

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

MILTON CUNHA NETO

**A QUESTÃO DAS DROGAS:
A INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA PROIBIÇÃO E
OS EFEITOS DO PROIBICIONISMO**

VITÓRIA

2018

MILTON CUNHA NETO

**A QUESTÃO DAS DROGAS:
A INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA PROIBIÇÃO E
OS EFEITOS DO PROIBICIONISMO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Vitória, como requisito obrigatório para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

VITÓRIA

2018

AGRADECIMENTOS

A Deus acima de tudo, por vida, saúde e oportunidades.

A Valdete Oliveira e Silva, minha mãe. Você é aquela pessoa que me inspira, me impulsiona, me orienta, me apoia e me faz querer seguir minha vida, tanto nos aspectos pessoais como profissionais tentando fazer o que você faria se estivesse no meu lugar, tentando sempre ouvir os princípios estabelecidos em seus conselhos mesmo quando você não está ali no momento. Meu muitíssimo obrigado, mãe!

“Da força à injustiça há só um passo.”
Confúcio

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade da proibição das drogas de acordo com os princípios da lesividade e da intervenção mínima do direito penal. Além disso, trata da questão do proibicionismo, o seu conceito, a sua ineficácia e os seus reais efeitos e quais interesses são atendidos com essa política criminal. Dessa forma, pretende-se demonstrar a inadequação do tratamento da questão das drogas em nossa sociedade, e suas consequências. Para tanto, na análise da literatura já existente sobre o assunto, feita primordialmente a partir da revisão bibliográfica mas também com elementos próprios da abordagem descritiva, esta pesquisa detalha os princípios que devem fazer parte do entendimento do direito penal, dando ênfase nos dois citados como exemplo do que não é respeitado, a saber, o princípio da lesividade e da intervenção mínima do direito penal. Quanto às consequências do proibicionismo e seu possível alcance, o trabalho mostrará desde o encarceramento da população mais pobre, que tem sido crescente até as propostas de políticas públicas já preocupadas com tais índices e as incipientes conversas intentando o debate do tema, passando também pela avaliação do caso de dependentes químicos como um problema de saúde pública, que demanda atenção e investimentos nesta área e ainda resvalando na possibilidade de maior arrecadação para o Tesouro com a hipótese da taxação das substâncias tornadas ilícitas, em detrimento do alto custo das políticas de proibicionismo e criminalização da pobreza.

Palavras-chave: drogas; proibicionismo; criminalização da pobreza, substâncias tornadas ilícitas.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the unconstitutionality of drug prohibition according to the principles of lesivity and the minimum intervention of criminal law. In addition, it addresses the issue of prohibitionism, its concept, its ineffectiveness and its real effects and what interests are met with this criminal policy. In this way, we intend to demonstrate the inadequacy of the treatment of the drug issue in our society, and its consequences. To do so, in the analysis of the existing literature on the subject, made primarily from the bibliographic review but also with elements of the descriptive approach, this research details the principles that should be part of the understanding of criminal law, emphasizing the two cited as example of what is not respected, namely the principle of harmfulness and the minimum intervention of criminal law. As for the consequences of prohibitionism and its possible reach, the work will show from the imprisonment of the poorest population, which has been increasing until the proposals of public policies already preoccupied with such indices and the incipient conversations attempting the debate of the subject, passing also by the evaluation of the case of chemical dependents as a public health problem, which demands attention and investments in this area and still slipping in the possibility of greater collection for the Treasury with the hypothesis of the taxation of the substances made illicit, to the detriment of the high cost of the policies of prohibitionism and criminalization of poverty.

Palavras-chave: drugs; prohibitionism; criminalization of poverty; substances made illicit.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	8
2 - A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO DIREITO E A QUESTÃO DAS DROGAS.....	8
2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL: UMA VISÃO GERAL	9
2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	10
2.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE.....	11
2.4 A QUESTÃO DAS DROGAS, DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL.....	133
3 - OS PRINCIPAIS EFEITOS DO PROIBICIONISMO	144
3.1 O PROIBICIONISMO	14
3.2 A INCAPACIDADE DO PROIBICIONISMO EM COMBATER AS DROGAS	166
3.3 O PROIBICIONISMO COMO CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA	17
6 - SAÚDE PÚBLICA.....	211
7 - EXPERIÊNCIAS EXTERIORES	222
8 - CONCLUSÃO	255
7 - REFERÊNCIAS	26

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da criminalização das drogas, tendo como base os princípios da lesividade e da intervenção mínima do direito penal. Além disso, será mostrado, a partir da criminologia crítica, quais são alguns dos principais motivos dessa proibição e seus possíveis alcances.

Para tanto, será necessário compreender o que são os princípios do direito penal, entendendo que tais princípios devem ser observados em sua soma e não apenas se um ou outro é aplicado de forma seletiva, sendo assim necessária a análise dos princípios da lesividade e da intervenção mínima, entendidos neste trabalho como negligenciados neste cenário de proibicionismo, relacionando-os com as drogas.

Será também utilizado o método indutivo para a análise do problema em questão, pois serão confirmadas as afirmações a partir de um silogismo que possui, como premissas, dados, fatos e conceitos retirados de nossas pesquisas bibliográficas.

Também, em nossa pesquisa, discorreremos sobre a política penal proibicionista, tendo como objetivo analisar sua efetividade no combate às drogas e à violência resultante de sua criminalização. Além disso, serão buscados os reais motivos e efeitos de tais políticas penais com foco nas questões de controle social e da criminalização da pobreza.

2 - A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO DIREITO E A QUESTÃO DAS DROGAS

Este tópico tem como objetivo analisar o que são os princípios do direito penal, sendo necessário o aprofundamento no princípio da intervenção mínima e da lesividade. Além disso, será analisada a questão das drogas a partir destes princípios.

Desta maneira, tentar-se-á perceber como o direito penal deve lidar com a questão das drogas. Por isso, serão resgatadas, também, a título de conceituação, algumas da análise de Nilo Batista, Paulo Queiroz e Roxin, a respeito dos princípios da intervenção mínima e da lesividade.

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL: UMA VISÃO GERAL

O Direito Penal possui princípios que dão fundamento à sua lógica de funcionamento e aplicação. Esses princípios possuem um papel limitador quanto à atuação do Direito na esfera penal. Um exemplo é o princípio da legalidade, pelo qual não se pode punir uma conduta sem prévia cominação legal, ou se a conduta não corresponder estritamente ao tipo.

"Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam, por assim dizer, núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal".

Ou seja, a atuação do Direito Penal deve respeitar os princípios e tê-los como núcleo gravitacional, como foi colocado por Luiz Regis Prado. Nas palavras de

Nilo Batista,

Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa, seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas, não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático (BATISTA, 2011, p. 28)

Seguindo a classificação feita por Nilo Batista, em sua obra "Introdução crítica ao direito penal brasileiro": "São cinco os princípios básicos do direito penal: 1. o princípio da legalidade; 2. o princípio da intervenção mínima; 3. o princípio da lesividade; 4. o princípio da humanidade; 5. o princípio da culpabilidade." Nós iremos nos limitar a análise do princípio da intervenção mínima e do princípio da lesividade.

2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima objetiva que o direito penal atue apenas nos casos de agressões graves a um bem jurídico. A respeito do significado de bem jurídico Paulo Queiroz diz que o "bem jurídico (penal) é todo valor ou interesse (individual ou coletivo) legitimamente penalmente protegível são a vida, a liberdade, o meio ambiente, a probidade administrativa etc."

Dessa forma, condutas de menor potencial ofensivo não devem ser tratadas na esfera penal, mas, sim, no âmbito do direito para a preservação da ordem jurídica: na área cível, por exemplo. Exemplos: furtos de objetos de valores insignificantes.

Como expõe Paulo Queiroz,

O princípio da insignificância constitui, portanto, um instrumento por cujo meio o juiz, em razão da manifesta desproporção entre crime e castigo, reconhece o caráter não criminoso de um fato que, embora formalmente típico, não constitui lesão digna de proteção penal, por não traduzir uma violência realmente importante ao bem jurídico tutelado. (QUEIROZ, 2013, p. 43)

A atuação penal é a forma mais grave de punição gerada pelo estado de direito. Portanto, deve ser a última a ser empregada e apenas quando necessária. Nesse sentido, é a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado.

A respeito da natureza lógica do princípio da intervenção mínima, Nilo Batista, em sua obra "Introdução crítica ao direito penal brasileiro", conceitua que:

O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete do direito, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídicos-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático. (BATISTA, 1996, p. 61)

E ainda, segundo Rocha (2004), a intervenção mínima é um princípio que assegura o que a Constituição preconiza como parte das garantias individuais pois “é a expressão do axioma da *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que determina não ser possível a incriminação legal sem que haja a necessidade de uma intervenção tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal. ”

Prado (1997) complementa explicando que a intervenção mínima (*ultima ratio*) limita o *jus puniendi*, no sentido de que pressupõe que a tutela penal só deve tratar daqueles bens jurídicos fundamentais da sociedade e caso não existam outros métodos eficientes “para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana”

2.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

De acordo com o princípio da lesividade, para que haja a intervenção estatal por meio do direito penal é necessário que um bem jurídico tenha sido agredido.

Dessa forma, atos que sejam pecaminosos, diferentes ou imorais não podem, por si só, ser punidas pelo Estado.

Como expõe Roxin,

só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos. (ROXIN, 2000, p. 29)

Conclui-se que a pena não é o meio adequado para se tratar da punição de condutas que firam de forma irrisória um bem jurídico, sendo a atribuição de outros subsídios do direito essa função.

José Nabuco Filho resume assim

O consumo de drogas significa uma autolesão, impunível por não ser uma conduta socialmente lesiva. Tanto é assim que diversas outras coisas, tão ou mais prejudiciais à saúde, são legalmente permitidas. O consumo de álcool é um ótimo exemplo, pois o alcoolismo indiscutivelmente causa danos à saúde. Do mesmo modo, o consumo de cigarro que, embora não seja estupefaciente, causa grande dependência física e é altamente lesivo à saúde. Nesses dois exemplos, ninguém cogita a criminalização da venda e do consumo. (NABUCO FILHO, 2017)

Atos que não ultrapassem uma atitude cognitiva não podem ser tratados pela jurisdição estatal. Como expõe Nilo Batista, "as ideias e convicções, os desejos, as aspirações e os sentimento dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime".

Além disso, não pode haver crimes "que representem apenas má disposição de interesse próprio, como automutilação, suicídio tentado, dano à coisa própria etc". Portanto, atos cometidos, que venham a ferir apenas bens jurídicos próprios, não são matéria de direito penal.

Também, em análise ao devido processo legal a exigência da lesividade na conduta proibida é uma expressão do postulado da proporcionalidade.

Nesse sentido, fundamenta Maria Lucia Karam que:

A cláusula do devido processo legal resume uma série de garantias destinadas a controlar o poder estatal, especialmente o poder punitivo, e evitar a privação arbitrária de direitos individuais, especialmente a liberdade, e orienta não só o desenvolvimento legítimo do processo, mas também a aplicação do que se chama de direito material, campo em que se situa o direito penal, no qual estão contidas as leis que definem os crimes e as penas (leis que disciplinam o processo, que é um instrumento, são leis de direito processual). (KARAM,2014, p.17)

2.4 A QUESTÃO DAS DROGAS, DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são os mais adequados para se fazer uma análise a respeito da questão das drogas, por terem como objeto principal a defesa do bem jurídico.

Partimos do pressuposto de que as drogas causam efeitos apenas ao próprio corpo e do pressuposto que há a necessidade de diferenciar-se o uso do abuso dessas substâncias para definir-se seus efeitos. Sendo assim, não serão aprofundadas as qualidades e defeitos dessas substâncias, ainda que haja vasta literatura apresentando tantos os efeitos danosos como também aqueles considerados benéficos.

Nas palavras de Maria Lucia Karam,

Conforme princípios inscritos nas declarações internacionais de direitos humanos e nas constituições democráticas, a criminalização de qualquer conduta deve sempre se refletir a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, ou à exposição deste a um perigo de lesão concreto, direto e imediato. Isto significa que uma conduta só pode ser proibida se for capaz de causar dano ou perigo concreto de dano a um bem jurídico de terceiro, isto é quando impede a possibilidade desse terceiro, titular do bem jurídico, usar ou se servir (isto é, dispor) do objeto concreto relacionado ao bem jurídico (tais como a vida, a saúde, o patrimônio, etc). (KARAM, 2014,)

Dessa forma, as drogas, quando utilizadas por livre e espontânea vontade, têm seus efeitos voltados diretamente apenas para o usuário. Portanto, não lesionam nenhum bem jurídico imputável pelo direito penal.

Conclui-se que qualquer texto do ordenamento jurídico que tipifique o uso de drogas é inconstitucional, conforme os princípios do direito penal.

3 - OS PRINCIPAIS EFEITOS DO PROIBICIONISMO

Este tópico tem como objetivo mostrar quais os reais efeitos da proibição das drogas a partir de uma análise crítica. Para isso, será trazido o conceito de proibicionismo, a sua incapacidade de combater as drogas e os reais reflexos deste tipo de tratamento para a sociedade.

3.1 O PROIBICIONISMO

As substâncias psicoativas, durante a história da humanidade, já foram tratadas de diferentes formas. Em alguns momentos eram sagradas, utilizadas em rituais sagrados. Porém, surgiram, recentemente, políticas para que algumas delas fossem proibidas. Nesse sentido, é intitulada de proibicionismo essa forma de proibição de determinadas substâncias, tornando-as ilícitas, competindo ao Estado utilizar-se de seu instrumento mais lesivo, o direito penal, para atuar nesse controle.

De acordo com Maria Lucia Karam,

O proibicionismo, em uma primeira aproximação, pode ser entendido, como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros. (KARAM, 2014)

Nesse sentido, o proibicionismo é uma forma de proibição que não é pautada no potencial ofensivo das substâncias, mas no posicionamento ideológico e de fundo moral. Sendo assim, há drogas lícitas mais lesivas ao corpo do que drogas consideradas ilícitas, e com baixo potencial de dano ao corpo humano.

[...] essa mais sistemática, estruturada, ampla e danosa manifestação do proibicionismo, expressada na criminalização das condutas de produtores, comerciantes e consumidores das drogas tornadas

ilícitas, é um fenômeno que se registra, a nível global, somente a partir do século XX. (KARAM, 2007, p.181)

Portanto, esse modelo de controle é algo recente na história da humanidade, e algumas dessas substâncias, que atualmente são proibidas, já foram elementos sagrados de determinados grupos, como, também, elementos medicinais.

A escolha das substâncias que se tornaram alvo do proibicionismo, é refletida durante a história como uma forma de criminalização de alguns grupos sociais. Atualmente é nítido o encarceramento em massa da pobreza por envolvimento com drogas.

Carvalho (2010) relata que a popularização do consumo da maconha e do LSD, por exemplo, mormente durante a década de sessenta, estava vinculada aos movimentos de contestação, portanto, não propriamente relacionadas às características inerentes à substância em si.

E acabaram por criar as primeiras dificuldades às agências de controle penal por ganhar o espaço público gerando o pânico moral que resultou na elaboração de leis repressivas. Neste quadro, campanhas idealizadas pelos empresários morais e por movimentos sociais repressivistas aliados aos meios de comunicação justificarão os primeiros passos para a transnacionalização das leis que haviam lá fora, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, sobre o controle dos entorpecentes, sendo a Convenção Única Sobre Estupefacientes, de Nova Iorque, 1961 a primeira delas.

O próprio Salo de Carvalho (2010) ainda nos diz que nesse momento passa a ser gestado o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia da diferenciação cuja característica é a distinção entre consumidor (doente) e traficante (delinqüente), ambos considerados indesejáveis para o Estado e tendo criminalizadas suas ações.

3.2 A INCAPACIDADE DO PROIBICIONISMO EM COMBATER AS DROGAS

Como desdobramento do proibicionismo, cabe ao Estado a função de combate às drogas, denominado de "Guerra às drogas". Que é uma ação militar de combate a essas substâncias consideradas ilícitas, utilizando-se do sistema penal como instrumento para que essa proibição tenha êxito.

Nesse sentido, o número de pessoas presas em decorrência do tráfico passou de 32.880, que representava 9,10% da população carcerária brasileira no ano de 2005, para 138.198, que representava 25,21% da população carcerária brasileira no ano de 2012.

Filho (2017) diz que “o fracasso da prisão como meio de combate é tão evidente que a legislação tem sempre aumentado as penas. O Código penal de 1940 previa pena de 1 a 5 anos; em 1976, passou para 3 a 15; desde 2006, é de 5 a 15 anos” e, conforme vimos, estas medidas não têm sido suficientes para acabar ou diminuir tanto o consumo como o tráfico das substâncias tornadas ilícitas.

Além disso, o autor ainda se choca ao constatar que existe projeto de lei que pretende aumentar a pena mínima pelo tráfico de entorpecentes para oito anos, maior do que a que hoje é prevista para o crime de homicídio simples. Tal projeto é de autoria do deputado Osmar Terra (PMDB-RS).

Como tráfico de drogas foi admitido, também, o seu uso, e os dados mostram que a atividade continua sendo atrativa mesmo com toda a repressão militar. Nesse sentido, o ponto a ser mostrado é que a política proibicionista não foi capaz de desestimular essa atividade, mesmo com o encarceramento em massa de quem a pratica.

A guerra às drogas revela-se falida, pois desde a proibição os investimentos com o enfrentamento só aumentam, o número de pessoas presas em decorrência de entorpecentes só cresce e o combate não se mostra efetivo, porquanto não é capaz de reduzir o número de usuários. Na realidade, o que

se tem visto é que, mesmo não iludidos em relação aos custos como a prisão ou a morte, muitos jovens acabam sim, seduzidos pela rentabilidade atrelada ao mercado das drogas, produzindo assim não apenas novos clientes (dependentes) como também novos traficantes, mantendo o ciclo vicioso em plena operação.

Há um estudo do Senado (Brasil, 2014) que avaliou algumas experiências externas de regulação do uso da maconha, tanto para fins medicinais como recreativos que incluiu os estados americanos do Colorado e Washington e percebeu que o gasto com o tratamento de um dependente passou a ser, no Colorado, de um terço daquele que era despendido para o sistema carcerário.

Mesmo não sendo capaz de eliminar as drogas do convívio social, essa política possui reflexos drásticos na sociedade. Como decorrência desse tipo de política penal, há o encarceramento em massa de determinados grupos sociais: pretos e pobres, em regra.

3.3 O PROIBICIONISMO COMO CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

A política criminal proibicionista possui em seus discursos argumentos ideológicos para a legitimação das ações ao combate as drogas, porém devemos nos distanciar desses prismas de observação para entendermos qual o real efeito do proibicionismo.

Ainda que se considere que a Lei Anti Drogas tenha alterado a sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (Art 28, § 3º), a pena de prisão, “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido as seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, ela é um exemplo de meio criminalizador seletivo, pois a conduta de uso e a de tráfico por critério subjetivo do juiz. Dessa forma, a lei, em seu

artigo 28, parágrafo 2º, afirma que, para se definir se a droga é destinada ao 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”.

Dessa forma, ao deixar a cargo da subjetividade do juiz a decisão entre uso e tráfico, a lei de drogas, de forma não declarada, transforma-se em um instrumento utilizado pela classe dominadora para estigmatizar a classe dominada.

Nesse ponto,

O proibicionismo criminalizador de condutas relacionadas àquelas substâncias assim facilitou a expansão do poder punitivo, introduzindo, ou reintroduzindo sob nova roupagem, as ideias de “combate” e de “guerra” como parâmetro para o controle social exercido através do sistema penal. (KARAM, 2009, p.6)

Assim, o controle social é definido como uma forma de domínio por parte de grupos que estão no poder sobre a população, como dizem Zaffaroni e Pierangeli (2004), “se valem, pois, desde meios mais ou menos ‘difusos’ e encobertos até meios específicos e explícitos, como é o sistema penal (polícia, juízes, agentes penitenciários etc.)”.

Lúcia Karam vê este proibicionismo de maneira bastante perigosa, exatamente por contribuir em muito para um número alto de pobres presos e não resolver o problema de fato. Em suas palavras,

O sistemático desrespeito a princípios e normas inscritos nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, que caracteriza a nova lei brasileira, que caracteriza as proibicionistas convenções internacionais e as demais legislações internas criminalizadoras da produção, do comércio e do consumo das drogas tornadas ilícitas, já demonstra que os riscos e danos relacionados a tais substâncias não provêm delas mesmas. Os riscos e danos provêm sim do proibicionismo. Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que, expandindo o poder punitivo, superpovoando prisões e negando direitos fundamentais, acaba por aproximar democracias de Estados totalitários. (KARAM, 2014)

Dessa forma, o proibicionismo é um instrumento de controle social utilizado pelo estado para encarcerar as classes sociais que não atendem as exigências desse modelo de sociedade. Sendo assim, o sistema penal atingirá com maior rigor e frequência esses grupos. Não é raro aparecerem manchetes de jornais impressos ou digitais que fazem bem essa distinção entre grupos ainda que o delito seja o mesmo, nos moldes “o suspeito” quando é o negro, pobre, de comunidade em contraste ao “jovem” quando estes adjetivos não o descrevem.

Soares (2013) traça uma linha de raciocínio interessante, ao afirmar que este controle social e a clara discriminação que há entre os grupos sociais inseridos no ambiente de tráfico e consumo de drogas não é algo recente, mas sim uma construção processual e paulatina, que negligencia cuidados essenciais e relega pessoas à uma condição de vulnerabilidade social, marcada por uma série de fatores que comumente afetam as comunidades periféricas das cidades, considerando que as famílias oriundas destes grupos também precisam trabalhar para prover às necessidades de seus entes e, via de regra, as crianças ficam sob cuidados de parentes, vizinhos, ou mesmo por conta própria em suas casas ou nas ruas, possibilitando e potencializando o aliciamento de muitas destas crianças ou por imposição de traficantes já estabelecidos no local ou pelo caminho do convencimento de hipotéticos ganhos fáceis e mais rentáveis do que aqueles conseguidos pelos provedores da família em seus trabalhos, além do status que passariam a ostentar.

A questão é que este enredamento coloca tais crianças e adolescentes como soldados de um exército de apoio operacional para os intuitos do traficante e, novamente via de regra, os insere na prática de vários outros delitos/crimes além do próprio tráfico, tais como os roubos, assaltos e homicídios, ou para a manutenção do próprio vício ou para a manutenção de sua posição dentro do grupo. Neste ponto, além da evidente dependência química, já é um caminho sem volta no que tange ao “rótulo” conquistado como traficante, drogado e similares. O resultado mais comum deste caminho percorrido é a apreensão ou prisão ou a morte, encontrada em confrontos, ora com a polícia ora com grupos rivais.

Além disso, há um óbvio e variado mercado acessório, por assim dizer, ligado ao tráfico de drogas, como o de armas, que não são compradas em lojas credenciadas e legalizadas, mas que também são oriundas de tráfico e necessárias para as ações associadas ao tráfico uma vez que ninguém precisa de fuzis para fazer a segurança de um caminhão de cerveja (Nabuco Filho, 2017), ou o dinheiro usado para a corrupção de agentes públicos que eventualmente facilitem ações delituosas, por exemplo.

Del Omo (2004) ensina que esta criminalização da pobreza e em destaque, do negro, é, na realidade, reflexo de uma criminologia importada sobretudo da Europa desde o século XIX para a América Latina de uma maneira irresponsável, que não levou em consideração as especificidades de cada país deste lado do oceano, no sentido de entender as diferenças que foram fundamentais para a ascensão da classe burguesa por lá e que não encontrava paralelo por cá.

Conforme as diferenças nos resultados da implantação do capitalismo como forma de responder a todas as necessidades da sociedade se acirravam favoravelmente a europeus e norte-americanos em detrimento dos latinos, as teorias que associavam a delinquência às questões físicas e mentais foram amplamente aceitas também aqui no Brasil, explicando assim as limitações desses países, pois tinham uma linhagem distinta e inferior que constituiria a parte patológica de nossas sociedades integrada por aqueles indivíduos que não descendiam da raça branca.

Esta ideia reprodutiva de um racismo não vai ser suficiente por si só para explicar as situações nas quais a raça branca se vê também delinquente, como nos casos de imigrantes no Brasil e principalmente na Argentina, o que leva a criminologia a ajustar suas definições e transferir ao indivíduo sua inexcusável responsabilidade, tornando a questão mental o ponto de equilíbrio caracterizador do delinquente.

Ou seja, as questões de psicopatia explicariam, juntas ou separadas da questão racial, a predisposição à delinquência. Conforme temos demonstrado

nesta pesquisa, fica ainda mais fácil imaginar a situação de indivíduos negros, pobres, com escolaridade precária, falta de infraestrutura básica em sua comunidade, inoperância do Estado na assistência aos direitos destes, entre outros, incluídos neste contexto.

6 - SAÚDE PÚBLICA

Acompanhando o que já foi exposto neste trabalho até aqui, fica evidente a ineficácia do proibicionismo em relação às drogas e sua inconstitucionalidade à luz dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. É importante, porém, perceber que o entendimento em relação à nocividade das drogas normalmente segue a linha de raciocínio do Dr. Carlini, que apesar de sua longa trajetória de estudos especialmente no tocante aos efeitos e uso medicinal da maconha, ensina que “não há droga inofensiva” (2011), dependendo o grau de ofensividade exatamente de fatores como a dose e a sensibilidade de quem a utiliza, o que também varia de pessoa para pessoa. Este é um dos motivos pelos quais ele considera um caso de saúde pública e não de polícia.

Partindo deste pressuposto, torna-se necessário que o investimento estatal seja redirecionado, saindo, pelo menos em parte, da repressão para a prevenção e o tratamento. Evidentemente, seriam necessários espaços físicos e recursos humanos devidamente formados, tanto inicial quanto continuamente, para atendimento eficaz da população dependente.

O que de fato existe hoje para este atendimento são os CAPs, Centros de Atenção Psicossocial, que atendem também aqueles com necessidades decorrentes do uso de álcool e outras drogas, mas que admitem algumas dificuldades, como a recusa de alguns pacientes em fazerem tratamento, a rotatividade de outros que deveriam, na realidade, ser internados e a dificuldade de convencer outros, principalmente dependentes de crack, que precisam de ajuda especializada.

Isto sem a intenção de entrar no mérito das internações compulsórias. Quando o usuário entende sua necessidade de ajuda, todo o sistema de saúde precisa estar realmente preparado para este atendimento, não só ao paciente, propriamente dito, mas também a seus familiares.

7 - EXPERIÊNCIAS EXTERIORES

Dezenas de países no mundo já mudaram suas políticas relativas às drogas. Mendes (2015) faz um importante resumo da experiência de Portugal, que trocou sua política de criminalização dos usuários de drogas já lá no ano de 2001 e passou a investir no tratamento de dependentes ao invés de prendê-los.

A fabricação, cultivo e venda de drogas continua sendo crime, mas o indivíduo pode portar o equivalente a dez doses de qualquer droga. Mesmo o porte destas quantidades pode levar o usuário flagrado pela polícia a uma comissão que vai orientá-lo sobre as possibilidades de tratamento para deixar o vício.

Como resultado, a taxa de homicídios relacionados às drogas é tão baixa que o gráfico feito pelo Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependentes de Drogas aponta “raramente alguém morre em Portugal devido a drogas”.

Também diminuiu o número de presidiários e de crimes que eram cometidos para a manutenção do vício. Portugal destina 90% dos recursos que iam para o combate ao tratamento e torna-se importante como exemplo por causa do tempo que já desenvolvem tais políticas.

Moreira et al (2011) complementa que em Portugal os caminhos que levaram ao entendimento favorável à descriminalização têm sido pavimentados desde os primeiros anos da década de 1970, quando duas coisas importantes foram percebidas.

A primeira, que a proibição em vigor até então, ainda mais inflados por um governo de ditadura aumentou o consumo e a dependência química

exatamente porque muitos jovens viam ali uma forma de contestação do regime e a segunda, decorrente desta, de que o caso se tornava sim de saúde pública.

Em 1976, o governo português publica um decreto lei que se tornaria, na prática, o embrião para a atual política relativa às drogas, pois instituía as “equipas pluridisciplinares de profilaxia, tratamento e reintegração social” que cuidaria daqueles em dependência química.

Em Israel o uso para fins medicinais da maconha é liberado. Na Espanha esta droga é liberada para consumo doméstico, mas a comercialização é proibida. No Uruguai o usuário de drogas foi despenalizado e a partir de 2017 as farmácias vendem maconha para clientes cadastrados.

Clientes cadastrados e que conseguiam comprar pequenas doses de suas drogas, como a morfina, por exemplo, em estabelecimentos controlados e a preços irrisórios se comparados aos praticados pelos traficantes já em 1940, no México.

Foi por poucos meses, mas o suficiente para que o departamento de saúde entendesse que era uma abordagem melhor do que criminalizar quem usava. Entretanto, o governo, devido à guerra, alegou a falta da morfina para voltar à legislação anterior.

Sendo uma perspectiva, de uma modificação parcial no gasto do dinheiro público, que teria como finalidade o cuidado com a vida, sendo analisado de outra perspectiva a regulação da sociedade, onde as drogas possam ser chamadas apenas de substâncias e repressão seja a partir da conscientização, que se mostra muito mais efetiva, destacando que o Brasil é referência mundial no combate ao tabagismo e desenvolve ações por meio do Programa Nacional de Controle do Tabagismo e outros Fatores de Risco de Câncer (PNCTOFR).

Estes exemplos demonstram que o caminho do tratamento como alternativa à repressão e ao proibicionismo se mostra mais eficaz tanto no quesito dos

valores que deixariam de ser investidos na chamada guerra ao tráfico como nos valores arrecadados como impostos, passando pela essencial diminuição da perda de vidas humanas no processo. Como diz Lúcia Karam (2014), não se vê pessoas armadas trocando tiros em frente fábricas de cerveja.

8 - CONCLUSÃO

Diante da análise dos princípios da intervenção mínima e da lesividade, conclui-se que a criminalização das drogas é inconstitucional. Por ser uma conduta que afeta apenas o usuário. Nesse sentido, não são matérias do direito penal as condutas que não ferem diretamente um bem jurídico alheio ou um bem jurídico próprio.

Com a observação do princípio da intervenção mínima do direito penal, entendemos que a questão das drogas não deve ser tratada na esfera penal, deve, sim, ser regulada pelo estado através de outras formas de intervenção política.

Após o estudo da inconstitucionalidade da proibição, analisamos o proibicionismo, concluindo que a política proibicionista é uma afronta aos princípios do direito penal.

Portanto, a questão do proibicionismo, que é uma política de repressão policial, e que tem como objetivo a criminalização das pessoas envolvidas com as drogas e que em sua maioria são de classe baixa as cooptadas pelo sistema penal.

Concluimos, também, que o modelo de “Guerra às Drogas” é uma tentativa frustrada de o estado combater o uso das substâncias ilícitas e a violência, atrelando o uso e ao tráfico.

Outro ponto alcançado por nossas pesquisas foi o de que as medidas proibicionista de repressão encartam modelo de controle social seletivo. Com isso, se nos depara um sistema penal voltado para uma grande parcela da nossa sociedade que não possui condições de ter pleno acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo (apud, ROXIN, 1981, p.25-28). **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: LEMOS, Clécio. MARONA, Cristiano Avila. QUINTAS, Jorge. **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BRASIL. Estudo nº 765 de 2014. Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/noticias/arqui-vos/2014/05/27/estudo-no-765-de-2014> - Acesso em: 12/07/2018.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13-14 e 15.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004ld

FANTÁSTICO. Disponível em:
<<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1663389-15605,00.html>>
Acesso em: 29 dez. 2017.

NABUCO FILHO, J. - **A Rocinha mostra que o caminho é a descriminalização das drogas** - Disponível em:
<<https://www.diariodocentrodomundo.com.br/a-rocinha-mostra-que-o-caminho-e-a-descriminalizacao-das-drogas-por-jose-nabuco/>>. Acesso em 15 Jun 2018

KARAM, Maria Lucia. “Guerra às Drogas” e saúde: os danos provocados pela proibição. In: LOPES, Luciana Elias. BATISTA, Vera Malaguti. **Atendendo na Guerra: Dilemas médicos e jurídicos sobre o “crack”**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

KARAM, Maria Lucia. **Drogas: Legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Disponível em:
<www.passeidireto.com/arquivo/35892495/drogas-legislacao-brasileira-e-violacoes-a-direitos-fundamentais>. Acesso em: 07 nov. 2018.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas**. Escritos sobre a liberdade. Rio de Janeiro, v.3, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação de direitos fundamentais**. 2014. 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 04 de junho de 2017

MENDES, O. **14 anos após descriminalizar todas as drogas, é assim que Portugal está no momento** - 2015 - Disponível em <https://awebic.com/democracia/como-portugal-descriminalizou-as-drogas-e-e-um-exemplo-para-o-mundo/>

Moreira, M., Hughes, B., Storti, C. C. & Zobel, F. (2011). **Drug Policy Profiles: Portugal, EMCDDA**. Disponível em: <http://www.emcdda.europa.eu/publications/drugpolicy-profiles/portugal>. Acesso em 15 de agosto de 2018

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.56-60.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 90.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOARES, Édison Maximiliano de Oliveira. Lei de drogas: descriminalização do uso no Brasil sob o olhar da criminologia. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13278&revista_caderno=3. Acesso em 20 de agosto 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.