) se mostrou a via mais eficaz no tratamento de algumas condições médicas que acarretavam em espasmos e crises epilépticas. Dessa forma, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) tomou a decisão em relocar o CBD da listas de substâncias proibidas para o de controladas, permitindo assim que, excepcionalmente, os indivíduos que o necessitem possam importar medicamentos que contenham o canabidiol (ANVISA, 2015). Nesta situação, o Estado está expressamente autorizando a utilização de uma substância antes completamente proibida, desde que atenda aos requisitos por ele estabelecidos.

Sobre tal situação é curioso pensar que apesar de ter sido completamente proscrita por muito tempo, provavelmente pela mera ligação à cannabis, o CBD não apresenta nenhum dos temidos efeitos entorpecentes que justificam a proibição da cannabis.

Por fim, se aponta as únicas figuras intermediárias trazida pela Lei 11.343/06, entre os crimes de tráfico e porte para consumo, primeiramente a figura do consumo compartilhado, ou do “fornecimento gratuito para consumo comum”, que apesar do nome se mostra tipificado dentro do art. 33, no seu §3º, sendo “delito de menor potencial ofensivo” (CARVALHO, 2014, p.309-310). O dispositivo prevê para aquele que: “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”, poderá sofrer pena de 06 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e arcando com multa de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, “sem prejuízo das penas previstas no art. 28) (BRASIL, Lei 11.343, 2006).

É importante apontar a incoerência legislativa ao passo que se estabeleceu a pena econômica mínima de 700 dias multa, superior inclusive ao proposto para o *caput* (500). Deste modo, se defende a inconstitucionalidade desta pena de multa, uma vez que além de desproporcional face ao inferior nível de repugnância para o crime, há no tipo a exclusão da finalidade lucrativa (PRADO, 2013, p.78). Ou seja, fica estabelecido um crime que a partir de sua pena restritiva de liberdade é considerado mais severo que o outro (tráfico e consumo compartilhado, respectivamente), mas o segundo apresenta uma repercussão econômica mais austera.

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi sustentam que além das circunstâncias de ausência de lucro (sem afastar a negociação diante do exemplo do rateio do valor) e da eventualidade no oferecimento, é necessário que todos os indivíduos sejam maiores de 18 anos (sob pena de aplicação do caput do art. 33) e que todos aos quais é oferecida a droga mantenham relacionamento íntimo (2007, p.100-102). Nesta última afirmação, também coaduna Nucci. Tratando o tipo como tráfico privilegiado, sustenta também a necessidade de se verificar a finalidade para consumo em conjunto (2010, p.371). Contudo, não parece ser razoável sustentar a classificação do consumo compartilhado como figura do tráfico privilegiado, uma vez que se aproxima muito mais da ideia de porte (CARVALHO, 2014, p.310).

Ressaltam-se, ainda, as figuras do induzimento, instigação e auxílio ao uso, tipificado pelo §2º do Art. 33, da Lei de Drogas, estabelecendo pena de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção e multa variando entre 100 (cem) e 300 (trezentos) dias-multa (BRASIL, Lei 11.343, 2006). Sobre o assunto, com a atuação de um movimento autointitulado a “Marcha da Maconha”, este que se propunha estabelecer debates e manifestações acerca da legalização da droga, se iniciou uma série de debates sociais não somente sobre a legalização da maconha, mas também sobre a legalidade de tais manifestações. Deste modo, em 2011, a 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, provocada pelo membros do MP (Ministério Público), pertencentes ao GAERPA (Grupo de Atuação Especial de Repressão e Prevenção Previstos na Lei Antitóxicos), proibiu a realização da manifestação sob o argumento de que o movimento, nas ruas e nas redes sociais, ao se expressarem estariam induzindo e instigando ao uso de substâncias ilegais (SÃO PAULO, 2011).

Proibida a manifestação, o movimento reformula sua pauta e decide sair às ruas da mesma maneira, contudo, reivindicando o direito de liberdade de expressão. O ocorrido terminou por resultar na repressão policial, se valendo do uso de balas de borracha e bombas de efeito moral (FOLHA SÃO PAULO, 2011). Ainda em 2011 STF se manifestou sobre o assunto na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4.274/DF, de relatoria do Min. Ayres Brito, afirmando que o §2º da Lei 11.343/06 não poderia ser utilizado para fundamentar a proibição de eventos públicos que militassem no debate da legalização e descriminalização de entorpecentes, visto que isso violaria direitos garantidos pelo Art. 5º da Constituição Federal, como os direitos

de reunião, liberdade de manifestação e expressão, e, de acesso à informação (incisos XVI, IV, IX e XIV, respectivamente). Neste sentido, o STF, por unanimidade dentre os presentes, deu interpretação conforme à consituição ao §2º da Lei de Drogas para dele:

Excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. (BRASIL, STF, 2011, p.1-2)

Posto isso, se observa que a solidão dos tipos do consumo compartilhando, indução, instigação e auxílio como figuras intermediárias numa conjuntura em que se flerta muito mais com o máximo punitivo da Lei de Drogas, termina por não ser suficiente para a resolução do problema existente no vácuo normativo entre porte para consumo e tráfico.

Conclui-se, então, que a estrutura de punição existente na proibição às drogas é delineada de forma que resta extremamente insegura a imputação do crime cometido, face a uma violenta variação da resposta penal, dando uma exagerada maleabilidade às autoridades estatais. Todavia, constatada uma padronização dos “clientes penais”, aqui ainda não é possível delimitar uma intencionalidade por trás dessa realidade.

3.3 O BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA E O PROIBICIONISMO

O proibicionismo a certas drogas está posto no Brasil, se trata de um fato. Isto não significa afirmar que se instaurou a completa abolição do relacionamento humano com as substâncias proscritas. Como já demonstrado, o sistema proibitivo permite excepcionalmente, a produção, plantio, importação e diversas outras condutas tipificadas, mediante a autorização estatal. Questiona-se, então, não a justificativa da liberação excepcional das drogas ilegais, mas a manutenção da proscrição destas.

Quando da abordagem sobre as políticas criminais de drogas, foi visualizado que a plataforma de controle social sobre o crime e criminalidade no Brasil se pautava predominantemente no uso do Direito Penal, de modo que, conseqüentemente a

repressão penal se torna protagonista na lida das políticas públicas de drogas (SANTOS, 2012, p.419-420). Assim, em atenção a tal fenômeno, é imperioso alcançar a sustentação de tal realidade, e posteriormente o que haveria de recôndito em tal prática discursiva.

Para cumprir tal empreitada, é necessário compreender então que, como preleciona Nilo Batista, a finalidade do Direito Penal seria a de proteger os “bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena” (2005, p.116). Na concepção do autor, caberia ao DP (Direito Penal) a função de defender a sociedade por meio da proteção dos bens jurídicos, garantindo “segurança jurídica, ou a confiabilidade nela” e, ao mesmo tempo, assegurando a validade das normas. (2005, p.111-112).

Remete-se, então, aos preceitos delineados por Claus Roxin, que define bens jurídicos como as “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (2009, p.18-19). Dessa forma, tais circunstâncias e finalidades devem impor um funcionamento da máquina estatal e da garantia dos direitos fundamentais, de modo a permitir o livre desenvolvimento dos indivíduos (ROXIN, 2012, p.298).

Neste sentido, o Direito Penal serviria como uma garantia da “existência pacífica, livre e socialmente segura” para o povo, atuando somente quando tais objetivos não pudessem ser atingidos por vias menos gravosas, com afirmações político-sociais que interfiram minimamente nas liberdades da população, ou seja, a proteção dos bens jurídicos. Assim, a intervenção jurídico-penal legalmente instituída através do Direito Penal e constitucionalmente orientada deve ser fundamentada no exercício de sua função social (2009, p.16-17). Portanto, para que haja a intervenção penal-estatal, galgando a pacificação social, seria fundamental a percepção de justificado motivo, de modo a não lesar ou interferir desnecessariamente na vida dos indivíduos.

Em reconhecimento da potencial violência com a qual o Direito Penal se apresenta, a doutrina resta pacificada quanto ao fato de que sua atuação ficaria às circunstâncias em que os outros mecanismos de “prevenção e controle social” venham a falhar. Essa natureza subsidiária do Direito Penal decorre “de um imperativo político-criminal proibitivo do excesso”, pautado no princípio da

proporcionalidade, estabelecendo a lógica do uso de tal ferramenta tão potencialmente lesiva, principalmente à liberdade, somente na eventualidade de não mais existir vias menos nocivas ou adequadas de ação (QUEIROZ, 2015, p.66-67). Conclui-se, então, que o DP deva funcionar como *ultima ratio*, atendendo ao princípio da intervenção mínima, que apesar não estar constitucionalmente expresso, nem mesmo no código penal, é uma consequência lógica de outros princípios penais positivados, bem como do anseio em se construir uma sociedade “livre, justa e solidária” com a propagação do bem estar desta sociedade, e da dignidade da pessoa humana (BATISTA, N., 2005, p.85).

É atinente a tal sistemática que também se revela o caráter fragmentário do direito criminal, em que a seleção e tipificação das condutas obedecem à relevância do bem jurídico que se visa proteger, bem como à gravidade do mal perpetrado. Não caberia ao DP o empenho completamente exaustivo na fixação de infrações penais e bens jurídicos a serem protegidos (QUEIROZ, 2015, p. 68). Assim, uma vez estabelecidos os crimes e contravenções, a conduta tomada pela figura do autor deve necessariamente se relacionar com a figura do bem jurídico, alvo da proteção jurídico penal e ultrajado. (BATISTA, N., 2005, p.91). “Só as proibições que gerem algum ganho social, só as proibições que sejam idôneas a proteger um bem jurídico podem ser legítimas” (GRECO, 2005, p.24), havendo de se configurar um risco não permitido para o bem jurídico (ROXIN, 2015, 35). Ou seja, trata-se de afirmar que para a criminalização de determinada conduta é preciso que haja um bem jurídico tutelado, ou risco não permitido.

Até aqui, a construção do Direito Penal se apresenta como uma ferramenta humana de pacificação e controle social, de modo que, a serviço desta humanidade, deveria funcionar como um instrumento de maximização da vida em sociedade, servindo-a. Isso posto, indaga-se, qual ou quais bens jurídicos se pretende proteger com as criminalizações realizadas, mais especificamente ao porte para consumo e à traficância.

A resposta para tal questionamento é perceptível na doutrina conforme se entende que as condutas e circunstâncias previstas nos Art. 28 e 33, bem como a maior parte dos dispositivos na Lei de Drogas, viriam a proteger o bem jurídico “saúde pública” (ROSA, 2012, p.341-345). Essa realidade é coerente com o processo

evolutivo da proibição às drogas, que em seu desenvolvimento passou a se valer do discurso médico-sanitarista para legitimar a proibição (OLMO, 1990, p.34).

Guilherme de Souza Nucci, apesar de também levantar a saúde pública como bem jurídico tutelado pelo porte para consumo e tráfico, legitimando seu discurso proibicionista, sustenta que tal qual os crime de porte ilegal de arma de fogo, aduzindo não haver incompatibilidade jurídico principiológica com o ordenamento, o crime de tráfico seria um crime de perigo abstrato, em que a mera probabilidade de dano ao objeto jurídico do tipo já seria presumivelmente punível (NUCCI, 2010, p.355). Esse discurso de crime de perigo abstrato revela o tratamento simbiótico com o qual é realizada a incriminação do porte para consumo e do tráfico, de modo que, sustenta-se que a repressão à figura do usuário pretenderia a repressão ao próprio tráfico de drogas (MARONNA, 2012).

Tratando-se de crimes em que o legislador considera a conduta perigosa por si só, de modo a dispensar a comprovação de qualquer lesão ou perigo concreto de lesão, os crimes de perigo abstratos presumem que a conduta criminalizada é maléfica demais para se materializar (dentre eles a direção em estado embriaguez e o porte sem autorização de armas de fogo), mesmo que indivíduo ou bem jurídico algum venham a ser lesados ou palpavelmente colocados em risco (QUEIROZ, 2015, p. 214-215). Dessa forma, ainda que sua constitucionalidade seja amplamente questionada (GRECO, 2004, p.90), sob a égide de que se criminalizaria a simples desobediência à norma (QUEIROZ, 2015, p. 216), o STF reconheceu, por meio do HC de nº 106.163/RJ, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que sua existência não violaria o ordenamento jurídico pátrio, fundamentando que esta seria uma das alternativas mais eficazes para a proteção de certos bens jurídicos (BRASIL, STF, 2012c).

Destarte, sem questionar a capacidade de lesão e adição das drogas ilícitas, face aos pressupostos dos bens jurídicos, e apesar da alegação de que se incriminaria o porte e tráfico de determinadas substâncias devido à deterioração de bem jurídico considerado essencial à vida humana (saúde pública) (NUCCI, 2010, p.355), ou melhor, do perigo abstrato a tal bem, se elucubra: já estando estabelecido, o proibicionismo, como tutela do bem jurídico saúde pública, tem se mostrado uma ferramenta eficaz na empreitada de proteger este?

O código penal brasileiro, de 1940, já estabelecia a tipificação de crimes contra a saúde pública, tais como epidemia (Art.267) e “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” (Art. 273), de modo que estes parecem legitimar a proteção do bem jurídico em destaque (BRASIL, Decreto-Lei nº 3.914, 1941b). Dessa forma, em se tratando de crimes que oferecem um perigo à sociedade, a presunção absoluta do perigo à saúde pública já é suficiente para a proteção do bem jurídico (GRECO FILHO e RASSI, 2007, p.80). Este discurso termina por legitimar o temor social de uma parcela da sociedade que defende a proibição, a exemplo do médico e presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde, Osmar Terra, sob os argumentos de que a manutenção desta evita que ocorra uma expansão da dependência nestas substâncias. Isto, sob o argumento de que os níveis de adição e contato com estas drogas ilícitas seriam baixos, justamente pela proibição a estas (TERRA, 2014).

Todavia, após décadas de proibição, com mais de 40 anos de repressão belicista, em estado de “guerra”, a repercussão mundial de um sistemático proibicionismo não apresenta resultados promissores. A lógica do proibicionismo terminou por ocasionar em “mortes, prisões superlotadas, doenças se espalhando, milhares de vidas destruídas e nenhuma redução a disponibilidade das substâncias proibidas”. Neste sentido, a proibição repressiva estabelece uma pressão sobre o mercado ilegal, com socialmente danosas consequências, que termina por acarretar num processo de expansão comercial das “arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas” (KARAM, 2013, p. 8).

No corrente momento da finalização do presente estudo monográfico, a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), conjuntamente com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça (Senad/MJ), realizam o “III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira”, ainda sem conclusão (OBID, 2016). Dessa forma, os dados relacionados ao consumo de drogas no Brasil, ao menos institucionalmente, se encontram defasados uma vez que o a segunda versão deste estudo fora realizada em 2005. Segundo este estudo, projeta-se que 22,8% da população brasileira já tenha feito o uso de drogas (sem levar em consideração o álcool e o tabaco, mas incluindo outras substâncias sem proscricção, como os estimulantes do apetite), de modo a representar um número absoluto, à época, de 10.746.991 (dez milhões, setecentos e quarenta e seis mil e novecentos e

noventa e um) indivíduos que em algum momento de sua vida já consumiram alguma droga. Dentro deste universo as duas substâncias mais utilizadas foram a maconha (8,8%) e os solventes (6,1%) (CEBRID, 2006, p.34). Dados que se apresentam expressivos diante da afirmação realizada pela ONU, por meio do World Drug Report 2016, relatório anual realizado pela UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), de que apenas no ano de 2014, 247 milhões de pessoas teriam utilizado drogas ilícitas (2016, p. X).

Assim, é importante ter em mente que o consumo de drogas ilícitas não é um hábito dos assombrosos traficantes, mas também e principalmente de uma significativa gama de consumidores, que tendo consciência e liberdade sobre seus atos, estimula este mercado. Deste modo, ao passo que se retira de circulação um produto de ampla procura, adotando uma administração central (institucionalização da proibição), é natural que os mercados paralelos se movimentem no sentido de supri-lo e explora-lo (SCHEERER, 2004, p.108-109).

Ocorre que, o status de proibição acarreta em severas consequências tanto para o indivíduo consumidor, quanto para a sociedade. Paulo Queiroz, rebatendo a tese de que a proibição se justificaria pela periculosidade que as condutas delituosas apresentariam ao serem relacionadas às substâncias proscritas, merece contemplação ao passo que afirma:

A tese é infundada, porém. Primeiro, porque a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre a qualidade da droga produzida e consumida, inclusive porque as autoridades sanitárias nada podem fazer a esse respeito, em razão da clandestinidade; segundo, porque os consumidores não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos das substâncias psicoativas; terceiro, porque o sistema de saúde (hospitais, médicos, planos de saúde etc.) não está minimamente aparelhado para atender aos usuários e dependentes; quarto, porque o próprio usuário é ainda tratado como delinqüente, e, pois, como alguém que, mais do que tratamento, precisa de castigo (2009).

Nessa lógica, o distanciamento gerado pela proibição, entre consumidores e os objetos de consumo, acaba por criar circunstâncias tão preocupantes quanto as que se queria evitar. O bem jurídico saúde pública termina por ser lesionado justamente pelo mecanismo que visava protegê-lo.

Por outro lado, trabalhando com a América Latina em perspectiva, dentro da qual o Brasil, assim como Colômbia, se destaca como parte dos grandes mercados de drogas ilícitas, Rubem César Fernandes aponta algumas mazelas sociais

ocasionadas pela proibição. O autor preleciona que a proscricção acarrearía no “desenvolvimento de poderes paralelos” ao passo que o Estado vai sendo suprimido pelo poderio econômico e bélico formado por grupos que se beneficiam da marginalidade criada pelo Estado e se infiltram em suas lacunas sociais de vulnerabilidade (2008, p. 10-11).

O estado de proibição também acarretaria na “corrupção da via pública”, ocasionada pela sedução econômica realizada dentro e fora das instituições públicas de repressão. E na “alienação da juventude, sobretudo da juventude pobre”, refém de um ciclo de vicioso que draga esta, maior público consumidor, para uma realidade de resistência e violência (FERNANDES, R., 2008, p.11-12). Os flagelos sociais e individuais que permeiam a realidade das drogas ilícitas, sua proibição e repressão, não se limitam às mazelas apresentadas, mas por ora são suficientes para demonstrar que a estigma proibitiva imposta à uma gama de substâncias ditas ilícitas, termina por ocasionar em efeitos opostos ao que justamente se queria prevenir, e pior, a violação e deterioração de outros importantes bens jurídicos e direitos.

O que se faz necessário compreender é que, diferentemente do que se faz crer socialmente, ou melhor, com o discurso institucional da proibição, “os maiores riscos e danos relacionados às drogas qualificadas de ilícitas não provêm delas mesmas, mas do proibicionismo em si”. Trata-se de uma fragilização do Estado Democrático de Direito, que em ações de um Estado totalitário, proíbe arbitraria e seletivamente determinadas “substâncias e matérias-primas”, fazendo crer que sua criminalização é fundamentada em um justificado perigo. Contudo, a ânsia do combate termina por vitimizar e lesar não só o próprio bem jurídico e valores que se propusera expressamente a defender, mas uma gama de direitos fundamentais (KARAM, 2007, p. 140).

4 SELETIVIDADE PENAL E O CONTROLE SOCIAL

Ao passo que o presente trabalho monográfico se propõe a examinar a seletividade existente na proibição a certas drogas, faz-se necessário compreender o que se entende por Seletividade Penal, bem como sua origem e implicações. Para tal, antes de adentrar a discussão chave do presente capítulo, é necessário fixar alguns pressupostos.

Uma vez que aqui, preconiza-se uma análise criminológica do assunto, mais especificamente à luz da Criminologia Crítica, partindo do pressuposto de se tratar de uma ciência autônoma, a investigação a ser realizada irá contemplar a definição da Criminologia para que se entenda a sua separação do Direito Penal.

Também serão tecidas algumas considerações sobre alguns institutos/fenômenos relacionados à seletividade, para que então se possa analisar criminologicamente sua atuação como mecanismo de controle social. Assim, adota-se como definição de controle social “as medidas tendentes à manutenção e reprodução da ordem socioeconômica e política estabelecida” (CASTRO, 2005, p.43).

Isso posto, é preciso ter em mente que o controle social funciona não só como uma ferramenta de manutenção de uma ordem, no sentido de previsibilidade e pacificação social, mas também da imposição de padrões e normas que permitam a continuidade dos valores já estabelecidos socialmente, sendo intrínsecos a toda sociedade (D’ELIA FILHO, 2007, p.27).

Em que pese o Direito Penal transmita o discurso de proteção de bens jurídicos, para o estabelecimento de uma sociedade próspera para seus componentes, este é apenas um discurso declarado, de modo que, como objetivo “real”, o Direito Penal serve como uma ferramenta política no exercício do controle social. Assim, de fato, protege os bens jurídicos e os ideais de pacificação social, contudo, pautado na manutenção de uma estrutura ideológica específica (SANTOS, 2012, p. 5-6).

É importante ter em mente que o Direito Penal “não é única nem a mais importante expressão do controle social formal” para a manutenção da estrutura posta, sendo este um fenômeno proporcionado por diversas manifestações das relações sociais,

tais como a “família, religião, língua, nacionalidade, orientação sexual etc” (QUEIROZ, 2015, p.60).

4.1 CRIMINOLOGIA E CONTROLE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Se fundamentando no entendimento de que o Direito, e conseqüentemente o Direito Penal, é uma construção humana, em que os conhecimentos e dogmas são “revelados” ou “descobertos”, a estruturação das funções do Direito Penal e do seu funcionamento é orientada pela forma como o ser humano o concebe, atendendo assim às necessidades dos seus criadores e cumprindo as funções concretas às quais foram designadas (BATISTA, N., 2005, p. 18-19). O Direito Penal então é trazido ao mundo, elaborado, planejado de acordo com a vontade humana, esta, sabidamente diversa.

Anteriormente, no momento em que se trabalhou o bem jurídico penal, se utilizou a orientação de Roxin de que o Direito Penal teria como função a garantia da existência pacífica, livre e socialmente segura através da proteção dos bens jurídicos (2009, p.16). Contudo, a própria ideia do que viriam a ser tais bens jurídicos também perfaz uma construção ideológica humana, de modo que também atenderia aos anseios daqueles que os idealizaram. Dessa forma, nada mais lógico do que os ensinamentos de Alessandro Baratta, de que: “a criminalidade não existe na natureza, mas é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação” (2014, p.108).

Vivendo em uma sociedade dividida em classes (não necessariamente econômicas), redutos sociais, o Direito Penal é criado de acordo com as concepções, valores e crenças sobre o que vêm a ser crime das classes que socialmente detêm o poder para tal, garantindo assim a preservação dos interesses de tais indivíduos. Assim, finalmente se refuta a ideia da função do Direito Penal só como a proteção de bens jurídicos, para também, numa perspectiva crítica, se sustentar a função de manter o arcabouço hierárquico estruturante da sociedade como ferramenta de controle social (BATISTA, N., 2005, p.21-22).

No estudo e construção do crime, o Direito Penal termina por legitimar a instituição de uma ordem que atende aos valores e necessidades daqueles que o desenvolve, desconsiderando e evitando os anseios daqueles que não fizeram parte do projeto. Desse modo, a defesa da ordem com a promoção dessa estrutura não necessariamente se faz de maneira consciente, mas o legitima (CASTRO, 2005, p.43). Nesta senda, somente a abordagem interna do Direito Penal não se faz suficiente.

Com suas origens no latim, a palavra “Criminologia” significa o tratado do crime, ou o estudo do crime (crimino + logos), de modo que se poderia sustentar o caráter não científico desta, uma vez que não haveria objeto próprio, dado que o estudo do crime caberia ao Direito Penal (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p.27). Contudo, a mera descrição etimológica da palavra não é suficiente para a compreensão do ramo do conhecimento, nem a colidência de objetos é motivo suficiente para a sua desqualificação como ciência.

Atentando para a limitação existente em se referir à criminologia apenas sobre o viés etimológico, sem olvidar a figura da vítima, Newton e Valter Fernandes, partem da ideia de se tratar de uma ciência causal-explicativa, a qual teria autonomia dado seu enfoque diferenciado do crime. Para os autores, apesar de trabalharem sobre a mesma “matéria-prima”, a criminologia se destacaria por se propor a uma análise mais profunda não só do crime, mas de suas origens e do criminoso, se atendo à efetividade do tratamento deste. Dessa forma, entendem ser a Criminologia uma ciência apta a investigar o “fenômeno criminal, a vítima, as determinantes endógenas e exógenas, que isolada ou cumulativamente atuam sobre a pessoa e a conduta do delinquente”, diferenciando-se assim do Direito Penal, “e os meios labor-terapêuticos ou pedagógicos de reintegrá-lo ao agrupamento social” (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p.27).

Também entendendo se tratar de uma ciência autônoma do Direito Penal, que teria por objeto próprio, José Flávio Braga Nascimento, apontando o caráter interdisciplinar e empírico da Criminologia, enfatiza as “características metodológicas de integração e sistematização” (2003, p.14-15). Portanto, apesar de se consolidar como ciência autônoma, para estudar seus objetos, recebe contribuições das mais variadas áreas do conhecimento, tais como a antropologia, a biologia, a psicologia, a

psicanálise e a sociologia (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p.47), podendo ainda se apoiar na economia política, na literatura, história, e até na geografia (BATISTA, V., 2015, p.15). Com isso, a criminologia não se limita a uma análise meramente jurídica, de modo que sua autonomia permite a utilização de outras ciências para a realização de seus estudos.

Baseando-se na interdisciplinaridade, a Criminologia é uma ciência do “ser”, que pretende a partir do delito “conhecer a realidade para explicá-la”, tomando como método o empirismo, e, como defende Antônio García-Pablos de Molina, seria uma ciência que se “baseia mais em fatos que em opiniões, mais na observação que nos discursos ou silogismos”, em oposição ao Direito, que seria uma ciência do “dever ser”, normativa, e que para o autor se limitaria aos métodos lógico, abstrato e dedutivo (2008, p.35). Contudo, não se pode concordar com o argumento de que o Direito se limita ao abstrato ou a lógica dedutiva, visto que até para o entendimento de suas finalidades ele pode se valer de dados do mundo concreto, extraídos através do método empírico, neste sentido, são essenciais as palavras trazidas por Nilo Batista:

Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua (BATISTA, N., 2005, 23).

Essa lógica criminológica sobre a concepção do método de estudo é oriunda da tradição de se contemplar a criminologia por um viés causal-explicativo sobre o crime e os criminosos, de modo que a mera observação dos objetos impedia o questionamento sobre as “funções de legitimação” da ordem social imposta. Essa tendência é ligada ao processo de desenvolvimento científico do pensamento jurídico em separar de tal modo o “ser” e o “dever ser”, que aparenta se tratar de dois mundos necessariamente “incomunicáveis” (BATISTA, N., 2005, p.28). Com isso, desconstrói-se a ideia de que o Direito não poderia se valer do método empírico.

Nessa linha, aqui adotando uma perspectiva crítica, parte-se não do empirismo, de uma análise não só sobre os fatos, mas do método dialético materialista histórico, numa concepção da “contradição dos objetos sociais”, analisando os antagonismos existentes no relacionamento entre as classes dominantes (o “capital”, com poder

econômico e político de impor anseios e necessidades na sociedade) e o “trabalho assalariado” (o proletariado, aqueles sem força econômica e social para tal) (SANTOS, 2013, p.359). Aponta-se assim, um prisma teórico negativo que proporciona uma inversão de valores sociais (CARVALHO, 2013, p.287), ou seja, a massa teórica apresentada irá se propor a desconstruir não só os paradigmas causal-explicativos, mas demonstrar que a partir da relação entre as classes sociais foi firmado um mecanismo de controle social do crime, legitimado pelas ciências que os contempla, principalmente a Criminologia e o Direito.

Em que pese a criminologia possua historicamente inúmeros precursores, que sob os mais variados primas se debruçaram sobre o crime e suas diversas facetas, especialmente o Marquês de Beccaria da Escola Clássica do Direito Penal (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p.70), escola que foi responsável pela “maior sistematização” sobre o controle social no “campo repressivo” (CASTRO, 2005. p. 42) é apenas com a antropologia criminal, no século XIX, que a criminologia surge como ciência, quando Lombroso publica seu livro *L'uomo Delinquente* (em uma tradução livre, o homem delinquente), dando início ao que se chamaria de Escola Positivista da Criminologia (OLMO, 2004, p.34). Para tanto:

É aí que se funda a criminologia como disciplina, como “ciência”. Esse saber se fundou na observação e medição dos encarceramentos pelo grande internamento. O século dos manicômios era também o século das prisões e dos asilos. A criminologia transforma-se num discurso autonomizado do jurídico, despolitizado e agora gerido pelo saber/poder médico. Como na inquisição, o “criminoso” será objetificado, agora, com o deslocamento do religioso para o científico, no combate ao mal que ameaça. A criminologia seguirá seu percurso acumulado e atualizando métodos.” (BATISTA, V., 2011, p.44)

Atrelado a um exagerado cientificismo, a escola positiva foi contaminada pelo “prestígio da experimentação e da quantificação”, que se verificou entre as ciências sócias no período. A partir de do “fiscalismo”, o estudo crime e do criminoso passa a ser contemplado não mais exclusivamente sobre a perspectiva jurídica, mas também por contribuições da “antropologia biológica, da genética, da endocrinologia, da psiquiatria e da psicologia” (CASTRO, 2005, p. 45). Assim como em quase todas as ciências sócias na época, a criminologia sofre a influência do positivismo filosófico, de modo que a condição de ciência, bem como a percepção da verdade, dependeria da comprovação científica através de métodos específicos. Por se entender não serem aplicáveis ao Direito os métodos de observação, investigação e comprovação

utilizados em outros ramos da ciência, como a Biologia e a Antropologia, a Criminologia, sustentando que o Direito não seria uma ciência, passa a analisar dados estatísticos e as regularidades encontradas aplicando os métodos empíricos no estudo do crime e do criminoso. Dessa forma, “a aplicação da pena passou a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra atividade anormal dos seus componentes” (BITENCOURT, 2016, p. 103-104).

Para o positivismo crimonológico, partindo dos estudos sobre o homem, ou melhor, sobre “autor do delito”, o crime seria algo inerente a certos seres humanos, ontológicos, de modo a objetificar o indivíduo, numa análise totalmente despolitizada, principalmente a doutrina Lombrosiana que se pautava em fundamentos biológicos deterministas (BATISTA, V., 2011, p.45-46). Nessa linha, cabe ainda mencionar as contribuições de Enrico Ferri, criador da expressão “criminoso nato” e da Sociologia Criminal, este que não compactuava com a ideia de livre arbítrio e por isso, apesar de aceitar gradações entre os criminosos, defendia a nata instintividade para o crime nos indivíduos. Também sectário do determinismo, Rapahel Garofalo, jurista, que ao criar o termo “Criminologia”, desenvolveu a ideia de “delito natural”, crimes cometidos contra os valores sociais altruístas de piedade e probidade (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p.90,93,96). Curioso notar então, que as ideias relacionadas ao criminoso nato, além de criar a chaga delitiva sobre os indivíduos percebidos como tal, proporcionam uma manutenção da ordem estrutural da sociedade ao passo que, nesta lógica, não haveria espaço para a completa ressocialização, uma vez que o indivíduo sempre teria o “ímpeto criminoso”.

Assim, valendo-se do determinismo biológico, em contraposição aos pleitos de limitação da atuação e punição estatal, formulados no “liberalismo revolucionário” das revoluções burguesas, a Escola Positiva buscou a legitimação da punição estatal como uma responsabilização social do indivíduo pelo crime cometido, defendendo a pena como uma forma de Defesa Social (BATISTA, V., 2011, p.45-46). Conclui-se então que, a Escola Positivista ao se debruçar sobre as estatísticas criminais, constando quais eram os indivíduos punidos pelos crimes estabelecidos, considerado-os criminosos natos, termina por legitimar a sistemática punição estatal, permitindo assim a manutenção da ordem social, principalmente em face dos movimentos proletários contra as mazelas oriundas da produção industrial. Sobre assunto, precisa é a declaração de Vera Malaguti:

O positivismo como uma ideologia surgida do medo das revoluções populares, dirigidas à desqualificação da ideia de igualdade. As classificações hierarquizantes serviam para ordenar os problemas locais (pobres e indesejáveis) e os problemas gerais (nações e culturas periféricas). Pensamento do século XIX, só poderia surgir do grande internamento [...] É nesse momento histórico que a prisão converteu-se na pena mais importante do mundo ocidental (BATISTA, V., 2011, p.41).

Em que pese a contribuição do desenvolvimento científico no século XIX ter sido fundamental para a estruturação de uma Criminologia legitimadora do poder, tal argumentação não é suficiente para a total compreensão da sua consolidação como “ciência”. Com o capitalismo, modelo econômico que inicialmente pautava-se na liberdade absoluta dos indivíduos, sustentando que tal liberdade seria a garantia da igualdade entre os sujeitos, os anseios pelos lucros levaram a processos de “exploração de mão-de-obra”, e, alicerçado ao desenvolvimento científico da época, à substituição do trabalho humano por máquinas, o que possibilitou a formação de uma “massa de desempregados”. Consequentemente, o exponencial crescimento da miséria e de outras mazelas, oriundas da incapacidade dos indivíduos se sustentarem, acarretou na expansão da criminalidade e de movimentos que obstruíam a “própria existência do capitalismo”. Desta forma, a ideologia liberal, própria do capitalismo do início do século XIX, de que aquele que rompesse a ordem social com a delicto estaria se recusando a ser livre, não mais se sustentava, visto que a criminalidade e as revoltas populares ameaçavam a estrutura social. Para tanto, foi necessário que o “sistema” se reinventasse, de modo a racionalizar as desigualdades e impor novamente a ordem. É aí então que as ciências positivas, principalmente as baseadas nos estudos Darwinianos de seleção natural, passaram a legitimar o determinismo sobre a criminalidade, pois aqueles que não tivessem galgado posições privilegiadas socialmente seriam “biologicamente inferiores” (OLMO, 2004, p.41-45).

A busca por explicação científica surge como uma forma de manutenção “da ordem social reinante”, um mecanismo racional que parte de análises cartesianas para a justificação e preservação das hierarquias e estruturas estabelecidas, que se viam ameaçadas pelo desenvolvimento proletário desde o fim da primeira metade do século XIX (OLMO, 2004, p. 36). É razoável afirmar que o desenvolvimento da criminologia positiva, aderindo ao Direito quanto às concepções sobre os comportamentos criminosos, possibilitou um tratamento do crime como uma qualidade objetiva, atribuível aos indivíduos. Destarte, diante dos transgressores, as

penas eram imputadas partindo da “evidente” premissa de que as normas violadas e os valores sociais confrontados seriam “universalmente compartilhados, válidos a nível intersubjetivo, presentes em todos os indivíduos, imutáveis” (BARATTA, 2014, p. 87-88). Contudo, como já visto, o Direito Penal como fruto de uma idealização humana reflete tão somente os valores daqueles os quais detêm o poder para a elaboração das normas.

O estabelecimento social dos crimes, tanto numa perspectiva criminológica, jurídico penal ou de política criminal, é o efeito da “posição de poder” e dos anseios que determinada parcela da população mantém, para a manutenção da ordem e da hierarquia social. O capital, ou melhor, o “desenvolvimento do capitalismo” está dessa forma, intrinsecamente relacionado ao modo como os mecanismos institucionais se comportam face à preservação do *status quo* (BATISTA, V., 2011, p. 23). Torna-se coerente então, a adoção de uma análise que permita compreender a nuances da Criminologia, bem como o identificado processo seletivo da criminalidade, face às influências do capital e das classes dominantes no processo de definição da criminalidade.

Visto o exposto, não se poderia afirma existir uma homogeneidade no que vem a se chamar de Criminologia Crítica (BARATTA, 2014, p.159), contudo, faz-se necessária uma análise do controle social que contemple, além da constatação empírica da realidade, uma perspectiva crítica sobre a definição de criminalidade, para tanto, adota-se o conceito de Criminologia trazido por Lola Aniyar de Castro (1983), para quem criminologia:

É atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e desvio destas normas; e a reação social, formalizada ou não que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação e os seus efeitos” (CASTRO *apud* BATISTA, N., 2005, p.27)

Uma análise da criminalidade sob o prisma da Criminologia Crítica não aceita a atribuição do comportamento delitivo como uma “qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos”. Trata-se na verdade da observação de que a criação das condutas reprovadas institucionalmente pelo Estado legitima um “duplo” processo de seleção, em que além da escolha dos bens jurídicos dignos da proteção penal, e conseqüentemente das condutas capazes de lesar tais bens, seleciona-se também os indivíduos que serão “estigmatizados” na

construção dos tipos penais (BARATTA, 2014, p. 161). Sobre esse processo seletivo, mais a frente será enfrentado com maior profundidade.

Não se poderia afirmar que a Criminologia Crítica seria propriamente uma escola criminológica, uma vez que a diversidade de enfoques não conferiria uma unicidade metodológica, abrindo espaço inclusive para o seu questionamento como ciência criminológica. Contudo, trata-se de um “movimento prático-teórico” que encontra tal “unicidade” na crítica aos “paradigmas causal-etiológicos” existentes na construção do determinismo criminal (CARVALHO, 2013, p.288). Com intuito de analisar as repercussões do ordenamento penal na realidade, bem como do comportamento das instituições oficiais, questiona o arcabouço punitivo sobre os crimes, sem se prender às definições destes (BATISTA, N., 2005, p. 32).

Desse modo, independente do viés crítico que seja adotado, a “lente” da Criminologia Crítica permite um olhar diferenciado sobre os indivíduos rotulados como criminosos e sobre os que são responsáveis por fixar tais rótulos, sendo inclusive acusada de “romantizar” o crime. Contudo, partindo da análise da tensão existente entre rotulado e rotuladores, a concepção crítica se posiciona sim de forma política, fugindo dos anseios ortodoxos de produção do conhecimento, tal qual toda perspectiva se que oponha aos paradigmas já consolidados. Ocorre que, esse diagnóstico da imparcialidade não é coerente uma vez que como se comprova aqui, também há por trás da Criminologia Positiva as influências políticas que “desvirtuaram” a ideia de “neutralidade axiológica” do discurso das ciências positivas (CARVALHO, 2013, p. 291).

A Criminologia Crítica aflora então, propondo a alteração dos paradigmas de análise sobre a criminalidade, focando no funcionamento das instituições do sistema penal e questionando a estrutura política imposta e o controle social realizado. Para tanto, em seus estudos, partindo do materialismo congrega com as teorias do etiquetamento (labeling approach) e conflituais para investigar a criminalidade. (CARVALHO, 2013, p. 284). Posto isto, é necessário contemplar os paradigmas que serviram como marco teórico para seus sectários desenvolverem o arcabouço crítico do movimento.

4.2 CIFRAS OCULTAS: DETURPANDO A CRIMINALIDADE

Como já apontado, a utilização de estatísticas no estudo da criminalidade foi uma técnica utilizada pela escola positiva, que com base na observação realizada, se valeu do determinismo para justificar os padrões encontrados. Assim, se legitimou afirmar que dentro das sociedades existiriam indivíduos com tendências delitivas, criminosos natos, enquanto outros cometeriam crimes apenas ocasionalmente. (BITENCOURT, 2016, p. 104).

É a partir do estudo criminológico de Edwin H. Sutherland, sobre as estatísticas criminais, que se começa a atentar para o fato de que o cometimento de condutas classificadas como criminosas são muito mais comuns do que se imagina. Nem todos os crimes consumados na sociedade são efetivamente processados e punidos, assim, as meras estatísticas criminais, que podem contabilizar prisões, processos criminais ou boletins de ocorrência, não conseguem contemplar toda a realidade criminal (1949, p.49).

Independentemente do crime, bem como seu grau de reprovabilidade atribuído e o esmero institucional no combate e persecução deste, sempre existirá um “déficit” entre os números reais dos crimes ocorridos e os crimes que conseguem ser percebidos pelo Estado, punidos ou não. Ao se referir aos crimes não resolvidos, que não chegam à esfera judicial ou os que não são efetivamente punidos atribui-se a nomenclatura desenvolvida por Lola Aniyar de Castro, as “cifras negras” (zona obscura, dark number, chiffre noir) (PASSOS, 2014, 347-348). Ou seja, a cifra negra de um crime é o número de condutas delitivas que efetivamente aconteceram, contudo, independente do motivo, não foram reprimidas ou processadas.

Dessa forma, a cifra negra é estabelecida pela diferença entre a totalidade de crimes ocorridos e a quantidade da “delinquência reprimida”, ou seja, seriam os crimes em que o Estado, através dos seus “filtros” não consegue controlar (SÉVERIN, 1980, p.11; SANTOS, 2006, p.13). Nessa lógica, a quantidade de delinquência reprimida seria determinada por todas aquelas circunstâncias em que os crimes tenham sido investigados pela polícia judiciária, ou que as denúncias tenham sido oferecidas pelo Ministério Público ou que as sentenças condenatórias transitem em julgado e sejam

executadas (PASSOS, 2014, p. 347). São, portanto, infrações criminais que são completamente desconhecidas pelo Sistema Penal.

A partir da análise de Sutherland, também foi possível observar que não há um determinismo na identificação daqueles que praticam os crimes tipificados. Constatou-se que apesar da diferença existente nos tipos das condutas delituosas cometidas, a criminalidade é uma realidade presente em toda a sociedade, seja o criminoso oriundo das “slums” (favelas em inglês) ou dos redutos mais privilegiados da comunidade. Segundo o autor, utilizando exemplos como as apropriações indébitas e “fraudes” de ordem econômica (tributárias, falimentares e comerciais), seria possível afirmar que os sujeitos “do mundo dos negócios” teriam até mais possibilidade de delinquirem do que os moradores de bairros mais humildes. Isto se daria pelo fato dos “crimes dos slums”, geralmente cometidos por pessoas sem imersão social ou instrução para crimes mais elaborados, serem em regra, “ações físicas diretas” (“roubo, arrombamento, latrocínio”) que tem em si, vítimas definidas em indivíduos ou um grupo de indivíduos determinados. Por outro lado, os crimes de “colarinho branco” ocorreriam furtivamente de forma mais sutil, sem o emprego de violência, geralmente lesando apenas o “sistema”, sem ser possível identificar os diretamente lesados, alterando assim a percepção sobre a criminalidade (1949, p. 57).

Expressão trazida por Carlos Versele Séverin, as “cifras douradas” são os números correspondentes às condutas delitivas não constatadas pelo Sistema Penal próprias das classes mais abastadas, não perpassando pela criminalidade “ordinária”, mas “infrações contra o meio ambiente, contra a ordem tributária, o sistema financeiro, entre outros” (SÉVERIN, 1980, p.10; PASSOS, 2014, p.348-349). No caso, poderia se afirmar se tratar das cifras negras dos crimes de colarinho branco.

É pertinente a afirmação feita por Baratta ao sustentar que a criminalidade estaria espalhada, de modo a ser uma tendência comportamental da maior parte da sociedade. Contudo, um conjunto de fatores (de natureza social, jurídico-formal ou econômica) possibilita que a percepção dos crimes de colarinho branco seja menor do que as dos chamados crimes comuns. Dentre os fatores que interferem na incriminação estão presentes circunstâncias relativas aos indivíduos tais como o “prestígio dos autores das infrações”, a possibilidade de contratar advogados

renomados ou mesmo a capacidade de exercer pressão sobre os denunciadores, ou circunstâncias do próprio sistema como o menor índice de estigmatização das penas e estereotipificação do criminoso (face às “infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos”). Ou seja, trata-se de um processo de intensificação das cifras douradas, o que contribui para a estigmatização dos indivíduos praticantes dos crimes comuns como reais criminosos, uma vez que os referidos fatores proporcionam um tratamento mais brando em relação aos crimes ordinários (2014, p.102).

Esse fenômeno de dilatação das cifras douradas acarreta na criação de uma deturpação da noção sobre a criminalidade, excluindo as infrações econômicas da concepção social de crime, classificadas como de colarinho branco, de modo que se passa a conceber a criminalidade apenas em seu aspecto tradicional, dos crimes comuns, aparentemente mais abundantes. Assim, percebe-se que a estrutura do Sistema Penal legitima a discriminação das condutas criminosas de acordo com o “seio social” ao qual os indivíduos praticantes da conduta fazem parte, e do que se considera como crime (PASSOS, 2014, p. 349). Como será visto mais a frente, a medida que o Sistema Penal criminaliza determinada conduta, essa imputação do delito ocasiona uma estigmatização sobre o autor.

Por fim, pode-se concluir que o a dinâmica de tal fenômeno termina por contribuir para um funcionamento seletivo das instituições de combate à criminalidade, de modo a estabelecer uma preferência.

4.3 TEORIA DO ETIQUETAMENTO (LABELING APPROACH)

Para sobreviver em conjunto os seres humanos precisam criar regras, preceitos que harmonizem a convivência, fixando comportamentos e situações que serão taxadas como permitidas (seria um maniqueísmo moral entre o certo e o errado, o bem e o mal) Com a elaboração de tais regras, sendo elas impostas na dada comunidade, aqueles indivíduos que não se comportem de acordo com o estabelecido podem ser considerados “outsiders” (forasteiros, estranhos), seres que passam a ter sobre si uma “aura” diferenciada, intransigentes àquela sociedade por ter “desviado” suas

regras (BECKER, 2008, p.15). Então se poderia afirmar que, ao criar as suas regras, uma sociedade também estaria construindo a imagem do sujeito que transgredir.

Howard S. Becker, constatou que o poder político e econômico eram determinantes para a criação de regras, de modo que, o uso de tais atributos permitiria uma maior efetividade na imposição de regras aos outros indivíduos. Assim, aqueles que violassem as regras seriam considerados desviantes, uma qualificação homogênea produzida para cada pessoa que ousasse agir daquela mesma maneira. Nesta linha, elucidava que:

Grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um "infrator". O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal. (SIC) (BECKER, 2008, p. 21-22).

É bebendo dessa construção que nasce a teoria do Labeling Approach, ou teoria do etiquetamento (GOMES e MOLINA, 2008, p. 332,) que passa a encarar a criminalidade como uma etiqueta, uma qualidade atribuída. Como já abordado, a Criminologia Positiva conferiu ao Estado a legitimidade na punição pautada numa perspectiva causal-explicativa, e, partindo das estatísticas criminais, bem como da percepção de que a punição da criminalidade estava mais distribuída pelos estratos sociais mais baixos e vulneráveis, concluíam existirem razões ontológicas para tal (MARTINS, 1999, p. 185). Desta feita, percebe-se que tal vertente do pensamento criminológico, derivando dos conceitos sobre comportamento criminoso absorvidos do Direito Penal e daqueles que o construíam, contemplavam tal conduta como se ela existisse objetivamente (BARATTA, 2014, p.87).

A teoria do Labeling Approach (Teoria Interacional do Desvio ou Teoria da Reação Social), surgindo como uma manifesta resposta social aos crimes, com a apropriação de conhecimentos da psicologia social, permitiu a desconstrução da perspectiva do delito como uma instituição exclusivamente jurídica. (NASCIMENTO, 2003, p. 73-74). Com isso não se pretende afirmar que o funcionamento da máquina estatal e do Direito sejam irrelevantes para a análise da criminalidade, muito pelo contrário. Contudo, a elaboração de tal marco teórico diminuiu o espaço de interpretação da infração penal de mera relação de normas legitimamente impostas e conseqüentemente violadas, para uma nova interpretação.

O surgimento da teoria do Labeling Approach possibilitou o rompimento com a concepção de que a conduta delitiva seria uma realidade objetiva, ou seja, um fato social, se passando a enxergá-la como uma construção, uma definição atribuída. Desta maneira, refutou-se o método causal-explicativo que permitia imputar ao indivíduo a causa da criminalidade, bem como da ontologia criminal, relativizando o maniqueísmo existente em tal concepção, de modo que a construção das normas sobre comportamento criminoso foram expostas como mecanismo de manutenção da estrutura hierárquica das sociedades (BATISTA, V., 2015, p.74).

Assim, entendendo o sistema penal como o conjunto de instituições (instituição policial, judiciária e penitenciárias) que, a partir das regras institucionalizadas juridicamente, compete concretizar o Direito Penal (BATISTA, N., 2005, p. 25), a teoria do labeling approach sustenta que, conforme o Direito Penal e as normas de funcionamento dos sistema penal são elaboradas, delimita-se os perímetros das condutas tidas como criminosas, e, pela lógica, também está se orientando o sistema penal a utilizar tais paradigmas. A atuação da “polícia, juízes, instituições penitenciárias”, ao responderem às normas instituídas pelo Estado, tanto sobre criminalidade quanto sobre o seu funcionamento, acabam por reproduzir o rótulo sobre o indivíduo que realiza a conduta considerada delitiva. Logo, por se tratar da dinâmica institucional, dos órgãos oficiais, “o status de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência”. Destarte, o labeling approach verifica o efeito estigmatizante das atividades do Estado sobre os indivíduos que cometem as infrações construídas. Não só a elaboração das normas, mas também o comportamento de suas instituições oficiais, que pela essência do seu funcionamento terminam por consolidar a rotulação dos “delinquentes” (BARATTA, 2014, p.86). Esse processo acaba por institucionalizar a rotulação dos indivíduos perante a sociedade. Nessa lógica, Baratta é preciso ao afirmar que:

A sentença cria uma nova qualidade para o imputado, coloca-o em um status que, se a sentença não possuiria. A estrutura social de uma sociedade, que distingue entre cidadãos fiéis e à lei e cidadãos violadores da lei, não é uma ordem dada, mas uma ordem produzida continuamente de novo (2014, p. 107).

Evidencia-se então a constatação realizada na teoria do desvio de Becker, de que em verdade a criminalidade não seria uma “qualidade do ato”, mas em verdade uma resposta à atribuição do conceito de desvirtuamento das regras (2008, p.22). Ou

seja, a atuação do Estado, ao passo que cria as normas e orienta o funcionamento de suas entidades oficiais, acaba produzindo o efeito de estigmatizar os infratores. Com isso, diante do Direito e sua função de manutenção da ordem, de controlar a sociedade (BATISTA, N., 2005, p.21), é possível afirmar que “não é o crime que produz o controle social, mas (frequentemente) o controle social é que produz o crime” (SANTOS, 2006, p.19).

Não se pode afirmar, entretanto, que todos aqueles que venham a se comportar contra o disposto nas normas sociais, principalmente as de ordem penal, tenham sobre si, o mesmo peso produzido pelos rótulos. Em que pese a imputação da qualidade de desviante ser uma condição atribuída por um terceiro ao indivíduo, o peso do adjetivo irá se manifestar diferentemente de acordo com as circunstâncias do desvio e do desviante, alterando seu relacionamento com o resto da sociedade (BECKER, 2008, p. 31-32). Em sintonia com o exposto no estudo das cifras ocultas, assim como o cometimento de delitos é uma realidade presente em todas as classes sociais, a atribuição do rótulo de criminoso, de detrator das normas impostas, irá recair diferentemente sobre os indivíduos.

Nesta linha, a teoria do Labeling Approach observou que esse estigma criado em cima do sujeito rotulado, interfere nos relacionamentos sociais do indivíduo, uma vez que o rótulo atribuído gera uma rejeição por parte da comunidade, e, portanto, dá-se início a um processo de marginalização que irá implicar na diminuição das capacidades de imersão social daquela pessoa, e uma conseqüente marginalização (FERNANDE e FERNANDES, 2002, p.381). Assim, a capacidade socioeconômica do indivíduo esta intimamente ligada à intensidade como o estigma de desvio irá recair sobre si, uma vez que nessa lógica, quanto mais “bem inserido” o for, menor seria a capacidade dos efeitos de estigmatização.

Alessandro Barata sustenta que nas sociedades capitalistas, havendo uma “desigual repartição do acesso aos recursos e às chances sociais”, o sistema penal seria um reflexo da “realidade social”. Deste modo, pela desigualdade na distribuição de benefícios e pelo interesse na manutenção da estratificação social posta, o sistema punitivo agiria de modo seletivo, direcionando-se principalmente para os estratos sociais “baixos”, marginalizando-os. Para elucidar tal fenômeno, parte da realidade do sistema escolar nas sociedades capitalistas, de modo a apurar que:

a distribuição das sanções positivas (acesso aos níveis relativamente mais elevados de instrução) é inversamente proporcional à consistência numérica dos estratos sociais, e que, correspondentemente, as sanções negativas (repetição de anos, desclassificação, inserção em escolas especiais), aumentam de modo desproporcional quando se desce aos níveis inferiores da escala social, com elevadíssimos percentuais no caso de jovens provenientes de zonas de marginalização social (slums, negros, trabalhadores estrangeiros) (2014, p. 171-172).

Visto o exposto até aqui, é possível concluir que numa sociedade capitalista, a capacidade socioeconômica de determinadas estratos sociais é fundamental não só para a condição privilegiada face às sanções sociais (institucionais ou não) de comportamentos criminosos, mas também no processo de construção dessas condutas, uma vez que, como sustentado por Becker (2008, p.30), o poder e a posição social seriam decisivos na capacidade desses grupos sociais “imporem suas regras”, sejam elas as regras institucionalizadas pelo Estado ou não.

Com isso, o processo de rotulação e rejeição social daqueles que tomam comportamentos criminosos sem, contudo, gozarem dos privilégios sociais que evitem tal dinâmica, produz a segregação destes indivíduos de tal modo que se possibilita a ocorrência de uma “profecia auto-realizadora” (sic), em que o indivíduo passa a ser moldado e a atuar pela etiqueta da qual é vítima (BECKER, 2008, p.44; ZAFFARONI, 1991, p. 60). Também conhecido como “Self-fulfilling-profecy”, este fenômeno possibilita as chamadas “carreiras criminosas”. Uma vez que há uma expectativa social da adoção de comportamentos infracionais por parte dos indivíduos rotulados como criminosos, principalmente das classes marginalizadas e “débeis”, a seletiva e dura atuação do sistema penal acaba por condicionar essas pessoas a incorporarem seus rótulos (BARATTA, 2014, p.180). Deste modo, instala-se uma dinâmica em “espiral aberta”, uma vez que, incorporados os rótulos estes indivíduos continuaram a ser estigmatizados e excluídos, repetindo-se o processo.

Nas palavras de Foucault, o sistema penal, principalmente através da prisão, funcionava como um instrumento de recrutamento à delinquência, uma vez que ao ser preso o indivíduo tornava-se um “infame” e, quando liberto, tomado pelo rótulo e conseqüentemente excluído, muitas vezes só lhe restava voltar aos comportamentos criminosos. Assim, com a explosão de grandes aglomerações urbanas, iniciadas principalmente pelo desenvolvimento industrial, permitiu-se que estes indivíduos fossem melhor vigiados pela polícia nesse meio urbano, e como mencionado pelo

autor, era de grande utilidade política e econômica para a manutenção do sistema instaurado (FOUCAULT, 2014, p.219).

Dessa forma, para melhor entender esta dinâmica é necessário compreender como o processo de escolha dos indivíduos mais vulneráveis permitiu a legitimação da marginalização e rotulação destas parcelas da população. É necessário então adentrar o tema central do presente capítulo, a seletividade penal.

4.4. CONTROLE SOCIAL SELETIVO

Quando do exame das cifras ocultas, foi analisado que apesar do ser humano em geral apresentar a tendência delitiva, apenas uma parcela dos crimes era constatado pelas instâncias oficiais (SUTHERLAND, 1949, p. 57). Percebeu-se então, que uma acentuação das “cifras douradas” causam a impressão de que os crimes cometidos pelas classes mais abastadas seriam menos numerosos do que os comportamentos delitivos apresentados pelo resto da população, principalmente em relação aos crimes de ação física, usualmente praticados por indivíduos sem capacidade instrutiva ou econômica para crimes mais elaborados. Haveria então uma distorção sobre realidade criminal que possibilitaria a fixação de um senso comum na identificação do delito, como se fossem apenas os crimes mais comuns, desconsiderando os crimes econômicos (PASSOS, 2014, p.349).

Por outro lado, ao contemplar a teoria do Labeling Approach, foi possível verificar uma poderosa capacidade de rotulação das condutas ditas criminosas sobre os indivíduos, de modo que, a intensidade com a qual a rejeição social e o rótulo recaem sobre o sujeito é profundamente relacionada à posição social que este se insere (BECKER, 2008, p. 31-32). Dessa forma, se evidencia a seletividade do Direito Penal, realizada por meio da rotulação dos considerados criminosos e das cifras ocultas que ocorrem no sistema penal (PASSOS, 2014, p.351), se utilizando desses estereótipos criados sobre os indivíduos, para trata-los (olhar, investigar, perseguir, processar, punir) como se aquele rótulo fosse permanente, parte da essência daquele sujeito (ZAFFARONI, 2015, p.133).

Eugênio Raul Zaffaroni sustenta que a seletividade realizada pelo sistema penal ocorreria em um processo separado em duas fases, duas etapas, de criminalização, uma primária e outra secundária. A criminalização primária seria a etapa configurada pelo “ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”, ou seja, seriam as agências políticas, legislativas ou executivas, que iriam, no exercício de suas atribuições, dar início ao processo de criminalização de condutas. A criminalização secundária, por sua vez, direcionando-se aos indivíduos, seria o exercício das atribuições punitivas do Estado incidindo sobre o suposto criminoso. Assim, essa seletividade seria um atributo inerente à institucionalização do Estado que, ao ser formalizado, elegeria as condutas a serem criminalizadas, e pela lógica já apresentada, acabaria selecionando também os indivíduos alvo de sua coação (ZAFFARONI et alli, 2011, p.43).

Ao passo em que se analisa o processo de elaboração das normas penais materiais, responsáveis pela seleção dos valores a serem protegidos por esta, é possível observar o funcionamento do caráter fragmentário do Direito Penal, ou seja, no momento da criminalização primária estariam sendo selecionados os “conteúdos” e os “não conteúdos” da lei penal, determinando o que seria digno de proteção pela via penal. Por outro lado, na criminalização secundária, intensificando a capacidade seletiva do sistema penal abstrato, a máquina penal tenderia a ser guiada pelo uso de preconceitos e estereótipos na identificação e processamento dos indivíduos, de modo a perseguir a criminalidade predominantemente em âmbitos sociais em que ela seria mais frequente (BARATTA, 2014, p.176).

Então, o controle social realizado, a partir de um “conjunto de táticas, estratégias e forças”, galga uma pretensa legitimação no estabelecimento de um consenso predominante, tendo como alternativa a imposição opressora aos dissidentes (CASTRO, 2005, p.153). Neste caso, a criminalização seria uma ferramenta na defesa de um valor considerado importante socialmente.

As normas estatais e o sistema penal são representantes da ordem social, e, portanto, vistos como símbolos do “bem” e da “justiça”. São teoricamente responsáveis pela separação na sociedade dos indivíduos que se comportassem contra esta ordem imposta, de modo a impedir que estes venham a causar um “mal” à sociedade, nesta lógica estariam colocados como os “maus” do corpo social

(HULSMAN e CELIS, 1997, p.56-57). Dessa maneira, é possível observar no sistema criminal uma lógica maniqueísta da moral, pautada na dicotomia inocente-culpado, advinda da centralização na lei da ideia de justiça (HULSMAN et alli, 1997, p.68).

É sintomática a perspectiva de que no Código Penal Brasileiro, produzido na década de trinta e acusado de ter inspirações fascistas, atribui a maior das penas previstas em seu arcabouço justamente a um crime patrimonial, mais especificamente o de extorsão mediante sequestro, com resultado morte (art. 159, §3º). Assim, Thais Bandeira aponta que apesar de se tratar de infração que atentaria contra mais de um bem jurídico, com violação da vida, esta proteção seria secundária, de modo que se trataria sim de um crime com natureza patrimonial (PASSOS, 2014, p. 344).

Tendo em vista este escopo, Alessandro Baratta critica que nesta dinâmica o sistema penal seria utilizado como uma ferramenta de “manutenção da estrutura vertical da sociedade”, em que se legitimaria um processo de marginalização dos indivíduos de estratos sociais economicamente inferiores. O sistema de valores reproduzidos pelo Direito Penal seria um reflexo do “universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista”, destacando a proteção à propriedade privada, o que por sua vez ocasionaria na proteção do patrimônio daqueles que o têm face “as formas de desvio típico dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados” (2014, p.175-176).

A mídia por sua vez, instrumento das elites econômicas e sociais, termina por reforçar um processo de despolitização das questões penais, que tem como objetivo a propagação de uma sensação de insegurança e conseqüentemente de justificação da aplicação de vias cada vez mais austeras à criminalidade. Os meios de comunicação, quando utilizados neste sentido, terminam por produzir uma pressão social e política no Congresso Nacional, que por sua vez termina por legitimar o aumento no rigor e atuação do sistema penal, rompendo com a ideia de *ultima ratio*. Essa linha de raciocínio desenvolvida por Vicente de Paulo Silva Martins se torna evidente ao contemplar que:

A edição da lei dos crimes hediondos foi fruto do trabalho da mídia a partir do momento em que a elite econômica e social do país estava sendo vítima de extorsões por meio de sequestros. Foi assim também com a inclusão do homicídio qualificado em face da morte da atriz Daniela Perez e no caso da falsificação de remédios, sendo decisiva a ação dos meios de comunicação para incluí-los no elenco de tais crimes (1999, p188).

Assim, a perspectiva de que o Direito Penal estruturaria e garantiria a ordem econômica e social vigente, é acompanhada das “variáveis econômicas que determinam suas linhas fundamentais” (BATISTA, N., 2005, p.21-22). É simbólica então, a realidade apresentada pelo Departamento Nacional Nacional, por meio do INFOPEN 2014, demonstrando que a população carcerária brasileira, à época era composta predominantemente por jovens entre 18 e 29 anos de idade (56%), negros (67%), analfabetos, alfabetizado sem cursos se regulares, ou com ensino fundamental incompleto (68%) (2014b). Evidencia-se assim que no processo de criminalização secundária estes indivíduos terminam por formar o perfil de predileção do sistema penal.

Esta realidade guarda em si a evidência de que, como preleciona Zaffaroni, a criminalização da maior parte dos indivíduos se dá não pela ilicitude do injusto cometido, mas pelo aspecto tosco da conduta ou pelos estereótipos construídos. Por mais que o Sistema Penal obedeça à legalidade, guarda em si uma arbitrariedade que garante que a seletividade recaia de forma estereotipada sobre os indivíduos de classes marginalizadas, subalternas, sem preparo ou competência para realizar condutas complexas (2004, p.37).

Contudo, diante do exposto e da ideia da construção da criminalidade (BARATTA, 2014, p.108), o sistema penal é introduzido na sociedade como uma estrutura igualitária e justa, que funcionaria isonomicamente sobre as pessoas de acordo com suas condutas. Oculta assim o seu funcionamento seletivo, que utiliza as condutas como pretexto para atingir determinadas classes e indivíduos, se valendo das exceções para propagar a ideia de igualdade (BATISTA, N., 2005, p.26).

Bem verdade, nesta lógica, o sistema penal produz culpados, estabelecendo um processo de degradação social dos indivíduos (HULSMAN e CELIS, 1997, p.67), em que o processo de marginalização os traga para a atuação comportamental tais quais seus rótulos. Estigmatizados, marginalizados, excluídos, aqueles que assumem a caricatura de criminosos terminam por incorporar a imagem que lhes é atribuída e se inserem num ciclo vicioso de reprodução criminal (BARATTA, 2014, p. 179).

Dessa forma, contempla-se um processo que perpassa a criação de normas criminalizadoras para a manutenção da paz social e dos valores vigentes, e acaba

por resultar na marginalização de uma parcela da população que termina estigmatizada. Contudo, observada a essência político-econômica das ideologias que fundamentam a criação das normas e do funcionamento do Estado, percebe-se que na verdade a criminalidade bem como seu combate são seletivamente direcionados à parcela da população mais vulnerável política, social e economicamente. Só nos resta então tentar compreender quais as consequências desse processo no tocante à criminalização das drogas, ou melhor, dos indivíduos que se relacionam com estas.

5 SELETIVIDADE NA PROIBIÇÃO ÀS DROGAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PROIBIÇÃO COMO PARADIGMA DE CONTROLE SOCIAL

Fixados os alicerces do presente trabalho monográfico, é necessário atentar para o resultado da edificação realizada na criminalização das drogas ilícitas, compreendendo tal processo a partir de uma perspectiva crítica das suas consequências e fundamentos.

5.1 A PROIBIÇÃO COMO CONTROLE SOCIAL DE DROGAS: A INEFICÁCIA DO INCOERENTE SISTEMA REPRESSIVO

Os primórdios da expansão proibitiva às drogas se dá em uma perspectiva de conflitos e interesses econômicos entre as grandes nações industrializadas, e, também de propagação de valores moralizantes. Os Estados Unidos, que no início do século XX se projetava como a mais nova grande potência industrial, utilizou o discurso de internacionalização do proibicionismo como uma ferramenta de disputa econômica diante da abertura de mercados realizada na Ásia à época, isto, também com a militância de movimentos internos influenciados por paradigmas morais e religiosos puritanos (RODRIGUES, T., 2008, p.93).

Desse modo, a problemática que envolve as substâncias criminalizadas se situa em uma categoria econômica e ideológica, de sorte que o sistema jurídico-penal brasileiro, sob influência de um processo de transnacionalização de um modelo econômico e ideológico dos EUA, edifica um sistema de controle que seleciona a criminalização de apenas parte das substâncias. (BATISTA, V., 2003, p.81-82)

Dentro de uma perspectiva crítica, a criminologia percebeu que o sistema punitivo figura como uma ferramenta de manutenção e proteção de interesses e garantias privadas, de modo a reproduzir os sintomas das relações de poder e propriedade presentes numa dada sociedade (D'ELIA FILHO, 2007, p.70). Dessa forma, o Direito Penal, e, conseqüentemente o sistema penal, elaborado por determinados grupos sociais para a assunção de funções específicas dentro de uma sociedade

(BATISTA, N., p.18-19), é um reflexo da imposição do poder político e econômico destes grupos na estruturação das regras institucionais (BECKER, 2008, p.30).

A criminalidade se despe de seu aparente caráter de fenômeno social para assumir seu papel como uma realidade construída (BARATTA, 2014, p.108), realidade esta que reproduz e institucionaliza a moralidade e anseios da classe privilegiada da sociedade. Tendo a elaboração da criminalidade sobre drogas ilícitas sido alicerçada em um discurso autoritário e obscuro (ARGÜELLO, 2012, p.179), o tratamento às drogas proibidas não é diferente.

A abordagem dada às drogas ilícitas, permeado de discursos ideológicos ilusórios sustentados por uma construção teórica e com contribuição dos meios de comunicação, carrega em si a imposição moral que se estabelece na arbitrária instituição do dogma da naturalização da ilicitude das drogas, dando às substâncias proscritas um caráter de ilicitude “ontológica”. Esse movimento um é reflexo da imposição dos valores morais da classe governante que, se valendo de argumentos contraditórios quanto às propriedades químicas das substâncias, ofusca a perspectiva de uma criminalidade construída sobre as drogas ilícitas. Dessa forma, os sectários do discurso moralizado ignoram que os mesmos argumentos quanto o aspecto químico das drogas ilícitas são válidos para substâncias não proscritas, como álcool e tabaco (BATISTA, N.,1998, p.90).

Como já visto, esta realidade se evidencia ao passo que estas mesmas substâncias legalizadas, quando comparadas a muitas das criminalizadas, apresentam os mesmos ou mais altos índices de lesividade ou adição (NUTT, KING, PHILLIPS, 2010, p.4-6). Percebe-se então que com a proibição é realizada uma seleção de quais drogas são supostamente dignas de serem utilizadas pela sociedade, contudo, essa seleção não parece guardar razoabilidade diante do argumento de proteção da saúde pública. Ainda assim o discurso proibitivo atribui uma imagem nefasta às drogas proscritas, que teria como consequência lógica o necessário afastamento de toda a sociedade. Deste modo, se estrutura uma criminalização de substâncias utilizadas socialmente de modo a impedir que tal ato seja visto como uma restrição da liberdade individual (SCHERRER, 2004, p.109).

Desse modo, como argumenta Salo de Carvalho, sendo o Direito Penal um reflexo da dogmática existente na ciência moderna, impõe a criminalização aos indivíduos

que se relacionam com as substâncias proscritas sob parâmetros de imperativa punição. Realiza na verdade uma homogeneização da complexidade da questão, proibindo por se acreditar ser a criminalização um obstáculo ao aumento da dependência, e de que poderia proporcionar a reabilitação e ressocialização daqueles que se envolvem com a droga proscrita. Ocorre que, essa dinâmica potencializa a fábula sobre a proibição como ferramenta de coação psicológica na contramotivação do uso e do comércio, da regeneração dos adictos e do impedimento da criminalidade decorrente do sustento do vício. Nesse sentido, as palavras do autor são precisas ao sustentar que:

A falsa imagem que o direito penal reproduz com a resposta criminalizante na questão de drogas é frequentemente derivada de visão equivocada do fenômeno da existência de vínculo entre consumo e dependência; da irreversibilidade na dependência; da necessária formação, pelos usuários, de subculturas criminais (carreiras criminais); da convicção de que o comportamento dos usuários leva ao isolamento da vida produtiva entre outras. Outrossim, a reprodução desta imagem pelas agências que integram o sistema de punitividade, inclusive as agências de informação, estabelece perigosos consensos do público consumidor do direito penal. (CARVALHO, 2014, p.201).

Sob o pretexto de que seriam responsáveis pela quebra da pacificação social e de envolvimento no exercício de outras atividades criminosas violentas, consumidores, produtores, vendedores são tratados como inimigos do Estado, que por sua vez, movimenta sua máquina penal para a repressão de tais crimes (ARGÜELLO e MURARO, 2015, p.318). Nesta linha, e, visto o já exposto, faz sentido a afirmação de Salo de Carvalho de que a ciência jurídica, por meio da Lei 11.343/06, proporcionou o desenvolvimento no Brasil de um “projeto global de guerra às drogas” a partir da integração dos planos legislativo, executivo e judiciário como política de repressão à criminalidade de drogas (CARVALHO, 2014, p.85).

A forma como a criminalização das drogas ilícitas é realizada termina por construir uma imagem do indivíduo delinquente como uma perigosa aberração, e que, portanto, para a proteção da sociedade merece punição (MARTINS, 1999, p.186). Esse raciocínio guarda em si a aplicação do Direito Penal do inimigo, o qual pune o sujeito em razão do que ele é, da suposta periculosidade que apresenta para a sociedade ao ter cometido o delito, todavia, pouco importando se nesta resposta do sistema penal o sujeito tenha direitos e garantias negados. A repulsa pelo sujeito delinquente justifica a sua exclusão da vida em sociedade, digna de garantias constitucionais (ARGÜELLO e MURARO, 2015, p.328)

Diante da ampla gama de possibilidades na atuação do controle social, tendo o Estado atraído para si a exclusividade da prerrogativa punitiva, o controle pela via punitiva deveria ser apenas uma das possibilidades existentes (D'ELIA FILHO, 2007, p.29), contudo, no caso das drogas ilícitas, o controle social parece se confundir com controle penal.

Com a adoção dos discursos transnacionalizados sobre o controle de drogas, implanta-se uma estrutura punitiva falaciosa que “não compreende e não respeita as autonomias culturais e políticas, gerando resposta repressiva em diafonia com os direitos e as garantias individuais” (CARVALHO, 2014, p.413). Ou seja, como tratado por Salo de Carvalho, trata-se de um projeto universalista pautando paradigmas morais maniqueístas, de modo a ignorar a pluralidade, tolerância e respeito à diversidade, valores consagrados constitucionalmente. A interferência realizada, tratada pelo autor como totalizante, termina por desprezar abordagens baseadas no “respeito à autonomia cultural, e à liberdade individual” (2014, p.415).

Trata a droga como um problema, negligenciado nessa senda as utilidades “místicas e religiosas”, verdadeiras manifestações culturais das substâncias, assim como a utilidade econômica para o desenvolvimento do capitalismo (GIAMBERARDINO, 2010, p.211), como foi evidenciado pelo comércio do ópio na Ásia, apesar das mazelas sociais, e como se mostra a indústria da maconha no Colorado, estado dos Estados Unidos onde recentemente a maconha foi liberada para uso recreativo (SALLES, 2016)

A finalidade da construção de um controle social através de uma política criminal punitivista é orientada por um plano teórico de defesa social, uma perspectiva ideológica pautada no direcionamento da máquina penal para a repressão e erradicação do crime e da criminalidade (CARVALHO, 2014, p.86-87), ou melhor, daqueles que são estigmatizados como criminosos. Nesta estrutura ideológica proibicionista, temente aos males sociais causados pelas drogas ilícitas, as inclinações à política criminal terminam por ocasionar nefastas repercussões sociais, a exemplo da criação e propagação de estigmas sobre os delinquentes e a violência.

A legitimação dada ao discurso de “guerra às drogas”, na verdade é uma produção política oriunda dos Estados Unidos, que na ânsia de combater a circulação das substâncias ilícitas em seu território, disseminou nos países latino-americanos (e no

mundo) esse discurso repressivo ao mesmo tempo que sustentou a implementação de bases militares dos EUA nas regiões mais sensíveis de produção e comércio de drogas, isto, aliado ao pretexto de combate às inclinações socialistas durante parte do século passado (GIAMBERARDINO, 2010, p.212).

Ao visualizar que os Estados Unidos detêm 7 (sete) das 10 (dez) maiores produtoras de armamento no mundo, segundo o Stockholm International Peace Research Institute, organização que acompanha a comercialização de armamentos (SIPRI, 2015), o modelo bélico no tratamento às drogas ganha maior sentido. A implementação de um controle social pautado em uma política de drogas criminalizadora e repressiva é extremamente benéfica ao passo que, exige gastos suntuosos por parte dos Estados na aquisição de equipamentos propícios para a lógica bélica, bem como na reestruturação das táticas de combate à droga e ampliação do sistema penitenciário. Instaura-se assim, uma produção de lucros para diversos setores industriais, resultado da contribuição da adoção da política criminal, constantemente apropriando-se dos debates políticos de modo geral (BATISTA, N., 1998, p.89).

Dessa forma, utilizando a saúde pública como subterfúgio, a decisão “política (e econômica)” em se estabelecer a repressão às drogas ilícitas, silenciosamente e extraoficialmente alimenta a bilionária indústria bélica, colocando em segundo plano a prevenção dos problemas ocasionados pelo consumo (RODRIGUES, L., 2006, p. 197), ou melhor, sustentando a prevenção através da proibição.

Ocorre que, como sustenta Luciana Boiteux, tendo em vista a realidade brasileira de consumo de substâncias ilícitas, as iniciativas repressivas oriundas da criminalização de drogas não têm apelo social suficiente. Tal afirmação é baseada na ineficácia apresentada pela estrutura penal em refrear e inibir a circulação destas, somente capaz de ocasionar o crescimento do já superlotado sistema carcerário. A ilegalidade oferecida pela proibição termina por impulsionar o mercado paralelo, que por sua vez cresce e lucra expressivamente face o descontrole por parte do Estado. Não há fiscalização sobre a qualidade sobre a mercadoria, inexistem procedimentos burocráticos que atravanquem o funcionamento do negócio, não são cobrados impostos, e, apesar de bem remunerada, inexistente controle ou garantias para a mão

de obra contratada, submetida a condições perigosas (RODRIGUES, L., 2006, p. 205).

Sobre isto, é curioso notar que em recente estudo divulgado, sobre o impacto econômico da legalização apenas da maconha no Brasil, foi revelado que o país poderia arrecadar com os mesmo tributos e alíquotas utilizados para o tabaco, uma quantia de R\$5 bilhões anuais (SILVA e LIMA, 2016, p.32).

Nestas circunstâncias, ainda assim a manutenção da ilegalidade para o comércio das substâncias proscritas é extremamente favorável em face da realidade econômica do país:

O círculo vicioso se fecha: consumidores compram drogas, traficantes vendem, os excluídos do sistema se empregam na indústria ilícita com salários melhores; traficantes precisam comprar armas, o comércio ilegal quer vender armas; os lucros dos tráficores (de drogas e de armas) são exorbitantes; as altas esferas do poder têm sua representação na indústria, e absorvem parte do lucro; o dinheiro sujo circula e precisa ser lavado; as instituições financeiras lavam o dinheiro; a indústria do controle do crime quer vender segurança, a população aterrorizada quer comprar segurança; a “guerra às drogas” é cara, mas o dinheiro é público. (RODRIGUES, L., 2006, p. 205)

A sistemática vista instaura um negócio consideravelmente lucrativo para quase todos, exceto para a saúde pública. (RODRIGUES, L., 2006, p. 205-206). “A atual política da chamada “guerra contra as drogas” evidentemente ofende mais à saúde pública que à própria circulação destas substâncias” (D’ELIA FILHO, 2007, p.37).

Os danos causados aos indivíduos são relacionados em verdade a inexistência de políticas efetivas de danos, que apesar de prevista pela Lei 11.343/06, é suprimida pela lógica repressiva. A manutenção da criminalização não permite a fiscalização sobre as condições mínimas de consumo e sobre a própria substância consumida. Desse modo, ausência de controle sobre as condições sanitárias também acarreta em situações periclitantes de ambientes de consumo, permitindo a propagação de doenças infectocontagiosas como o HIV e hepatite (CARVALHO, 2014, p.206). A má qualidade das drogas comercializadas, assim como a desinformação, podem também ocasionar um acréscimo na ocorrência de overdoses, fenomenologia que ocasiona a inflação nos gastos com saúde pública (RODRIGUES, L., 2006, p. 196).

Pela condição de ilegalidade o usuário é afastado do Estado, de modo que aqueles sem condições de arcar com tratamentos particulares só poderiam contar com um tratamento público deficiente e distante, e ainda assim na hipótese de durante o

tortuoso processo de dependência não ser vitimado pelo sistema penal. Rompe-se com a lógica de redução de danos, rompe-se com a viabilização de uma saúde e educação pública acerca das drogas (CARVALHO, 2014, p.208), rompe-se principalmente com tentativa de proteção do bem jurídico.

Como sustenta Luciana Boiteux, o aspecto preventivo, de redução de danos foi negligenciado diante dos investimentos das políticas repressivas. Ganhando notoriedade sobre os perigos aos quais a ilegalidade impõem aos consumidores apenas com o advento de uma “pandemia de AIDS” no mundo (2006, p. 197). Ainda assim as práticas na lida com as drogas são permeadas pela repressão.

A utilização inflacionária do sistema penal aponta para o estado de incômodo e temor social no Brasil, ocasionado pelo processo de marginalização maciça que é imposto no país, e que como sustenta Vera Malaguti, é fruto do processo de manutenção das hierarquias e estruturas sociais econômicas desde o período colônia, ainda sob paradigmas escravocratas. São justamente esses indivíduos marginalizados que acabam se tornando clientes do sistema penal, estigmatizados com etiquetas estereotipadas pelo sistema, vítimas das investidas institucionais, seja da repressão do sistema penal ou dos discursos de medo e ojeriza produzidos (BATISTA, V., 1996, p.234).

Visto o exposto, percebe-se que a utilização da tese de defesa da saúde da sociedade, atrelando à ideia de droga a consequência lógica da dependência, baseada em um discurso médico-jurídico (OLMO, 1990, p. 33-34), na verdade é um reflexo da imposição de valores morais e econômicos que se realizou com a importação para o Brasil do discurso proibitivo (CARVALHO, 2014, p.65).

Orlando Zaccone critica a realidade posta pela lógica pela proibição, uma vez que para o autor, a fenomenologia da repressão aos delitos de drogas ilícitas é carregada por uma carga de interesses econômicos que, se valendo do discurso de uma suposta defesa da saúde pública, legitima a criminalização como “estratégia de poder, voltada para o encarceramento (controle) das classes perigosas, bem como para fomento da ilegalidade das classes dominantes” (D’ELIA FILHO, 2007, p.70).

Assim, como mecanismo de controle social a criminalização de drogas na verdade se mostra como uma forma de opressão aos estratos sociais menos privilegiados, estigmatizados como delinquentes ao passo que a ilegalidade e a criminalidade são

caminhos alternativos diante da falta de perspectiva e oportunidades geradas pela desigualdade social. Consolida-se uma dinâmica repressiva que oculta a realidade sobre a criminalidade, tanto a nível dos reais propósitos inerentes aos discursos legitimadores, quanto a nível da própria natureza da realidade, atribuindo-a a apenas uma parcela da sociedade.

5.2 A SELETIVA PROIBIÇÃO: MARGINALIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

Em que pese o discurso de igualdade da aplicação da norma penal, foi evidenciado que esta, assim como o sistema penal como um todo, se estrutura de tal modo a dar preferência às classes sociais menos privilegiadas política e economicamente (MARTINS, 1999, p.185), também se observando que há uma seletividade na escolha das drogas a serem proscritas.

No combate à criminalidade de drogas (criminalização secundária), o sistema penal solidifica a figura estereotipada do criminoso e atua seletivamente se valendo de estigmas sobre a vestimenta, etnia, local de residência e apreensão, e principalmente a situação econômica dos indivíduos. Termina então por alvejar sujeitos que não tem o poderio econômico e social de se desvencilhar da condição estigmatizada, nem de se valer da corrupção ou da prevaricação para tal (D'ELIA FILHO, 2007, p.21), adequadamente enquadrado no tipo penal ou não.

Muitas vezes apontado pelo sistema como a primazia da violência dos grandes centros urbanos, o comércio de drogas ilícitas acaba por justificar o crescimento exponencial do aparato repressivo às condutas relacionadas às substâncias proibidas, fazendo jus ao tratamento de guerra, contudo, o direcionamento dos esforços estatais não se dá de maneira equânime. Enquanto os indivíduos que trabalham no varejo de drogas ilícitas, sem apresentar complexidade ou sofisticação na estruturação de suas atividades são alvejados pela atuação policial, grupos de empresários que lidam com o tráfico, por se valerem de métodos elaborados no financiamento, produção ou lavagem de dinheiro, não são contemplados como alvos das investidas do sistema penal (D'ELIA FILHO, 2007, p.55-56).

Se valendo de uma exagerada e dispendiosa estrutura, a repressão não consegue conter a traficância das substâncias muito menos o consumo, de modo que, o direcionamento desmedido e seletivo ao combate de drogas ofusca não só a investigação e processamento pelo sistema penal, mas a própria ocorrência de outros crimes, tão lesivos quanto. Ainda assim, o tráfico e o consumo não são extintos nem mesmo refreados, mesmo com os significativos esforços empregados no desenvolvimento de estratégias e combate (RODRIGUES, L., 2006, p. 198).

Segundo Luciana Boiteux, essa ineficácia dos propósitos proibitivos é evidenciada ao passo que, mesmo com as grandes apreensões de traficantes e de mercadoria, o tráfico se mantém como um lucrativo negócio, sem interromper a produção, fornecimento e distribuição dos produtos, injetando as mercadorias e dinheiro na sociedade desregradadamente, mas com sucesso. Contudo, como resultado dessa dinâmica, aqueles que seguem e se valem de uma lógica de mercado globalizada (o que exige conhecimento e poder político econômico), os traficantes internacionais, não são tão vitimados pela repressão direcionada para o mercado interno, de pequenas quantidades. Assim, a violência para o varejista, o pequeno traficante, aumenta ao mesmo tempo em que a qualidade dos produtos oferecidos por esse cai (2006, p. 198), quebrando a lógica de proteção à saúde pública.

Destarte, é imperioso notar que a formação de mão de obra que sustenta o funcionamento do tráfico de drogas no Brasil é oriunda de extratos sociais mais baixos, jovens e agricultores, desempregados, que procuram fugir da exclusão social e econômica pela “generosa” via ilegal, uma vez que a maioria não tem perspectiva de imersão no mercado de trabalho (RODRIGUES, L., 2006, p. 202).

Apesar do enfoque midiático e institucional sobre as grandes “conquistas” da repressão, ao passo que se destaca a prisões dos grandes símbolos do tráfico, os “chefões do tráfico”, a repressão ao comércio de drogas ilícitas se direciona amplamente aos indivíduos da ponta final do comércio de drogas, “fogueteiros”, “endoladores”, “esticas”, “soldados” (D’ELIA FILHO, 2007, p.12). Com isso, não se quer dizer que não se prenda o topo da cadeia hierárquica do tráfico, contudo, a capacidade financeira, os alvos de extorsão do sistema, principalmente policial, e, apesar de presos em inúmeras ocasiões mantêm as fichas limpas ao passo que são corruptamente libertados sem registro do ocorrido (RODRIGUES, L., 2006, p. 212).

Não por mera coincidência, como já apontado, o perfil do condenado por tráfico é composto por sujeitos que, pegos com quantidades razoáveis para configurar o consumo, são jovens negros e pardos com baixo índice de escolaridade e sem antecedentes criminais, sem condições de arcar com custos processuais, portanto, defendidos pela defensoria pública, e após serem abordados pelo patrulhamento nas em vias públicas tem como as únicas testemunhas do ocorrido, em regra, justamente a autoridade policial responsável pela prisão (JESUS et alli., 2011, p.122; BAHIA. Observatório da Prática Penal, 2014).

Desse modo, a guerra às drogas leva a violência institucional principalmente para indivíduos marginalizados, pobres, negros e moradores das favelas, tendo a criminalização repressiva como discurso legitimador. Em verdade, a adoção dos paradigmas repressivos como instrumento de controle social, acarreta num tratamento extremamente diferenciado dos sujeitos que se envolvem com as substâncias ilícitas. Se por um lado estes indivíduos se submetem a ilegalidade construída sobre as drogas pela necessidade de sobrevivência, ou para a manutenção do vício, recebendo uma atenção violenta do Estado, por outro, mostra-se que as pessoas de origem economicamente privilegiadas, geralmente brancas, recebem tratamentos dignos do tipo porte para consumo (ARGÜELLO e MURARO, 2015, p.349).

Neste sentido, Orlando Zaccone elucida a situação de dois jovens pegos com duzentos e oitenta gramas de maconha em um carro importado no bairro do Leblon (área nobre da cidade). Inicialmente, a conduta dos dois foi classificada pela 14ª DP como porte para consumo, e, apesar do Ministério Público ter denunciado ambos pelo crime de tráfico de drogas os dois foram condenados, porém, desclassificando o crime de tráfico para o de porte para consumo. O argumento seguido na sentença seguiu o mesmo raciocínio apresentado pelo delegado responsável, de que a condição de universitários, empregados, a ausência antecedentes, a forma de acondicionamento da droga e face a alegação de serem usuários, seria o suficiente para ignorar a quantidade encontrada (D'ELIA FILHO, 2007, p.19-20).

Aqui não se entende que estes indivíduos necessariamente devessem ser classificados como traficantes, uma vez que a Lei de Drogas peca em não estabelecer concretamente critérios objetivos para a distinção. Contudo, diante da

arbitrariedade criada pela subjetividade existente entre os crimes de drogas, e principalmente da desnecessidade em se comprovar a finalidade da droga para configurar o crime de tráfico, é notória a diferença apresentada no caso proposto face ao tratamento atribuído à maioria dos presos por tráfico.

Como já trabalhado, o advento da Lei 11.343/06, ainda que faça referência à redução de danos e amenização no tratamento do usuário (BRASIL, Lei 11.343, 2006), ocasionou o enrijecimento do tratamento ao traficante, justificado pelo temor social ocasionado pela guerra às drogas (LEAL, 2007, p.142). Assim, diante da subjetividade deixada para as autoridades penais no enquadramento do indivíduo como traficante ou mero usuário - não punido com restrição de liberdade - (PRADO, 2013, p.62-63) é sintomática a perspectiva do crescimento carcerário por crimes de tráfico que entre 2006 e 2012 quase triplicou (PRADO, 2014).

O que se pode observar da realidade do combate às drogas é que, como preleciona Zaffaroni sobre a seletividade penal, a seleção realizada pelo sistema penal, tanto na criminalização primária quanto secundária, não obedece à lógica de resposta ao cometimento do delito, mas ao grau de vulnerabilidade que o indivíduo apresenta (2015, p.268). Exatamente por isso que no Brasil a clientela penal, de maneira geral e principalmente nos crimes de drogas, é visivelmente composta em grande maioria por negros e pobres. Esta realidade não se dá por conta de uma naturalização da criminalidade nos meios em que estas pessoas vivem, mas pela maior potencialidade em serem criminalizados e estigmatizados pela seletividade do sistema. Potencialidade que é desigualmente distribuída na sociedade (D'ELIA FILHO, 2007, p.50-51), e que recai principalmente para os mais vulneráveis.

Zaffaroni, em consonância com a teoria do etiquetamento, doutrina que esta condição de vulnerabilidade “consiste no grau de risco ou perigo” que os indivíduos detêm por comporem uma determinada parcela da sociedade, de modo que esta qualidade construída socialmente leva estes sujeitos a se encaixarem em um estereótipo de acordo com as características impostas pelo sistema (ZAFFARONI, 2015, p.270).

Com isso, tendo em visto o exposto acerca da teoria do etiquetamento, e das cifras ocultas como elementos da seletividade penal, percebe-se que o sistema penal brasileiro, apesar de pregar um ar de neutralidade, com a suposta função de

proteger bens jurídicos, na verdade se vale da subjetividade presente nas normas jurídicas para selecionar arbitrariamente os seus alvos nos estratos mais vulneráveis, criminalizando-os e atribuindo-lhes estereótipos (tanto pela criminalização primária quanto secundária).

Dessa maneira, apesar de não se referir especificamente ao Brasil, precisas são as palavras de Rosa del Olmo ao demonstrar que, sob influência dos discursos proibicionistas, é historicamente perceptível em toda a América Latina esta realidade:

Se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os torna apáticos. Daí que os habitantes das favelas fosse aplicado o estereótipo criminoso e fossem condenados a severas penas de prisão por traficância, apesar de só levarem consigo um par de cigarros; em troca, os “meninos de bem”, que cultivavam a planta em sua própria casa, como aconteceu em inúmeras ocasiões, eram mandados a alguma clínica particular para em seguida serem enviados aos Estados Unidos porque eram “doentes” e seriam sujeitos a tratamento, de acordo com o discurso médico tão em moda `na época nos Estados Unidos. A eles corresponderia o estereótipo da dependência (OLMO, 1990, p.47)

É possível observar então que o modelo político de combate às drogas implantado no Brasil, apesar de alegadamente tentar estabelecer uma lógica protetiva ao bem jurídico saúde pública, estabelecendo um discurso de defesa da sociedade, na verdade apresenta uma finalidade oculta (CARVALHO, 2014, p.411). Com a criminalização de apenas parcela das substâncias classificadas como drogas, tenta homogeneizar o consenso social acerca de quais as drogas devem ser mantidas sob o manto da legalidade, desse modo, seleciona não só as drogas criminalizadas, mas também os indivíduos. Esta seleção, se manifestando na criação das normas e do funcionamento do sistema penal acaba por produzir nefastas repercussões sociais e até aos próprios direitos humanos.

5.3 UM CONTROLE DE DROGAS ALTERNATIVO

Como visto, a implementação do proibicionismo às drogas no Brasil, pautado em um modelo repressivo, termina por produzir impactos extremamente nocivos à sociedade. A estrutura arbitrária instaurada, bem como a forma seletiva de seu funcionamento, ocasiona a inflação da população carcerária com o aprisionamento principalmente de sujeitos dos estratos sociais mais vulneráveis, que por sua vez

são estigmatizados pela condição de marginalidade impostas pela estrutura social, e reafirmada pelo controle realizado por via sistema penal.

O fracasso da proibição é evidente diante das inúmeras repercussões causadas e agressões ao bem jurídico que justamente se pretendia proteger, a saúde pública. Assim, talvez o único legado “benéfico” que a imposição da proibição tenha ocasionado é a verificação prática de que o controle penal é ineficaz e humanamente impróspero no controle do consumo e da comercialização das drogas, principalmente dentro de sociedades coniventes e com índices significativos de consumo (RODRIGUES, L., 2006, p.240-241). Por isso, faz-se necessário traçar novas perspectivas que possibilitem a reversão e/ou amenização dos problemas postos.

Tendo em vista o debate realizado pelo RE de nº 635.659/SP no STF sobre a descriminalização das drogas, é preciso ter em mente que a descriminalização por si só não será suficiente para reverter o quadro posto pelo proibicionismo. Como apontado com Katie Argüello e Marie Muraro, a mera descriminalização ainda mantém a diferenciação realizada entre usuário e traficante, preservando a subjetividade arbitrária existente no enquadramento dos os tipos penais. Dessa forma, se faz necessário uma regulamentação do tema, que por meio da legalização estabeleça critérios de produção, distribuição, comércio e consumo de todas as substâncias.

As autoras são precisas ao enfatizar que a legalização não é a solução de todos os problemas ligados às drogas, esta na verdade seria um instrumento de desenvolvimento social para amenizar as perigosas dinâmicas instituídas pela ilegalidade e conseqüente repressão, tais como as violações à saúde pública, aos direitos humanos, o aumento da população carcerária e a violência. Desse modo, em face das desigualdades sociais a legalização deve vir acompanhada de políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social (2015, p.350).

Assim, aqui se filia à concepção de Luciana Boiteux de que a melhor alternativa ao controle penal realizado sobre as drogas seria uma legalização controlada, uma vez que este modelo possibilitaria uma perspectiva humana do problema, também estabelecendo uma intervenção mínima do Direito Penal (2006, p.243-244). A legalização controlada, em uma perspectiva racional de proteção da saúde pública,

é o modelo que propõe uma regulamentação desmoralizante, fixando critérios e fiscalização para a produção, comércio e consumo, evitando os “extremos da idolatria e da demonização da droga” (RODRIGUES, L., 2006, p.93).

Neste sentido, cumpre lembrar acerca da PL 7270/2014, que tenta implementar a legalização da maconha e derivados em moldes mais flexíveis aos realizados na experiência do Uruguai, mas que estabelece critérios de fiscalização e controle sobre o produção, comercialização e industrialização. A eficácia de uma alternativa ao modelo de controle de drogas atual não será atingida com a descriminalização apenas da maconha, uma vez que esta é apenas uma das substâncias que movimenta o tráfico, contudo, este já seria um avanço para a resolução do problema (BRASIL. Projeto de Lei nº 7270, 2014a).

Para tanto, se faria necessário um estudo sobre a realidade social, química e de consumo relacionada a cada substância, para que se pudesse adequar aos padrões de comércio, industrialização e uso, realizando assim uma regulamentação progressiva e zelosa. Assim, é razoável trazer estandartes que possibilitem a visualização dos caminhos a serem tomados, de modo que são relevantes os parâmetros para implementação e funcionamento de um sistema alternativo trabalhado por Stephen Rolles, pautando no princípio preventivo (ROLLES, 2009):

“Avaliação e ranking da lesividade das drogas”: Avaliação da capacidade de lesividade das drogas para a saúde do indivíduo, principalmente referente à potencialidade de adição, e dos riscos e benefícios sociais conexos às drogas e sua eventual regulamentação. Paralelamente, é necessário o uso da comunicação para a desconstrução das generalizações e estigmas edificadas ao redor das substâncias e do usuário (principalmente os dependentes), de modo que, por meio de políticas públicas que insiram este na sociedade, instruindo-o sobre os riscos e métodos de uso redutores de danos (ROLLES, 2009, p.15-18).

“Legislação globalmente, nacionalmente e localmente”: Reconhecendo a dificuldade na transição de um modelo proscritivo para um regulador controlado, especialmente quando realizado individualmente, propõe-se a integração na regulamentação eventualmente pautada por uma política democrática de drogas tendente à globalização, contudo com o reconhecendo as peculiaridades culturais, sociais e de justiça internas a cada Estado (ROLLES, 2009, p.18-19).

“Pesquisa eficaz para uma Política Eficiente”: A falência do sistema proibitivo é um processo que ainda melhor estudado. Reconhecer as repercussões da adoção deste sistema exige um esforço melhor direcionado na construção de uma alternativa que venha a combater as mazelas trazidas pela proibição, sendo imperioso adotar uma perspectiva crítica, realista e engajada na análise de novas políticas de drogas (ROLLES, 2009, p.19).

“Processos Econômicos, Políticos e Sociais Amplos”: Se faz essencial a atuação institucional, global e nacional, para controlar o processo de transição entre modelos de política de drogas, dando atenção para as questões sensíveis que permeiam o proibicionismo, a exemplo dos poderes paralelos, destruições ambientais, criminalização de tensões sociais e políticas (ROLLES, 2009, p. 20-22).

O projeto de legalização às drogas é de fato realista, tendo como exemplo o mercado criado pela legalização da maconha no colorado, as drogas, como mercadorias, apresentam significativo valor econômico, se encaixando na lógica do sistema capitalista vigente no país. É claro que, na eventual legalização, um modelo controlado seria imperioso para que se garanta não só a qualidade dos produtos e dos processos de industrialização na proteção da saúde pública, mas também resguardar a condição de consumidores (RODRIGUES, L., 2006, p.243-244).

Dessa forma, e nos parâmetros apresentados, a legalização é um poderoso instrumento para o desenvolvimento social, e, principalmente para o refrear de um processo que acentua as históricas desigualdades sociais já existentes no país. Apresenta uma perspectiva humana e respeitosa à individualidade dos sujeitos de direitos, dando rumos para uma sociedade mais justa e pacífica.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico, buscou-se a compreensão sobre a dinâmica implícita à proibição de algumas drogas como paradigma de controle social. Nesse sentido, dissecou-se os principais alicerces que sustentam a proscricção para que se pudesse identificar as raízes ideológicas do discurso proibicionistas.

No exame terminológico foi observado que a própria concepção sobre a droga ganha uma feição pejorativa ao passo que carrega em si uma carga moral significativa. Assim, a ideia de substância capaz de produzir alterações nos processos bioquímicos ou fisiológicos de organismos e tecidos é deixada de lado para dar a espaço a uma construção deturpada que, passa a aferir à droga a necessária condição de ilicitude. O uso de drogas, ou menos algumas delas, deixa então de ser visto como um fenômeno comum à vida humana para ser um hábito reprovável moralmente.

Destarte, é traçada uma evolução histórica do proibicionismo como modelo no tratamento de drogas que, como se pode observar foi baseado em interesses econômicos e valores morais de norte-americanos do final do século XIX e início do século XX. Em sequência, contemplou-se que a propagação do discurso de proibição se valeu de valores médicos e éticos como subterfúgio para a manutenção de um sistema proibitivo, e para legitimar um tratamento diferenciado àqueles indivíduos que eventualmente eram pegos se relacionando com tais drogas.

A diferenciação realizada estes indivíduos permitia que aqueles pertencentes à estratos sociais mais privilegiados, brancos, fossem tratados como dependentes, indivíduos vitimados pela mazela que a droga representaria, por outro lado, estrangeiros e negros, advindos de agrupamentos despossuídos e vulneráveis padeciam de um tratamento mais rigoroso, responsabilizados por proporcionar o perigo da droga na sociedade. Contudo, com a ineficácia dos paradigmas médicos e éticos postos, o sistema passa a adotar uma lógica repressiva cada vez mais agressiva, um sistema bélico, que acha na droga uma justificativa para se estabelecer a guerra.

Demonstrou-se então que, o Brasil, apesar da abertura dada para a incorporação de um modelo que respeitasse as peculiaridades sociais, culturais e econômicas do

país, termina por adotar um sistema repressivo aos moldes propagados pelas conferências internacionais, estas que desde os seus primórdios foram arquitetadas justamente pelos Estados Unidos em suas investidas contra o uso e comércio de drogas no mundo. Assim, é criado no Brasil um formato proibitivo que, a partir do modelo bélico, instala um rigoroso regime de repressão aos crimes de drogas, inclusive equiparando o tráfico aos crimes hediondos.

Com o advento da mais nova Lei de Drogas foi constatado que, apesar das tímidas tentativas realizadas pela Lei 11.343/06 em por em prática políticas de redução de danos e em retirar a pressão exercida pelo sistema ao usuário, ao passo que se extinguiu penas restritivas de liberdade para estes, a subjetividade deixada no enquadramento dos crimes de porte para consumo e tráfico ocasionou um aumento expressivo na acusação e julgamento tendente à via mais gravosa, a do tráfico. Dessa maneira, este fenômeno, ocasionando um suntuoso crescimento da população carcerária, termina por direcionar a estes indivíduos a violência inerente à máquina penal.

Foi evidenciado então que a manutenção de um sistema proibicionista, na verdade termina por ocasionar em severos riscos para o bem jurídico saúde pública, fundamento da criminalização de drogas, justamente o que se queria proteger.

Em sequência, realizando um análise da evolução da criminologia, partindo de uma perspectiva crítica, foi possível observar a forma como as noções sobre crime e criminalidade, tendo vista a abordagem etiológica, inicialmente atribuíam estes fenômenos como inerentes a determinados indivíduos, numa perpetuação dos preconceitos sócias impostos à época. Assim, a criminologia crítica, desconstruindo tais paradigmas pôde perceber a criminalidade como uma construção social e que, portanto, decorreria do que seria atribuído como criminalidade.

Dessa forma, se concluiu ser a criminalidade uma realidade construída, atribuída às condutas humanas tal qual os interesses daqueles que detêm poder social para este exercício, garantido a manutenção da estrutura social vigente a partir da imobilidade social criada ela criminalização. Nessa lógica, foi contemplado a existência das cifras ocultas e da teoria da rotulação como fenômenos demonstrativos da preferência penal à parcela específica da população. A partir do exame da seletividade, foi possível perceber que a criação da norma e o próprio funcionamento

da máquina penal proporcionam a estigmatização e criminalização de indivíduos pertencentes às classes menos privilegiadas.

Adentrando as circunstâncias do controle social exercido sobre as drogas, foi percebido que o sistema proibicionista instaurado, adotando respostas penais, advêm da confluência de interesses morais e econômicos, sustentand a defesa da sociedade face aos supostos perigos oferecidos pelas drogas como uma justificativa para a imposição e manutenção desses interesses. Forma-se então um fluxo de lucrativos negócios tendentes a se beneficiar justamente da condição de ilegalidade, contudo, produzindo nefastas repercussões para a sociedade.

O controle realizado pela via criminal termina então, dado seu funcionamento tendencioso e preferencial, por selecionar na sociedade aqueles indivíduos mais vulneráveis, já marginalizados, e que adentram a dinâmica de repressão de forma brutal.

O estabelecimento de uma lógica repressiva termina por desencadear um processo mais violento à saúde pública e aos direitos humanos do que a própria circulação e consumo das substâncias.

REFERÊNCIAS

ARGÜELLO, Katie; MURARO, Marie. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 23, vol. 113, mar-abr. São Paulo: ed. RT, 2015. p. 317-356.

ARGÜELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito**. UFPR, Curitiba, v.56, dez. 2012. p.177-192. Disponível em < <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/33496/21038>>. Acesso em 26 out. 2016.

BAHIA. OBSERVATÓRIO DA PRÁTICA PENAL. **Anuário Soteropolitano da Prática Penal 2014**. Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia. In: Daniel Nicory do Prado (coord) Disponível em <http://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/ESDEP/ANUARIO_SOTEROPOLITANO.pdf>. Acesso em 16 out. 2016.

BANCO DE INJUSTIÇAS. **Usuário reincidente? Traficante!** 2012. Disponível em:< <http://www.bancodeinjusticas.org.br/usuario-reincidente-traficante/>>. Acesso em 07 abr. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6 ed, out. 2011, 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan: ICC, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 10 edição, 2005.

_____. **Política criminal com derramamento de sangue. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 3, n.5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998. p. 77-94

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998.

_____. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 1ª reimpressão, dez. 2013. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro**. Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Ano 1, n.2. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 233-240.

_____. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2011. 2 ed. jul. 2012. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

BECKER, Howard S. **Outsider: estudos de sociologia do desvio**. Maria Luiza X. de Borges (trad). Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanchez; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343 de 23.08.2006**. In: GOMES, Luis Flávio (coord). 5ª. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 22 ed. re., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Tráfico de Drogas e Constituição. Série Pensando o Direito. Projeto Pensando o Direito**,

n.1, jul, 2009. (coord); JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. (colaborador) Disponível em < http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/01pensando_direito.pdf>. Acesso 17 out. 2016.

BRASIL. Anvisa. **Canabidiol é reclassificado como substância controlada.**

Disponível

em:<<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anivsa/sala+de+imprensa/menu+noticias+anos/2015/canabidiol+e+reclassificado+como+substancia+controlada>>. Acesso em 26 abr. 2016.

_____, Câmara do Deputados. **Projeto de Lei 7272/2014.** Regula a produção, a industrialização e a comercialização de Cannabis, derivados e produtos de Cannabis, dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, cria o Conselho Nacional de Assessoria, Pesquisa e Avaliação para as Políticas sobre Drogas, altera as leis 11.343, de 23 de agosto de 2006, 8.072, de 25 de julho de 1990, e 9.294, de 15 de julho de 1999 e dá outras providências. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=85E0F6C47657C82BE2FAED72E623E4FD.proposicoesWebExterno2?codteor=1237297&filenome=PL+7270/2014>. Acesso em 30 out. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 out. 2016.

_____. Decreto nº 154, de 26 de Junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília, DF, 26 jun. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 06 mar. 2016.

_____. Decreto nº 54.216, de 27 de Agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília, DF, 28 ago. 1964 Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 24 fev. 2016.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Promulga o Código Penal de 1890, revogando o Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 04 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941a. Decreta o Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 07 abr. 2016

_____. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de Dezembro de 1941b. Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em 26 mar. 2016.

_____. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Brasília, DF, 16 jul. 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em 25 abr. 2016

_____. Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Brasília, DF, 24 ago. 2006b. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 22 fev. 2016.

_____. Lei nº 11.705 de 19 Junho de 2008. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras

providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm>. Acesso em 25 abr. 2016.

BRASIL. Portaria nº 344, de 12 de Maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Brasília, DF, 19 mai. 1998. Disponível em <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em 24 fev. 2016.

_____. Lei nº 11.313 de 28 de Junho de 2006. Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Brasília, DF, 29 jun. 2006b. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acesso em 21 mar. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2015. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/imagens-cnppc/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em 16 out. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen. jun. 2014b. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 23 out. 2016.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Rendimento médio domiciliar per capita – PNAD. 2014c. Disponível em <http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi-data/METRO/metro_ds.php?p_id=490>. Acesso em 17 out. 2016.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. População em situação de pobreza - total e em percentuais – PNAD. 2014d. Disponível em <http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi-data/METRO/metro_ds.php?p_id=529>. Acesso em 17 out. 2016.

BRASIL. Portal Brasil. Valor do salário mínimo vai para R\$724 em 2014e. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/12/valor-do-salario-minimo-vai-para-r-724-em-2014>>. Acesso em 17 out. 2016.

_____. Senado Federal. Resolução n.5 de 2012. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, 16 fev. 2012a. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm>. Acesso 19 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.274/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DJe 02 mai, 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso em 18 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 97.256/RS**. Relator: Min. Ayres Britto. DJe 16 dez. 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em 19 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 104.339/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe 06 dez. 2012b. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=104339&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 19 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.123.221/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJe 10 fev. 2015b. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=123221&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 17 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 106.163/RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJe 14 set. 2012c. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;hc:2012-03-06;106163-3983153>>. Acesso em 19 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Relator no Recurso Extraordinário n.635.659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 20 ago. 2015c. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em 17 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem no RE 430105/RJ. de 13 de Fevereiro de 2007**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28430105%2EENUME%2E+OU+430105%2EACMS%2E%29+%28%28SEP%DALVEDA+PERTENCE%29%2ENORL%2E+OU+%28SEP%DALVEDA+PERTENCE%29%2ENORV%2E+OU+%28SEP%DALVEDA+PERTENCE%29%2ENORA%2E+OU+%28SEP%DALVEDA+PERTENCE%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20070213%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zoa2dz8>>. Acesso em 30 mar. 2016.

BREGA FILHO, Vladimir; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **A Nova Lei de Tóxicos: Usuários e Dependentes – Descriminalização, Transação Penal e Retroatividade Benéfica**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. V. 16 (fev/mar 2007), p.9-25. Porto Alegre: Magister, 2007.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Drogas e justiça criminal em São Paulo: Conversações. Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 120-132, jan./jun. 2013. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/13057/9535>>. Acesso em 06 abr. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação penal especial**. Vol.4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais**. *Revista Brasileira de ciências criminais*. Ano 21, vol. 104. set-out. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 279-303.

CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da libertação**. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS – CEBRID. **II Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil : estudo envolvendo as 108 maiores cidades do país : 2005** / E. A. Carlini (supervisão) [et. al.], -- São Paulo : CEBRID - Centro Brasileiro de Informação sobre Drogas Psicotrópicas: UNIFESP - Universidade Federal de São Paulo, 2006.

CERQUEIRA, Daniel; FERREIRA, Helder; LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; HANASHIRO, Olaya; BATISTA, Felipe; NICOLATO, Patrícia. **Nota Técnica: Atlas da violência 2016**, n.17. Brasília, mar. 2016. Disponível em http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf>. Acesso em 21 out. 2016.

COELHO, Marcelo. **Exército de Formigas**. Folha de São Paulo. São Paulo, 20 ago. 2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/230102-exercito-de-formigas.shtml>>. Acesso em 19 out. 2016.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 9. Ed. São Paulo: Loyola, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. Roberto Machado (org). 28 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. **A marcha da 'Maconha é uma Delícia' e as lições sobre liberdade de expressão, uso de vias públicas, apologia ao crime e democracia.** 23 mai. 2011. Disponível em < <http://direito.folha.uol.com.br/blog/a-marcha-da-maconha-uma-delcia-e-as-lices-sobre-liberdade-de-expresso-uso-de-vias-pblicas-apologia-ao-crime-e-democracia>>. Acesso em 18 out. 2016.

FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. **História da maconha no Brasil.** São Paulo: Três Estrelas, 2015.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada.** 2a ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Rubem César. **Drogas e democracia na américa latina: Uma introdução.** Rio de Janeiro, 30 abr. 2008. Disponível em < http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Rubem-Fernandes-CLADD1_Port.pdf>. Acesso em 22 out. 2016.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18. n.83, mar-abr. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2010. p.185-236.

GOMES, Luiz Flávio, MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais.** Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morete Garcia, Davi Tangerino (trad). Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha (coord). 6 ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. **Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito.** Revista

Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 49, jul-ago. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2 reimpressão. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas. **O sistema penal em questão**. Maria Lúcia Karam (trad). 2. ed. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1997.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Nota técnica – Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas – cenários para o Brasil**. Ago, 2015. Disponível em <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2015/08/Nota-t%C3%A9cnica-igarap%C3%A9-_08-2015.pdf>. Acesso em 17 out. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Bimestral. Ano 15, n. 64, jan-fev. p. 128-144. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibição à drogas e violação a direitos fundamentais**. League Against Prohibition (Leap) Brasil. 2013. Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185>. Acesso em 22 out. 2016.

LEAL, João José. **Tráfico de drogas e controle penal: nova política criminal e aumento da pena mínima para o crime de tráfico ilícito de drogas**. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 55, nº 352, fev, p.137-146. 2007.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou Traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Pg. 1098-1109. Disponível em

<[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf)>. Acesso em 06 abr. 2016

MACRAE, E. Antropologia: Aspectos Sociais, Culturais e Ritualístico. **Dependência de drogas**. In: Seibel, S. D, e Toscano Jr., A., São Paulo: Editora Atheneu, 2001. Disponível em < <http://neip.info/pesquisadore/edward-macrae/>>. Acesso em 20 fev. 2016

MARCÃO, Renato. **A Nova Lei de Tóxicos: Plantio e Porte para Uso Próprio – O Artigo 28 na Visão do Supremo Tribunal Federal**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. V. 16 (fev/mar 2007). Porto Alegre: Magister, 2007. p.5-8

MARONNA, Cristiano Avila. **Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed. Especial drogas. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal-a-ilegitimidade-da-intervencao-penal>. Acesso em: 22 abr. 2016.

MARTINS, Vicente de Paulo Silva. **A seletividade e a estigmatização no sistema penal**. Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão. v. 6, n., jan-dez. São Luís: PGJ, 1999.

NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Curso de criminologia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2010.

NUTT, David J.; KING, Leslie A.; PHILLIPS, Lawrence D. **Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis**. The Lancet , Vol. 376 , Issue 9752 , 1558 – 1565. Disponível em <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(10\)61462-6/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(10)61462-6/abstract)>. Acesso em 19 fev. 2016.

OBID. **III levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil**. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça (Senad/Mj). 2016. Disponível em <<http://obid.senad.gov.br/obid/dados-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacao-geral/iii-levantamento-domiciliar-sobre-o-uso-de-drogas-psicotropicas-no-brasil>>. Acesso em 21 out. 2016.

OMS. **Lexicon of Alcohol and Drug terms**. 1994. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/39461/1/9241544686_eng.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2016

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tereza Ottoni (trad). 1ª reimpressão. 1990. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

_____. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (dis)funções político-criminais no seu combate**. Salvador: JusPodium, 2011.

_____. **A construção da culpabilidade dos vulneráveis: seletividade penal e a sua consequência na dosimetria da pena ante a ausência de efetivação dos direitos fundamentais**. Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacelar. Luiz Coutinho; Fabiano Pimentel; Wanderley Ribeiro (org). Salvador: ESA/BA, 2014. p.339-374

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodium, 2013.

_____. **Aplicação da lei de drogas: Comparação de pesquisas empíricas sobre o encarceramento**. Salvador e São Paulo: 2014. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gWaiK2NCwjQJ:www19.senado.gov.br/sdleg-getter/public/getDocument%3Fdocverid%3D142df70b-508a-4d3b-be44-cf2a3b900ab5%3B1.0+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>

>. Acesso em 31 out. 2016.

JESUS, Maria Gorete Marques de; OI, Amanda Hildebrando; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Núcleo de estudos da violência da universidade de São Paulo. In: JESUS, Maria Gorete Marques de (coord), 2011. Disponível em < <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em 22 abr. 2016.

QUEIROZ, Paulo. **A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de droga e afins**. 10 nov. 2009. Disponível em < <http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-bem-juridico-prottegido-no-traffic-de-droga-e-afins/>>. Acesso em 22 out. 2016.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. Salvador: JusPODIVM, 11 edição, revista, ampliada e atualizada, 2015.

RESENDE, Erica Simone Almeida. **Americanidade, puritanismo e política externa: a (re)produção da ideologia puritana e a construção da identidade nacional nas práticas discursivas de política externa norte-americana**. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-28102009-094933/>>. Acesso em 12 mar. 2016.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://comunidadesegura.org.br/files/controlenalsobredrogasilicitas.pdf>>. Acesso em 27 out. 2016.

RODRIGUES, Thiago. **Tráfico, Guerra, Proibição. Drogas e Cultura: novas perspectivas**. In: LABETE, Beatriz Cauby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE,

Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique. (Org).. Salvador: EDUFBA, 2008. p.91-104. Disponível em < <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16166>>. Acesso em 26 out. 2016.

RODRIGUES, Thiago. **A infundável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente.** *São Paulo Perspec.* [online]. 2002, vol.16, n.2, pp.102-111. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392002000200012&script=sci_arttext>. Acesso em 17 out. 2016.

RODRIGUES, Thiago. **Tráfico, guerras e despenalização.** *Le Monde Diplomatique Brasil.* set. 2009. p. 6-7. Disponível em <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31490481/Thiago_Rodrigues_Le_Monde_Diplomatique.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1476891498&Signature=qBaqjtNJMhDQruo934ZQylh8Sm4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DTrafico_guerras_e_despenalizacao.pdf>. Acesso em 19 out. 2016.

ROLLES, Stephen. **Depois da Guerra contra as Drogas: um Plano para a Regulamentação:** resumo executivo. Disponível em www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/11/BluePrint_exec_summary_portuguese.pdf. Acesso em 15 out. 2016.

ROSA, Gérson Faustino; Carvalho, Gisele Mendes de. **Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: Paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública?** *Revista dos Tribunais* . Ano 101. vol. 923. Set. 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal.** org. e trad. Callegari, André Luis; Giacomolli, Nereu José. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal.** *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 23, vol.112, jan-fev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Funcionamento e imputação objetiva do direito penal.** Trad: Greco, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislado em xeque.** *Revista dos tribunais* ano 101, vol.922, agosto de 2012.

SALLES, Joaquim. **A indústria floresceu.** *Revista Trip*. 12 jan. 2016. Disponível em: < <http://revistatrip.uol.com.br/trip/a-industria-da-maconha-no-colorado>>. Acesso em 30/10/2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Penal-Parte Geral.** 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. **O discurso sobre crime e criminalidade. Temas de direito penal e direito processual penal: estudos em homenagem ao Juiz Tourinho Neto.** Antonio Oswaldo Scarpa, Gamil Föppel El Hireche (coord). Salvador: Editora Juspodium, 2013. p. 343-360.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Criminal. **Mandado de Segurança n. 0100202.-05.2011.8.26.0000, 2011.** Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=30359>. Acesso em 18 out. 2016.

SCHEERER, Sebastian. **Economia dirigida e perspectivas da política de drogas. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade.** Ano 9, n. 14. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 105-115.

SÉVERIN, Carlos Versele. **A cifra dourada da delinquência. Revista de direito penal.** n.27, jan-jun. 1979. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SHÜNEMANN. Bernd. **O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** In: GRECO, Luís (coord). São Paulo: Marcia Pons, 2013.

SILVA, Adriano da Nóbrega; LIMA, Pedro Garrido da Costa. **Impacto econômico da legalização da cannabis no Brasil.** In Labete: Luciana da Silva Teixeira (coord). abr.2016. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema10/2016_4682_impacto-economico-da-legalizacao-da-cannabis-no-brasil_luciana-adriano-e-pedro-garrido>. Acesso em 28 out. 2016.

SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios da Criminologia.** Asdribal Mendes Gonçalves (trad). São Paulo: Livraria Martins Editora S.A., 1949.

STOCKHOLM INTERNATIONAL PEACE RESEARCH INSTITUTE. **SIPRI Arms Industry Database.** 2015. Disponível em <<https://www.sipri.org/databases/armsindustry>>. Acesso em 28 out. 2016.

TERRA, Osmar. **Legalização das drogas não é caminho para diminuir violência.** 15 mai. 2014. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/opiniaocolumna/2014/05/18/legalizacao-das-drogas-nao-e-caminho-para-diminuir-violencia.htm>>. Acesso em 22 out. 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

UNODC. **World drug report 2016.** Vienna, mai. 2016. Disponível em <http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf>. Acesso em 22 out. 2016.

URUGUAI. Ley 19.172 de 2013. Lei que controla e regulamenta a importação, produção, aquisição, armazenamento, comercialização e distribuição da maconha e seus derivados no Uruguai. Disponível em <http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/12/cons_min_803.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2016,

VARGAS, Eduardo Viana. Farmacos e outros objetos sócio-técnicos: notas para uma genealogia das drogas. In: LABETE, Beatriz Cauby; GOULART, Sandra Lucia; FIORE, Mauricio; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique. (Org). Drogas e Cultura: novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2008.

D'Elia Filho, Orlando Zaccone. Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga. 3. Ed. ago 2011. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Culpabilidade por vulnerabilidade. Revista Discursos Sediciosos. Fernanda Freixinho; Daniel Raizman (trad). n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.31-48.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição (trad). 1991, 5 ed., jan. 2001, 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. O inimigo no direito penal. Sérgio Lamarão (trad). 3 ed. dez. 2011. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: 2014.