

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Faculdade de Direito



O PROBLEMA SOCIAL DO CONSUMO DE DROGAS:
Os Limites da Intervenção Penal

MÁRCIO RICARDO FERREIRA

COIMBRA - PORTUGAL
2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Faculdade de Direito

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



O PROBLEMA SOCIAL DO CONSUMO DE DROGAS:
Os Limites da Intervenção Penal

MÁRCIO RICARDO FERREIRA

Dissertação apresentada ao 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

Menção: Direito Penal e Criminologia

Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade.

COIMBRA - PORTUGAL
2013

“A ignorância é a pior das drogas, e mata!”
Adriana Rocha

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à minha mãe Susi Marchini dona de um sorriso encantador, fonte de inspiração permanente e prova de que o amor revoluciona. Agradeço também ao meu pai José Ferreira, sua sabedoria é a de um mestre e sua sinceridade de um amigo. Nada melhor pode dar um pai ao seu filho do que uma boa educação, exemplo de valor e retidão, o senhor é minha referência de honestidade e determinação, parâmetro essencial de formação. Meu eterno e sincero agradecimento a Joana Carneiro: você é confiança, carinho e compreensão sem fim, agradeço a você por todo seu amor e carinho, e por me fazer sentir, que sou alguém com quem você se importa. Obrigado por tudo Joana! A Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, lugar de preocupação constante com a formação de profissionais altamente qualificados, abre espaço à pesquisa capaz de movimentar mentes e acionar idéias transformadoras. Por isso, agradeço a todos os professores, principalmente àqueles que mais próximos de mim estiveram durante as pesquisas do Mestrado: Doutora Anabela Miranda Rodrigues, Doutor Pedro Caeiro, doutora Suzana Tavares da Silva e doutora Cláudia Cruz Santos. Agradecimento especial ao meu orientador de tese senhor doutor Manuel da Costa Andrade, com uma desigual visão dialética a respeito do sistema de justiça criminal, cujo discurso serviu-me de plataforma para as mudanças necessárias, uma vez que suas provocações filosóficas não impõem respostas, mas abrem caminhos para se perceber o maravilhoso mundo existente na exterioridade do sistema penal.

ABREVIATURAS

OMS – Organização Mundial de Saúde

CRP – Constituição da República Portuguesa

A.L.I.C – *Actio Libera in Causa*

EUA – Estados Unidos da América

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

JIFE – Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes

UNODC – *United Nations Office on Drugs and Crime*

INCB – *International Narcotics Control Board*

RE – Recurso Extraordinário

ECOSOC - *The Economic and Social Council*

DL – Decreto Lei

IPDT – Instituto Português da Droga e da Toxicodependência

CDT – Comissão de Dissuasão da Toxicodependência

EU – União Europeia

EEUU – Estados Unidos

CFB – Constituição Federal Brasileira

RESUMO

Pretende-se analisar o discurso oficial do consumo de drogas. Primeiramente investiga-se as agências de controle e o movimento proibicionista, que de forma seletiva, busca a criminalização do consumo de drogas com base no argumento médico-jurídico em defesa à saúde pública. Este movimento acredita ser o uso de drogas a mola propulsora do tráfico de entorpecentes, por isso, luta pela expansão do Direito Penal. Já o movimento contrário, os liberais, buscam o fim da repressão e a flexibilização do Direito Penal com o objetivo de reduzir os danos causados aos usuários. Para esta teoria o uso de drogas é um problema de saúde pública e não criminal. Por fim, quer-se aferir a legitimidade e os limites da intervenção penal face o consumo de drogas.

Palavra Chave: Drogas, Consumo Pessoal, Liberdade, Bem Jurídico, Repressão, Moral, Flexibilização Penal.

ABSTRACT

Is intended to analyze the official discourse of the drug. First it is investigated the control agencies and prohibitionist movement which, selectively, searches the criminalization of drug consumption based on medical-legal argument in defense of public health. This movement believes that the use of drugs is the springboard of drug trafficking, so it fights about the expansion of criminal law. In the opposite movement, the liberals, seeks an end to repression and the flexibilization of Criminal Law with the goal of reducing harm to users. For this theory the drug use is a public health problem and not a criminal. Finally, is wanted to assess the legitimacy and limits of penal intervention against drug use.

Keyword: Drugs, Personal Use, Freedom, Legal Right, Repression, Moral, Criminal Flexibilization.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO I – A EPISTEMOLOGIA DA DROGA: Aspectos culturais.....	13
1. BREVE ESBOÇO HISTÓRICO	13
1.1. O Cânhamo	15
1.2. A Cocaína	17
1.3. O Álcool	18
2. CONCEITO DE DROGA	20
2.1. Drogas Legais e Ilegais.....	21
CAPITULO II – CONSUMO PESSOAL DE DROGAS: Liberdade, Privacidade e Autonomia.	24
3. CONSUMO PESSOAL.....	24
3.1. Princípios da Alteridade, Lesividade e da Ofensividade do Direito Penal.....	25
3.2. Critérios de Distinção entre Consumo e Tráfico de Drogas Ilícitas	29
3.3. Teoria da <i>Actio Libera in Causa</i>	33
3.4. Delito de Perigo Abstrato (ou presumido)	36
4. O POSICIONAMENTO INTERNACIONAL FACE O CONSUMO DE DROGAS	39
4.1. O Posicionamento de Alguns Países da Europa e América Latina	44
4.2. Despenalização Brasileira e a Descriminalização Portuguesa.....	48
4.2.1. A Despenalização Brasileira.....	48
4.2.2. A Descriminalização Portuguesa	53
CAPITULO III – INTERVENÇÃO PENAL: Repressão, Criminalização e o Delinquente.....	57
5. PROIBICIONISMO	57
5.1. As Guerras do Ópio	58

5.2.	A Lei Seca Norte Americana	60
5.3.	O Interesse Político e Econômico na Perpetuação da ilegalidade.	62
5.4.	Ofensa à Cultura Ancestral e a Liberdade Religiosa.....	66
6.	O PATERNALISMO PENAL.....	69
7.	CONTRATO SOCIAL OU CONTRATUALISMO.....	76
8.	UTILITARISMO PENAL.....	80
9.	DIREITO PENAL DO INIMIGO	83
10.	<i>LABELING APPROACH: Os Reflexos do Proibicionismo e da Repressão aos Dependentes químicos</i>	89
10.1.	Perspectiva Interacionista.....	92
10.2.	Identidade Pessoal	94
10.3.	Desvio Secundário	96
CAPITULO IV – AS TEORIAS REDUCIONISTAS: Humanização, Diálogo e a Conciliação.		100
11.	TEORIA MINIMALISTA DO DIREITO PENAL.....	100
11.1.	Bem Jurídico como Fundamento à Teoria Minimalista.....	100
11.2.	Direito Penal Mínimo	101
12.	ABOLICIONISMO PENAL	105
13.	JUSTIÇA RESTAURATIVA	110
13.1.	Consensualidade	112
13.2.	Reintegração	113
13.3.	Conciliação	114
14.	EVOLUÇÃO DA PENALIDADE E A FLEXIBILIZAÇÃO PUNITIVA	115
14.1.	A Flexibilização do Direito Penal Face o Uso de Drogas.....	118
CONCLUSÃO		122
BIBLIOGRAFIA.....		125

INTRODUÇÃO

Tornou-se cada vez mais recorrente a preocupação quanto à legitimidade do Direito Penal e a sua utilização como meio mais agressivo de reação estatal, nomeadamente no que se refere ao porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal. Questiona-se a existência concreta de bem jurídico digno de proteção penal e a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato. Pode-se identificar aqui, a relevância da idéia de explorar os fundamentos da teoria do bem jurídico e ponderar as justificativas que autorizam a intervenção penal na esfera privada do indivíduo. Uma das limitações mais importantes do Direito Penal reside no postulado segundo o qual, o dano a si próprio não pode ser objeto de incriminação. De fato, a autolesão, além de situar-se na esfera íntima do indivíduo, integra abrigo constitucional contra a ofensiva penal. Desta forma, importa saber se há violação dos princípios inalienáveis da autonomia, alteridade e lesividade do direito penal.

O discurso oficial das agências de controle adeptas do proibicionismo, pune o consumo de drogas com vista a impedir um futuro e incerto perigo abstrato gerador de inauferíveis danos à sociedade. Trata-se do utilitarismo penal que sacrifica a dignidade individual humana em busca do bem-estar geral da sociedade. A alegação de danos indiretos a terceiros fere o princípio da alteridade. Por esta razão, proíbe-se a incriminação de condutas que excedam o âmbito do próprio autor. Para alcançar uma conclusão satisfatória, o estudo fez um esboço histórico pelo mundo das drogas, observando cronologicamente a evolução destas substâncias e a sua importância na relação com a cultura humana. Pretende-se investigar quem são os responsáveis por determinar a legalidade ou não de uma substância e quais os critérios utilizados nessa determinação.

Mas o ponto central deste estudo, certamente é a conduta típica de portar drogas para o consumo pessoal. Com esta abordagem, pretende-se compreender as características e circunstâncias envolventes nesta conduta, abarcando um cabedal de comportamentos em relação à natureza e à

extensão do perigo aos quais foram submetidos os interesses tutelados. No desenvolver desta argumentação, analisa-se o cometimento de crimes sob o efeito de substâncias entorpecentes, aferindo o âmbito de reprovação e culpabilidade individual. A lesão provocada pela conduta de portar drogas para consumo pessoal pode ser tão leve, que as considerações da prevenção geral que fundamentam a sanção penal perderiam a sua força. Nestes casos, o direito à liberdade pertencente ao indivíduo, a culpa individual e as considerações relacionadas ao consumo de entorpecentes seriam desproporcionais, portanto, inconstitucionais.

A constitucionalidade das normas penais e os critérios utilizados pelas agências de controle na diferenciação entre consumo pessoal e o tráfico de drogas, serão confrontadas com as políticas internacionais. Neste cenário, a pesquisa pretende inquirir o problema social do uso de drogas, avaliando as duas principais correntes neste assunto: aquelas que defendem a criminalização da conduta e aquelas que defendem a sua descriminalização. Para aqueles que defendem a criminalização, convencionou-se o discurso de que a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal justificar-se-ia em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública. Diante da chamada “Sociedade de Risco”, os proibicionistas clamam proteção penal sob a justificativa de que a saúde coletiva dependeria da ausência de mercado para o tráfico. Em outras palavras, proibir o porte para consumo pessoal seria uma forma de contenção do comércio ilegal de drogas, pois segundo eles, sem procura não existe oferta.

É através da abordagem proibicionista que os maximalistas veem o consumidor como inimigo da sociedade sã. Este deve ter os seus direitos reduzidos caso opte por desviar-se da moral socialmente aceita pela maioria. Ao verificar as bases proibicionistas e as suas características fundamentais, tem-se acesso aos instrumentos necessários para iniciar o esboço legitimante da atuação penal neste contexto. A pesquisa chama a atenção para as questões morais que envolvem o pensamento maximalista, comparando o problema à teoria de *Labeling Approach*, tendo como principal foco os reflexos da política proibicionista no dependente químico.

Em outro extremo, contrários à repressão e ao cerceamento de direitos, surgem as correntes minimalistas sob a alegação de que o porte de pequena quantidade de drogas para o consumo próprio não afetaria a saúde pública, quando muito, o próprio consumidor. Defendem também a suavização repressiva do Estado, propondo a redução do Direito Penal através de medidas mais humanas, preventivas e restaurativas. Os partidários desta corrente acreditam que, antes de ser um criminoso, o usuário deve ser tratado como cidadão digno de tratamento. Assim, acusam o proibicionismo de fomentar o mercado negro e de ineficiência, levando em conta que, até o momento, não houve resultados satisfatórios na resolução do problema por meio da força repressiva.

Para a comprovação da hipótese, o estudo parte de uma reconstrução da trajetória do movimento proibicionista pautado na abordagem médico-jurídica. Em seguida, investiga-se a abordagem prevencionista de redução de danos, analisando a conjuntura atual dessas políticas, enfatizando particularmente os desafios inerentes aos dois recursos e à tensão existente entre as duas abordagens. Por fim, com uma avaliação apurada destes sistemas, o trabalho pretende aferir os limites da intervenção penal a fim de concluir qual das políticas é a mais adequada para formar as bases internacionais, mas principalmente, se houve a expansão repressiva ou a flexibilização da atual política internacional de drogas. A idéia é contribuir cientificamente para um caminho de padronização em plano internacional, atendendo os preceitos fundamentais dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão.

CAPITULO I – A EPISTEMOLOGIA DA DROGA: *Aspectos culturais.*

1. BREVE ESBOÇO HISTÓRICO

“Entre as drogas que alteram o pensamento, a melhor é a verdade”.
Lily Tomlin

A civilização descobriu, há milênios, nas plantas e nos animais, substâncias que são utilizadas até os dias de hoje pela medicina. Através da história das civilizações, as drogas foram utilizadas em diversos contextos sociais como a religião, o comércio, cultura, a bruxaria e a política. O consumo de drogas sempre esteve presente na história do homem, e seu uso existia muito antes de habitar a terra.

Segundo Escotado:

Salvo comunidades que vivem em zonas árticas, desprovidas por completo de vegetação, não há um só grupo humano onde não tenha sido detectado o uso de vários psicotrópicos, e se algo salta a vista neste terreno é que constitui um fenômeno plural em si, que se manifesta em uma diversidade de tempos, cobrindo uma ampla variedade de lugares e obedecendo a uma multiplicidade de motivos. (ESCOHOTADO, 1998 pág.11)

Desde os primórdios, as drogas que alteram o estado da mente foram usadas por animais para aliviar a dor e gozar de momentos de prazer. As plantas e os animais desenvolviam venenos voltados a alterar o comportamento dos seus predadores. Com o tempo, alguns animais acabaram não só por tolerar essas substâncias, mas também experimentar satisfação ao consumi-las.

As drogas sempre estiveram presentes na história da humanidade. Neste sentido, Escotado aponta: *Tras el Diluvio, el primer hombre que empieza la repoblación de la tierra se topa con una droga*¹. Desde o princípio, o homem recorreu às drogas a fim de alterar o estado de ânimo. Com o tempo, o

¹ ESCOHOTADO, 1998, p.41;

uso religioso desapareceu, dando lugar ao hedonismo moderno, pois a procura passou a fundamentar-se numa concepção mais egocêntrica voltada para prazeres egoístas e momentâneos.

Poiares esclarece que:

A droga atravessa a História desde os tempos mais remotos, assumindo, no decurso dos últimos dois séculos, uma tríplice dimensão: a de mercadoria, como tal objeto de relações jurídico-económicas e fiscais; a lúdica e terapêutica, servindo de meio de desinibição e convívio social, ou como tratamento médico; e, por fim, enquanto objeto e, depois, causa de criminalidade – perspectiva que se tem levado ao longo da segunda metade do século XX. (POIARES, 1998, Pág. 27)

Após o Renascimento, período marcado por grandes transformações na vida humana em razão da ruptura com as estruturas medievais, veio a inquisição. Dedicadas à supressão da heresia no seio da Igreja Católica, a inquisição combatia grupos religiosos que praticavam a adoração a plantas e a animais. O contato da humanidade com as plantas psicoativas pode ter sido o primeiro contato dos seres humanos com a religião, com o início da suspeita humana em relação a existência de um outro mundo.

A igreja manifestou o seu repúdio contra as drogas pela primeira vez em 1484, declarando o uso de drogas um sacrilégio, razão pela qual era usada pelos curandeiros que a inquisição perseguia. Segundo Escotado: *La repugnancia a vincular misticismo e intoxicación - tal como puede vincularse el culto báquico con el vino - aparece ejemplarmente en este erudito sobre la materia*². Neste período a Igreja ganhou muita força e passou a exercer o papel de polícia julgando hereges. *Com efeito, muitos concebem hoje em dia certas substâncias como uma nova forma de pecado e, os códigos tipificam esta conduta como nova forma de delito*³.

As bruxas, apesar de serem tradicionais curandeiras da época, eram condenadas à fogueira por utilizar plantas com poderes psicoativos nos seus rituais. *O uso de drogas acompanhou a peste moral, desatada como crime moral contra Deus e o Estado*⁴. Foi desta forma, que se consolidou a antipatia

² *Ib idem*, 1998, p. 37;

³ *Ib idem*, 1998 pág. 4;

⁴ ESCOTADO, 1998 pág.14;

cristã por plantas que alteravam o estado da consciência. *Nos Himalaias Indianos, e no Tibet, as preparações a base de Cannabis encontraram grande importância no contexto religioso*⁵.

Nesse sentido, Santos Ebo explica:

Assim, a primeira fase caracteriza-se pelo uso/consumo de plantas, num segunda fase, a partir do século XIX, o homem conseguiu isolar o princípio ativo vegetal (alcaloide), mas continuava a depender das plantas, uma terceira fase começou no final dos anos vinte com o surgimento das anfetaminas. Pela primeira vez, uma substância psicoativa é isolada totalmente em laboratório, sem precursores vegetais. Nos anos oitenta, surgem em voga as *Desígners Drugs*. (SANTOS EBO, 2008, p. 41)

Com o avanço da química, o homem conseguiu maximizar o efeito das drogas e os extratos foram ficando cada vez mais puros. A partir dos anos 50 começaram a surgir as chamadas “*drogas sintéticas*”. Dez anos depois, juntamente com os festivais de música, os Estados Unidos viram o seu território invadido pelas drogas através do movimento *Hippie*. O uso de entorpecentes surgiu não só com a filosofia de paz e amor, mas também, como forma de protesto contra os abusos do Estado despótico da época. *O século XIX assistiu uma rápida expansão na variedade de drogas psicoativas e nas atitudes sociais relativas a elas*⁶.

Ganzenmuller, adverte que:

El consumo de drogas, se interpreta como una reacción del individuo, contra el contexto social con el que se relaciona en el que los factores socioeconómicos y psicológicos juegan un papel decisivo, que exige cada vez más, un tratamiento individualizado y no generalizador, para cada caso concreto.(GANZENMULLER, 1997, p. 10)

Assim, muitas pessoas passaram a fazer uso de alucinógenos, criando uma explosão do consumo mundial. Este crescimento descontrolado permitiu concluir de que as leis em vigor não surtiam o efeito esperado.

1.1. O Cânhamo

⁵ SANTOS EBO, 2008; p. 42;

⁶ MARTIN, 2009, p. 57;

O cânhamo é uma das plantas mais antigas consumida pelo homem. A planta foi descrita cientificamente por Linné em 1753, sob a designação de *cannabis sativa*⁷. A *Cannabis*, ou o Cânhamo, era cultivada na China há seis mil anos e consumida no Egito e na Grécia há mais de três mil⁸. Contudo, geralmente, o uso da *cannabis*, contrariamente ao do álcool, raramente é fator de violência⁹. Para além das alterações psíquicas, as drogas tiveram outros fins, como o cânhamo, muito utilizado pelos portugueses na construção das caravelas, conhecidas por serem velozes e fáceis de manobrar. Foi assim que, no ano 1500, Pedro Alvarez Cabral chegou ao Brasil cruzando os mares com caravelas onde o cordame e as velas eram feitos de cânhamo.

Escohotado relembra:

El cáñamo quizá es originario de China o del Turquestán, y la adormidera con alto contenido en opio de Asia Menor, aunque se hayan encontrado muestras prehistóricas de adormidera cultivada en algunos lagos suizos, y la planta de la que derivan parece provenir del sudoeste del Mediterráneo. (ESCOHOTADO, 1998, p. 46)

A fibra de cânhamo, muito mais resistente que o algodão, durante séculos teve um papel importante no poderio econômico nos reinos de Portugal, Espanha e Inglaterra. Todos investiram no cultivo da planta responsável pela fibra do cânhamo que, espalhou as suas sementes pelo mundo vindo a se tornar uma das ervas mais polêmicas na história das civilizações. Com a fibra, nossos antepassados aprenderam a fazer cordas, tecidos e mais tarde papel. Desde que os chineses inventaram o papel, o cânhamo foi utilizado para sua fabricação. Gutenberg, inventor da prensa, imprimiu seus livros em cânhamo e, ironicamente, a primeira constituição dos Estados Unidos, aprovada em 1787 foi escrita em papel feito da fibra. Os grandes pintores da época também utilizavam a tela feita da *cannabis* para expressar sua arte. *Provavelmente, a cânabis era usada como droga recreativa na altura em que Shakespeare escreveu, ele pode ter-lhe feito referências enigmáticas nas suas obras*¹⁰.

⁷ RICHARD, 1997, p.25;

⁸ MANTIN, 2009, p. 55;

⁹ RICHARD, 1997, p. 35;

¹⁰ MANTIN, 2009, p. 57;

A referência mais antiga dessa droga, vem da Índia, nos livros sagrados do hinduísmo, os vedas, escritos á 1500 a.C. a planta aparece como alimento predileto do Deus *Shiva*. Para os indianos, tomar a droga também significava entrar em comunhão com Deus. Diz a lenda, que o próprio Buda durante sua busca pela iluminação, alimentou-se dos grãos da erva. *Na tradição indiana, a planta é um presente dos deuses aos homens, capaz de provê-los de prazer, coragem e atender seus desejos sexuais*¹¹.

1.2. A Cocaína

*A cocaína é feita das folhas da planta da coca, que cresce livre nas montanhas da América do Sul*¹². *A pasta base e a coca são produzidas a partir da folha de coca dos países andinos como o Peru, Bolívia e Colômbia, embora a fabricação de cocaína seja desproporcionalmente concentrada na Colômbia*¹³. Os Incas e outros povos dos Andes mascavam a folha a fim de suportar a fadiga e o cansaço do trabalho duro nas altas altitudes.

A coca era conhecida pelo menos desde 600 a.C. escavações arqueológicas fizeram descobrir múmias de índios sul-americanos sepultados com folhas de coca nos sarcófagos, e esculturas dessas épocas figuraram o rosto volumoso dos mastigadores dessa planta. (POIARES, 1998, p. 28)

O Alcalóide foi levado para a Europa em 1580 e, em 1860 a cocaína foi isolada das folhas de coca por um químico alemão chamado Albert Niemann. Derivada do arbusto da coca, este alcaloide com efeitos anestésicos, causava forte dependência ao homem. Em 1863, o cientista italiano Ângelo Mariani desenvolveu o vinho Mariani a partir desta planta. Com o vinho, a cocaína tornou-se muito popular entre as classes mais altas no fim do século XIX. *A cocaína tornara-se, na reta final do século XIX, a droga da moda dos artistas e intelectuais, substituindo em parte o consumo do haxixe e, sobretudo, do ópio,*

¹¹ SANTOS EBO, 2008, p. 42;

¹² GANERI, 2002 p. 26;

¹³ Coca leaf and paste are produced from coca Andean countries of Peru, Bolívia and Colombia, though the manufacture of cocaine is disproportionately concentrated in Colombia. (UNITED NATIONS, 1999, p.173)

que passara a ser considerada uma droga mais pesada¹⁴. Freud, fascinado com a cocaína, publicou um livro e passou a utilizá-la nos seus pacientes com depressão. *Sigmund Freud teve a dúbia honra de ser um defensor pioneiro entusiasta da cocaína*¹⁵.

Sigmund Freud e Karl Koller fizeram diversas experiências e comprovaram a ação anestésica da cocaína. Koller introduziu a cocaína na prática médica, em oftalmologia. A partir de então a droga passou a ser difundida na Europa e nos Estados Unidos da América e a ser empregue legalmente na fabricação de remédios, cigarros, doces, gomas e bebidas estimulantes como a Coca-Cola. (SANTOS EBO, 2008, pp.43-44)

Aproveitando a oportunidade econômica, a empresa de refrigerante mundialmente conhecida como *Coca-Cola*, anunciava um santo remédio para a lentidão. Segundo Paul Martín, a desenvolvimento desta bebida e a eleição do seu atual nome, não se tratam de mera coincidência:

A coca ficou famosa por integrar a receita original da Coca-Cola. O refrigerante mais conhecido no mundo foi registado, em 1886, por George Pemberton, um farmacêutico americano. Pemberton queria criar uma bebida que estimulasse e desse energia. A força cada vez maior do movimento da temperança impediu-o de usar o álcool como ingrediente ativo. Resolveu, então, criar a sua bebida baseando-se na cocaína proveniente da folha de coca e nos extratos de noz de cola, ricos em cafeína – daí a Coca-Cola. (MARTÍN, 2009, p. 66)

1.3. O Álcool

Os grãos fermentados, o sumo da fruta e o mel, foram utilizados durante milhares de anos na produção do álcool. Na Índia, havia uma bebida alcoólica chamada *Sura* que era preparada através da destilação do arroz. *O uso indevido de drogas é um problema antigo. É fácil ignorar o fato de que, provavelmente, a mais antiga das drogas é o álcool, que tem sido usado e abusado em escala internacional desde tempos imemoriais*¹⁶.

O álcool é a droga mais antiga de que se tem conhecimento na história da humanidade. Conforme ensina García: *Características distintas ofrecen las*

¹⁴ POIARES, 1998, pp. 36-37;

¹⁵ MARTÍN, 2009, p. 58;

¹⁶ Drug misuse is an ancient problem. It is easy to overlook the fact that probably the oldest drug is alcohol, which has been used and abused on an international scale since time immemorial. FORTSON 1988, p. 3;

*sustancias generalmente designadas con el término drogas (habría que añadir “no alcohólicas”, ya que propiamente el alcohol es una droga)*¹⁷. Ao lado dessa idéia Ganeri: *O álcool pode ser viciante e podes tornar-te dependente dele*¹⁸. O consumo do vinho e da cerveja já era descrito nos documentos das civilizações mais antigas, quando consumidos nas festividades sociais e nas cerimônias religiosas. Esta tradição conservar-se até hoje entre algumas religiões ocidentais e orientais. Na antiga Grécia e Roma já era feito o cultivo de uva para a produção do vinho. Mesmo com a fermentação da cevada, o vinho continuava a ser a bebida mais difundida nos dois impérios.

Em uma das passagens da Bíblia, Noé teria plantado a vinha para produzir vinho e embriagar-se. *E começou Noé a ser lavrador da terra e plantar a vinha; E bebeu o vinho e embebedou-se; e descobriu-se no meio de sua tenda*¹⁹. O Cristianismo firmou-se com a postura de religião imperial, e a única droga permitida era o álcool dado estar associado ao sangue de Jesus, encarnando no vinho a própria divindade. Na antiguidade, havia referência ao chamado “banquete” ou *symposium* - diálogos que transcorriam ao final da ceia, momento de beber vinho. A palavra em grego, simpósio, significa literalmente “beber junto”. Como bem observou Roxin: *La embriaguez era concebida antiguamente la mayoría de las veces como trastorno de la conciencia, pero hoy hay que encuadrarla aquí, porque (al igual que en la embriaguez por drogas os medicamentos) se trata de intoxicaciones corporales*²⁰.

A filosofia grega considerava o vinho uma grande realização cultural, cujo uso permitia conhecer-se melhor, servindo assim como um instrumento de equilíbrio e moderação. Escotado destaca que: *El Antiguo Testamento celebra los poderes del vino para consolar al hombre infeliz, y andando el tiempo estos caminos de resignación acabarán considerándose lo único racional*²¹. Beber sem perder o auto-controle era a lição clássica. O judaísmo,

¹⁷ GARCÍA, Antonio Obregón. **La Eximente de Estado de Intoxicación Plena**. In Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 1 - Madrid: UNED, 2000, p.279;

¹⁸ GANERI, 2002, p. 94;

¹⁹ Bíblia *online* (Genesis 9.20/9.21) – acesso em 14/06/2013 às 19h. Disponível em: <http://gracamaior.com.br/biblia-online/genesis/capitulo-9.html>

²⁰ ROXIN, 1997, p. 827;

²¹ ESCOTADO, 1998, pp. 48-49;

por sua vez, não só vê no vinho um alimento, como o consagra como instrumento de devoção.

2. CONCEITO DE DROGA

“As drogas só destroem quem não tem estabilidade familiar”.
Marcello Thadeu

O vocábulo “droga” é definido no dicionário *Houaiss* da seguinte forma: *Qualquer produto alucinógeno (ácido lisérgico, heroína e etc.) que leve a dependência química e, p.ext., qualquer substância química ou produto tóxico (fumo, álcool e etc.), de uso excessivo, entorpecente*²². Damásio, com apoio em Freitas, define droga da seguinte maneira: *Qualquer substância natural ou sintética, que ao entrar em contato com o organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções; é uma substância química que tem a ação biológica sobre as estruturas celulares do organismo, com fins terapêuticos ou não*²³.

Fortson²⁴ traz a seguinte definição:

O Dicionário de Inglês Oxford define "drogas" como sendo: "Uma original, substância simples, medicinal orgânica ou inorgânica, usada por si só, ou como ingrediente na medicina, um narcótico ou opiáceo". A palavra "narcótico", por outro lado tem um significado muito mais estreito: "uma substância que, quando ingerido, inalado ou injetado no sistema induz a sonolência, sono estupefação, ou insensibilidade (FORTSON, 1988, p. 7)

Por sua vez, Tomás, contribui dizendo: *Descriptivamente, viene considerándose como droga toda sustancia que, consumida por el ser humano, produzca cambios en la actividad mental (percepción, emociones o juicio) o en el comportamiento: este efecto es lo que se denominada psicoactividad*²⁵.

Mas para que uma substância seja classificada como droga, não basta causar apenas dependência, torna-se imperativo que os órgãos responsáveis

²² HOUAISS, 2003, p. 1407;

²³ FREITAS *apud* JESUS, 2002, p. 52;

²⁴ The Oxford English Dictionary defines a "drugs" as being: "An original, simple, medicinal substance organic or inorganic, used by itself, or as an ingredient in medicine, a narcotic or opiate". The word "narcotic", by contrast has a much narrower meaning: " a substance which when swallowed, inhaled or injected onto the system induces drowsiness, sleep, stupefaction or insensibility.

²⁵ TOMÁS, 2002, p. 16;

de cada país classifique a substância como tal. Para Zaffaroni: *El concepto de droga es indefensible si se atiende a la estructura de las sustancias que se comportan como tales*²⁶. O termo refere-se às substâncias psicoativas legais ou ilegais que alteram o estado de consciência do indivíduo provocando-lhe dependência física ou psíquica.

As drogas são substâncias químicas de origem sintética, quando processadas industrialmente, ou natural, quando extraídas em altas concentrações a partir de órgãos vegetais ou de substâncias provenientes de secreção animal. As substâncias entorpecentes podem ser classificadas de acordo com os seus efeitos: estimulantes, depressores, cannábicos, alcoólico, alucinógenos ou inaláveis. *A droga mantém o sono e a (fome) afastados durante horas. Acelera o sistema nervoso, o batimento cardíaco e a respiração*²⁷. Podem ainda causar impulsividade, falta de auto-controle, agressividade, além de prejudicar as relações sociais. Conforme as idéias de Tomás: *Todas las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, por definición, deben ser sustancias que causen daño a la salud, "las llamadas drogas duras"*²⁸.

2.1. Drogas Legais e Ilegais

Todas as culturas tiveram e têm as suas drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas. Sob este aspecto, Escotado explica: *En llamativa analogía con el modo actual de cuantificar el consumo de drogas ilícitas, nunca se investiga qué proporción de las altas clases utiliza bebidas alcohólicas, ni qué número de usuarios ricos o pobres las usa moderadamente*²⁹. Os limites entre as drogas lícitas e ilícitas estão sujeitos à sua relatividade cultural. Por exemplo, o álcool, considerado droga lícita na maior parte dos países ocidentais, é condenado na cultura muçulmana. Enquanto o *Haxixe*, droga ilícita no Ocidente, é francamente tolerado em alguns países do Oriente Médio.

²⁶ ZAFFARONI, 2002, p. 763;

²⁷ GANERI, 2002, p. 19;

²⁸ TOMÁS, 2002, p. 121;

²⁹ ESCOTADO, 1998, p. 378;

Segundo Escotado:

La vaguedad farmacológica del concepto “estupefaciente” ofrecía una amplia gama de sustancias psicoactivas legales, algunas con un poder narcótico superior a los opiáceos y otras que se podían considerar formas potenciadas de la cocaína. (ESCOHOTADO, 1998, p. 541)

A legalidade de uma substância, num determinado contexto sociocultural, não é determinada pelos prejuízos que ela traz á saúde individual ou coletiva, mas sim, de acordo com os interesses religiosos, econômicos e políticos. Ainda na visão de Escotado: *Tras varias décadas de esfuerzos por lograr una definición “técnica” del estupefaciente, la autoridad sanitaria internacional declaró el problema insoluble por extrafarmacológico, proponiendo clasificar las drogas en lícitas e ilícitas*³⁰. Existem várias maneiras de classificar as drogas, mas a maior relevância aqui é estabelecer se o porte, o transporte e o uso de droga são legais ou ilegais. As drogas legais são aquelas aceitas socialmente, seja pelos órgãos formais ou informais de controle, como o álcool, o tabaco e os medicamentos adquiridos por meio de ordem médica.

É inegável, como registra Ganeri:

Até agora falamos de drogas que, apesar dos boatos ocasionais sobre a legalização da *cannabis*, são estritamente ilegais de possuir, comprar ou vender, mas não são as únicas drogas com que te depararás. Existem algumas que até não encaras como drogas. A estas chamam-se drogas legais. Uma mera chávena de café ou chá contém a droga estimulante, cafeína. O paracetamol que tomas para as dores de cabeça é uma droga, tal como os paliativos para a gripe e os xaropes para a tosse. Também existe o álcool e o tabaco, duas das mais letais drogas legais existentes. Estes como fazem parte integrante da vida social das pessoas, são vistos (de forma errada) como sendo menos perigosos do que a heroína ou a cocaína. Serão dois pesos e duas medidas? (GANERI, 2002, p. 77)

As drogas consideradas ilegais são aquelas cuja compra, a venda, o porte, o transporte, a guarda, o plantio ou a comercialização constituam um ilícito penal conforme a lei local. Mas, o que auxília na determinação da legalidade ou ilegalidade das substâncias são as listas fornecidas pelos órgãos de controle sanitários. Estes proíbem a comercialização ou produção dos produtos sem prévia autorização legal.

³⁰ *Ib idem*, 1998, p. 10;

Por sua vez, no que se refere à competência internacional, a Organização Mundial de Saúde, ou OMS - órgão subordinado às Nações Unidas - tem por objetivo supervisionar e regulamentar o sistema internacional de saúde em todos os Estados.

En efecto, para que una sustancia sea incluida en alguna de las listas es preciso que a juicio de la OMS sea efectivamente psicotrópica, cree un estado de dependencia y haya pruebas de que constituye un problema sanitario y social que justifica la fiscalización internacional. (ESCOHOTADO, 1998, p. 688)

*No que se refere mais especificamente às atividades da OMS relacionadas com as drogas, é de salientar que esta organização é a única com competências para determinar quais as substâncias que devem ser colocadas sob controlo internacional, de maneira a que apenas sejam utilizadas num contexto médico e científico³¹. De forma preponderante, os autores Ferreira, Souza e Cubas esclarecem o relativismo da legalidade ou da ilegalidade dizendo: *Aos jovens é muito fácil a aquisição de drogas, tanto lícitas quanto ilícitas, por isso, a iniciativa e a decisão em usar ou não usar passa por um crivo individual por mais que haja uma pressão contrária³².**

³¹ SANTOS EBO, 2008, p. 176;

³² FERREIRA, SOUZA e CUBAS, 2008, p. 63;

CAPITULO II – CONSUMO PESSOAL DE DROGAS: *Liberdade, Privacidade e Autonomia.*

3. CONSUMO PESSOAL

*“Chamam-me de idiota porque fumo maconha,
mas chamam de gênio quem inventou a bomba atômica”.*
Bob Marley

Os motivos que induzem os seres humanos ao consumo de drogas podem variar de acordo com as características pessoais de cada indivíduo na busca pelo prazer. *Independentemente dos benefícios práticos que o álcool, a coca e outras drogas possam trazer, o seu grande atrativo é, e sempre tem sido, os efeitos psicoativos*³³. O dicionário *Houaiss* define o fenômeno do seguinte modo: *Qualquer substância que leve a um estado satisfatório e desejável (o que tira a dor, emagrece e etc.)*³⁴. Em relação à sua forma de consumo, a droga pode ser fumada, injetada ou inalada. *Uma forma de tomar o sulfato anfetamínico é misturar o pó com água ou bebida sem álcool e engolir. Pode ser inalada ou “snifada” pelo nariz, ou misturada com água e injetada. Algumas pessoas fumam-na de uma forma especialmente tratada chamada “gelo”*³⁵.

O consumo de drogas, inicialmente, tinha uma motivação mais religiosa e interativa. Para os Índios, era parte de um ritual sagrado e o seu uso entre duas ou mais pessoas representava a reconciliação e/ou trégua. Atualmente, o consumo de drogas adquiriu uma forma mais hedonista pela busca do prazer, com atitudes mais voltadas à busca individualizada e momentânea de satisfação. *O hedonismo, doutrina que considera que o prazer individual e imediato é o único bem possível que teria colocado o prazer e o lazer à frente das preocupações humanas*³⁶.

³³ MARTÍN, 2009, p. 68;

³⁴ HOUAISS, 2003, p. 1407;

³⁵ GANERI, 2002, p. 19;

³⁶ FERREIRA, SOUZA & CUBAS, 2008, p. 63;

Discute-se o preço justo a se pagar pelo consumo ilícito de drogas e a relevância dos danos produzidos pela conduta ao bem jurídico. O uso de drogas em alguns países é crime, o ato delituoso refere-se ao “porte” de droga. Ou seja, a transgressão está no porte e não no consumo como muitos imaginam. Claro, torna-se quase inviável o uso sem portar uma quantidade mínima da substância.

Neste sentido, Ganzenmuller, esclarece:

Tipo delictivo que se consuma con la simple tenencia de las sustancias ilegales, ya sea esta posesión inmediata o mediata, no siendo necesario que se practiquen actos de transmisión o tráfico a terceros salvo la tenencia para el autoconsumo que no constituye ilícito penal sin perjuicio de su ilicitud administrativa, tal y como se infiere del propio precepto penal cuando habla de la simple posesión. (GANZENMULLER, 1997; p. 262)

Portanto, o sujeito ativo da conduta típica “consumir drogas para uso próprio” pode ser qualquer pessoa por se tratar de crime comum. Já o sujeito passivo é a coletividade, justamente por entender que o uso de drogas expõe a saúde pública ao perigo, ainda que esta seja para o consumo próprio. A conduta delitiva de porte para uso próprio admite a tentativa quando, iniciado o ato de aquisição, este vem a ser interrompida por circunstâncias alheias a vontade do agente. Vale ainda destacar que, para a ocorrência do delito, não é necessário a efetivação do dano uma vez que o perigo é presumido em caráter absoluto. Logo, trata-se de uma infração de mera conduta, dado decorrer com a simples realização do ato, independentemente da ocorrência de perigo concreto à sociedade.

3.1. Princípios da Alteridade, Lesividade e da Ofensividade do Direito Penal.

Os dispositivos constitucionais falam da inviolabilidade da vida privada, da intimidade e do direito à dignidade da pessoa humana. A criminalização do consumo próprio trata-se de uma interferência indevida do Estado na esfera íntima dos cidadãos, já que a máquina repressora estatal interfere em escolhas individuais que não prejudicam terceiros. Diante da significativa lição de Figueiredo Dias, resta claro: *O meu corpo e a minha saúde pertencem-me,*

como só a mim pertence a forma de modelar a minha vida, tendo inclusivamente o inalienável direito de, ir para o inferno a minha própria maneira³⁷. A Constituição da República Portuguesa garante o direito à intimidade e à vida privada no artigo 26º, n.1 da seguinte forma:

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

Com apoio em Digesto, Escotado corrobora a idéia dizendo que: *Droga es una palabra indiferente, donde cabe tanto lo que sirve para matar como lo que sirve para curar, y los filtros de amor, pero esta ley sólo reprueba lo usado para matar a alguien*³⁸. Neste cenário, surge o princípio da Alteridade e da Transcendentalidade do Direito Penal, desenvolvida por Roxin, a qual visa garantir que só haverá castigo para os comportamentos que lesionem terceiros e não simplesmente pelo fato de ser imoral. *À conduta puramente interna ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar o direito penal*³⁹.

Para Roxin:

De esta forma, la tarea del Derecho penal se sitúa en la protección de la libertad y la seguridad social del individuo así como en las condiciones de existencia de la sociedad; dicho de forma gráfica: el presupuesto de cada sanción penal no surge de la contravención a la moral sino de un daño a la sociedad no evitable de otro modo. (ROXIN, 2000, p. 21)

É justamente com o apoio no referido princípio, que não se punem no Direito Penal as chamadas auto-lesões, salvo no caso destas virem a prejudicar terceiros. *Um indivíduo tem o direito de fazer suas escolhas como o faz em relação ao tabaco, dizem eles, sem que o Estado controle o que fazem em privado*⁴⁰.

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, 1995, p. 16;

³⁸ DIGESTO *apud* ESCOTADO, 1998, p. 123;

³⁹ BATISTA, 2007, p. 91;

⁴⁰ GANERI, 2002, p. 74;

Ademais, segundo Capez:

Proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente e que, por essa razão, só faz mal a ele mesmo e a mais ninguém. Sem que a conduta transcenda a figura do autor e se torne capaz de ferir o interesse do outro (*altero*), é impossível ao Direito Penal pretender puni-la. O princípio da alteridade impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua própria saúde e interesse. Com efeito, o bem jurídico tutelado pela norma é sempre o interesse de terceiros, de forma que seria inconcebível, por exemplo, punir-se um suicida malsucedido ou um fanático que se açoita. (CAPEZ, 2012, p. 758)

É bastante visível a relação deste princípio com o consumo de drogas, pois, como o próprio nome elucida, “consumo próprio” jamais atingiria a coletividade. Já a tese contrária sustenta que o consumo de drogas atingiria interesses de terceiros, no caso, a saúde pública. *A autonomia individual vem a significar, assim, a ausência das restrições externas e dos tabus tradicionais na busca privada da identidade*⁴¹.

Segundo a Corte Constitucional Argentina, o princípio da autonomia e da vida privada foram motivos preponderantes na decisão de descriminalizar o uso de drogas no país: *En estas condiciones, la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros*⁴².

É importante salientar que o fato de portar a droga para uso futuro, não é suficiente para evocar o Direito Penal com fundamento no perigo social. No que se relaciona ao consumo pessoal, percebe-se que a punição fere os direitos à liberdade e à intimidade uma vez que retira do indivíduo a prerrogativa inalienável de gerir a sua própria vida de maneira que bem lhe convier. Ao desenvolver a sua argumentação, o ilustre senhor doutor J. J. Canotilho: *O direito à integridade física e psíquica condiciona severamente a hipótese de se recortar constitucionalmente um direito a dispor do próprio corpo*⁴³.

⁴¹ LUCKMANN *apud* COSTA ANDRADE, 1996, p.89;

⁴² Recurso de Hecho: caso Sebastián Arriola da Corte Constitucional Argentina nº. 9080, p.86;

⁴³ CANOTILHO, 2007, p. 455;

Além disso, de acordo com Costa Andrade, é fundamental observar:

Em segundo lugar, sobressai a impossibilidade de prosseguir as metas de política criminal à custa de meios ou soluções que configurem atentados intoleráveis aos direitos fundamentais e afronta à inviolável *dignidade humana*. (COSTA ANDRADE, 2004, p. 53)

No que se refere ao princípio da lesividade, impõe que a intervenção do Estado só estará legitimada a regular comportamentos que provoquem lesão a terceiros. Condutas que meramente atinjam interesses próprios de quem age ou que sejam apenas imorais não podem ser reguladas pelo Estado. No que se refere às obrigações estatais, Canotilho assevera: *Ao Estado incumbe não apenas “respeitar” os **direitos e liberdades fundamentais**, mas também “garantir a sua efetivação”* ⁴⁴. O princípio da lesividade não implica somente o dano efetivo ao interesse do indivíduo. Os graves perigos de dano também são abrangidos pelo princípio, de modo que, somente será legítimo ao Estado proibir criminalmente comportamentos que frustrem direitos ou que os ameacem de forma grave.

O artigo 18º, nº 2 da CRP garante:

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Outro princípio fundamental neste contexto é o princípio da ofensividade, o qual descreve que apenas as ofensas profundas devem ter relevância penal. Meros incômodos não são suficientes para alcançar a esfera criminal. No entanto, há afrontas cuja ofensividade é tão séria que muitos defendem a sua repressão. Cada um é soberano perante seus próprios interesses, excluindo-se os direitos dos demais. *É da resposta a estas perguntas que depende em definitivo, a legitimação positiva da intervenção do direito penal*⁴⁵. Nesse tom, é manifesta a relevância do papel desempenhado pelos princípios fundamentais ora mencionado.

⁴⁴ *Ib Idem*, 2007, p. 208;

⁴⁵ COSTA ANDRADE, 2004, p.58;

3.2. Critérios de Distinção entre Consumo e Tráfico de Drogas Ilícitas

Momento importante é aquele em que o juiz traduz a ação praticada pelo agente, principalmente quando esta conduta encontra-se na fronteira entre o porte de drogas ilegais para o consumo pessoal e o tráfico. Em razão da disparidade da força punitiva aplicada às referidas condutas, torna-se extremamente preponderante utilizar-se de critérios confiáveis e fidedignos para chegar à tipificação equitativa, sob pena de indiciar injustamente o indivíduo por crime que não cometeu. *A definição dos critérios e níveis de diferenciação, sobretudo entre consumo pessoal e comércio de drogas, ocorre conforme cálculo realizado pelas agências sanitárias do consumo médio diário que necessitaria o dependente*⁴⁶. Os critérios utilizados para diferenciar o consumo do tráfico de drogas, podem ser objetivos, subjetivos ou ambos, dependendo das normas e orientações de cada país.

No Brasil, o critério utilizado é o subjetivo, uma vez que cabe ao juiz analisar não só a quantidade, mas o contexto global da ação para concluir entre consumidor ou traficante. Prova disto é o artigo 28º parágrafo 2º da Lei nº 11.343/2006, que diz o seguinte:

§ 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.

Assim, segundo o § 2º da lei de drogas brasileira atualmente em vigor, tratando-se de consumidor não importará prisão em flagrante, devendo o delinquente ser imediatamente encaminhado ao juízo competente. *O diferencial entre condutas incriminadas, e que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal), segundo as elementares subjetivas do tipo do art. 28*⁴⁷.

O juiz deverá levar em conta critérios como as circunstâncias pessoais e sociais do agente para tipificá-lo, bem como os seus antecedentes,

⁴⁶ CARVALHO, 2013, p. 342;

⁴⁷ *Ib idem*, 2013, p. 317;

verificando assim, todo o contexto da apreensão. Não há uma quantidade pré-estabelecida, não se trata de critério objetivo, já que no Brasil não há uma tabela para determinar a quantidade com exatidão. *Houve, portanto, adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal*⁴⁸.

O critério de diferenciação utilizado pela justiça brasileira recebeu severas críticas da doutrina que acusa o sistema de ser seletivo. Segundo os críticos, decidir com base nas circunstâncias, nos antecedentes e na conduta social do agente, acaba por promover a segregação social. Por exemplo, um menino da favela é apanhado com uma determinada quantidade de drogas, poderia ser entendido como tráfico em razão do contexto social que o cerca, induzindo o julgador ao entendimento de que se trata de um pequeno traficante. Entretanto, sendo um estudante de classe média-alta, apreendido com a mesma quantidade da substância, a avaliação poderia ser diversa em razão do cenário que o envolve, levando o magistrado a vislumbrar a situação como simples uso de drogas. *Caberá ao juiz, dentro desse quadro, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal, não se levando em conta apenas a quantidade da droga, mas inúmeros outros fatores*⁴⁹. Tal concepção força-nos a reconhecer a seletividade do sistema, visto que o pobre seria visto como traficante e o rico como usuário.

Desde el punto de vista legal, hay enormes diferencias y muchas controversias en cuanto a qué cantidad constituye una dosis para consumo personal. En las últimas décadas, al menos siete países de la UE (Bélgica, Alemania, Grecia, Italia, los Países Bajos, Portugal y Finlandia) redefinieron el límite, de manera tal de no imponer acciones penales contra las personas detenidas con estupefacientes aparentemente destinados al consumo personal. (BLICKMAN, Tom; JELSMA, Martin *in* Revista *Nueva Sociedad*, 2009, pp. 89-90 ⁵⁰)

*No entanto inúmeros países da Europa Ocidental adotam o critério objetivo quantidade, estabelecido em lei, por ato das autoridades sanitárias ou pela jurisprudência, como elemento primeiro de definição*⁵¹. O modelo

⁴⁸ CAPEZ, 2012, p. 761;

⁴⁹ *Ib idem*, 2012, p. 761;

⁵⁰ BLICKMAN, Tom; JELSMA, Martin *in* Revista *Nueva Sociedad* nº. 222, julio-agosto de 2009, ISSN: 0251-3552, Disponível em: <http://www.nuso.org/upload/articulos/3623_1.pdf>. Acesso em: 02-07-2013 às 15h

⁵¹ CARVALHO, 2013, p. 340;

português utiliza o critério objetivo para determinar se a conduta tem fins econômicos ou não, conforme o artigo 2º, n. 2 da Lei nº 30/2000:

2 - Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.

A legitimidade ética do direito a atuar face ao consumo de drogas tem de ser direcionada com base nos diferentes níveis de danos ao consumidor. O fundamental é saber o que merecem verdadeiramente os transgressores.

Sob esse enfoque, Grennwald⁵²:

A frase-chave - "para o consumo próprio" - é definida no artigo 2º (2) como a quantidade "que não exceda a quantidade necessária para o consumo médio individual durante um período de 10 dias". A descriminalização não se aplica ao "tráfico de drogas", que permanece criminalizado e é definido como "posse superior á dose média para 10 dias de uso". (GRENWALD, 2009, p. 3)

O indivíduo flagrado em Portugal com quantidade de drogas equivalente a, no máximo, dez dias de consumo é encaminhado a uma Comissão para a Dissuasão de Toxicodependência - CDT. Nesta comissão, composta por um assistente social, um psiquiatra e um advogado, entre outros profissionais, avaliam se o caso se configura como tráfico, dependência ou simples consumo pessoal. *Passando os dois fenómenos da droga – tráfico e consumo – a estar regulados por diferentes ramos do direito e sujeitos a sanções de gravidade radicalmente diferente, impunham-se grandes cautelas na delimitação das fronteiras*⁵³.

⁵² The key phrase - "for one's own consumption" - is defined in Article 2(2), as a quantity "not exceeding the quantity required for an average individual consumption during a period of 10 days." Decriminalization does not apply to "drug trafficking," which remains criminalized and is defined as "possession of more than the average dose for ten days of use.

⁵³ FARIA COSTA, 2002, p. 277;

Com maior exatidão, Domostawski explica o modelo português:

A lei portuguesa de 2000 estipula as quantidades exatas de cada substância para que a sua posse para consumo próprio seja considerada uma contra-ordenação. Na generalidade, esta quantidade é o que se assumiu ser o suficiente para o consumo de uma pessoa para um período de 10 dias (a lei estipula a quantidade em detalhe – em gramas ou comprimidos – para cada substância: cannabis folha, 25 gramas; haxixe, 5 gramas; cocaína, 2 gramas; heroína, 1 grama; LSD ou ecstasy, 10 comprimidos).

Ainda sobre a legislação portuguesa, Eiras e Fortes assinalam: *A dose média individual consta do mapa a que se refere o artigo 9º da portaria nº. 94/96 de 26 de março*⁵⁴. Todavia, este método não é absoluto, uma vez que o critério subjetivo também é um dos recursos utilizados nesta abordagem que, ao se deparar com uma situação de fato, deverá promover a avaliação global das circunstâncias.

De forma elucidativa, Faria Costa explica:

A posse de droga em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias é mero indício de tráfico, devendo o Ministério Público remeter o processo a Comissão de Dissuasão da Toxicodependência competente, nos termos da Lei n. 30/2000, de 29 de novembro, caso conclua pela existência de uma exclusiva situação de consumo. A posse de droga em quantidade inferior à referida no número anterior não obsta a que a Comissão de Dissuasão da Toxicodependência deva de imediato remeter o processo ao Ministério Público quando existirem claros indícios de tráfico. (FARIA COSTA, 2002, p. 279)

É inegável, como registra Domostawski: *Como exemplo, temos que referir que a tabela estabelece as quantidades que são consideradas para consumo próprio, mas a tarefa da polícia é esclarecer qual a intenção da posse. Se uma pessoa tem em sua posse uma quantidade que pode ser considerada para consumo, mas é apanhada a vendê-la, esta situação continua a configurar um crime*⁵⁵. Independentemente do sistema, a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade são mecanismos essenciais na dissolução do problema.

⁵⁴ EIRAS & FORTES, 2010, p. 159;

⁵⁵ DOMOSTAWSKI, 2011, p. 27;

3.3. Teoria da *Actio Libera in Causa*

Esta questão tem a ver com os crimes praticados em estado de intoxicação alcóolica ou por substâncias análogas. Pode-se identificar aqui, que a bebida serve para que o sujeito crie coragem, caso em que, o agente faz de si um instrumento, embriagando-se para num estado de inconsciência posterior praticar o crime. *Desse modo, na ação precedente o dolo tem por objeto a autocolocação em estado de incapacidade de culpabilidade e, nesse estado, a realização de fato determinado; na ação posterior, o autor realiza, em estado de incapacidade de culpabilidade, o fato determinado objeto do dolo*⁵⁶.

Descreve também a ação de quem, apesar de não ter a intenção de praticar o delito, podia prever que tal meio o levaria a cometê-lo. Entretanto, estar sob o efeito de drogas dolosa ou culposamente, não exclui a culpabilidade por crime que venha a ser praticado. Lembrando que o dolo e a culpa implicam consciência e a vontade de fazer algo, seja para atingir uma finalidade, seja para infringir um dever objetivo de cuidado, respectivamente. O tema da *actio libera in causa* está relacionada com a imputabilidade penal.

Segundo o artigo 28º do Código Penal Brasileiro:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Acertadamente, Terragni, registra: *Recurriendo a esta teoría se resuelven con justicia los casos en que el sujeto preordinó su situación de inimputabilidad para darse ánimos, para romper sus frenos inhibitorios o para*

⁵⁶ CIRINO, 2008, p. 305;

*tratar de eludir la subsiguiente responsabilidad por los perjuicios ocasionados en ese estado*⁵⁷. Greco, de forma pertinente esclarece:

Diz-se voluntária em sentido estrito a embriaguez quando o agente, volitivamente, faz a ingestão de bebidas alcoólicas com a finalidade de se embriagar. Culposa é aquela espécie de embriaguez, também dita voluntária, em que o agente não faz a ingestão de bebidas alcoólicas querendo embriagar-se, mas, deixando de observar o seu dever de cuidado, ingere quantidade suficiente que o coloca em estado de embriaguez. Nas duas modalidades de embriaguez voluntária, o agente será responsabilizado pelos seus atos, mesmo que, ao tempo da ação ou da omissão, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. (GRECO, 2009, p. 405)

Assim, considera-se embriaguez voluntária ou pré-ordenada, quando o sujeito se põe deliberadamente em estado de inimputabilidade com o propósito de cometer um delito. No que se refere à modalidade culposa, ocorre no momento em que o sujeito embriaga-se por negligência ou imprudência. Neste caso, o resultado não é o desejado pelo agente, mas por não observar o seu dever de cuidado, acaba por praticar a conduta típica. Figueiredo Dias, mencionando a significativa lição de Jakobs & Roxin: “...ou se, *diferentemente, significa tão-só, de certo modo, uma antecipação do cometimento do facto típico, que verdadeiramente se inicia quando o agente se coloca em estado de inimputabilidade*”⁵⁸.

Ainda na opinião de Figueiredo Dias:

Ora, nesta matéria, o legislador português foi muito claro e prudentemente *restritivo*: o preceito não se aplica a toda e qualquer inimputabilidade culposamente determinada; ele aplica-se apenas (e, por conseguinte, uma verdadeira a. l. i. c. existe só) onde e quando **o agente, de forma preordenada, se colocou em estado de inimputabilidade com a intenção de cometer o crime.** (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 545)

Ao lado desta idéia, Zaffaroni aduz: *Queda claro que la regla de apreciación en el momento del hecho implica que debe valorarse la capacidad psíquica del agente al tiempo de realizar la conducta, sin que interese la*

⁵⁷ TERRAGNI, 1981, p. 154;

⁵⁸ JAKOBS & ROXIN *apud* FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 544;

*capacidad al tiempo del resultado ni en el momento previo a la acción*⁵⁹. Havendo a previsibilidade do resultado típico, aplica-se a *actio libera in causa*, seja de forma dolosa ou culposa. No entanto, em caso de imprevisibilidade da conduta, não há que se falar em vontade livre e consciente no cometimento do delito. *Ora, isto só será assim, se, por “intenção”, se entender um apelo aos criminosos motivos ou fins últimos da atuação do agente ao ingerir essas substâncias, na medida em que, para a configuração de uma “actio libera in causa”, não basta o dolo relativamente à desresponsabilização*⁶⁰.

Segundo o artigo 295.º do Código Penal Português:

1 - Quem, pelo menos por negligência, se colocar em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um facto ilícito típico é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - A pena não pode ser superior à prevista para o facto ilícito típico praticado.

3 - O procedimento criminal depende de queixa ou de acusação particular se o procedimento pelo facto ilícito típico praticado também dependesse de uma ou de outra.

É importante salientar, que diferentemente do que ocorre no Brasil, o legislador português criou a conduta típica - ***colocar-se em estado de inimputabilidade***. Em outro extremo, na lei Brasileira a *actio libera in causa* atua como majorante e, exclui a alegação de estado de inconsciência no momento da consumação do delito.

Assim, para os casos de intoxicação completa por embriaguez acidental decorrente de caso fortuito ou de força maior, exclui-se a culpabilidade fundamentada na impossibilidade de consciência do indivíduo. Igualmente, são os casos de embriaguez patológica, circunstâncias em que pequenas doses podem fazer com que a pessoa perca totalmente o controle de si. No entanto, para os casos de embriaguez fortuita incompleta, aplica-se apenas uma diminuição da pena.

Por fim, merece atenção o usuário eventual, o qual não sofre a influência da dependência física e psíquica, visto que possui total autonomia

⁵⁹ ZAFFARONI, 2002, p. 712;

⁶⁰ BRITO, 1991, p. 40 ;

sobre os seus atos. Por isso, se o agente consumiu drogas dolosamente para praticar um crime não poderá ser beneficiado pela inimputabilidade. Aplica-se ao caso a *actio libera in causa* prevista pelo Direito Penal.

3.4. Delito de Perigo Abstrato (ou presumido)

As políticas de drogas têm justificado o seu repúdio na legalização do consumo de entorpecentes em defesa da saúde pública. No entanto, o maior problema desta justificativa está em resguardar a sociedade de um mau futuro e incerto. Além disso, vem sendo amplamente discutido se realmente as pessoas que possuem droga para consumo próprio não prejudicam diretamente ninguém. Contudo acredita-se que é a partir do consumo que surgem os graves problemas associados à droga, como por exemplo, as mortes por *overdose* e os crimes conexos.

Diante dos fatos explanados, Ronald Dworkin questiona: *Será suficiente indicar a existência de algum efeito sobre os costumes e as instituições sociais, que altera o ambiente social e, desse modo, afeta indiretamente todos os membros da sociedade?*⁶¹ Nesse contexto, é preciso saber se o consumidor individualmente considerado pode ser responsabilizado por problemas que não causou diretamente, sob pena de responsabilidade objetiva, o que é altamente proibido no Direito Penal.

Para Fernando Capez:

O objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação. (CAPEZ, 2012, pp. 756-757)

De acordo com Roxin: *Aquí se le impone entonces la pena de la consumación a una conducta que de antemano sólo se puede referir vagamente a un bien jurídico poco claro (la "salud pública"), llegando a incluir*

⁶¹ DWORKIN, 2002, p. 372;

*hasta las meras declaraciones de intenciones*⁶². Neste caso, o perigo concreto é substituído pela probabilidade de lesão. É importante destacar, que o crime de perigo abstrato viola o princípio da presunção de inocência, pois não se pode presumir a culpabilidade de alguém sem a necessária comprovação, por meio do devido processo legal.

Ganzenmuller, posiciona-se da seguinte forma:

La salud pública que protege el derecho penal no consiste únicamente en la salud física de los ciudadanos que componen la colectividad, sino que abarca todas aquellas manifestaciones que inciden sobre el bienestar físico, psíquico y social de la persona y de la comunidad, entendida esta como el conjunto de personas que conviven de manera estructurada e interdependiente. (GANZENMULLER, 1997, p. 68)

Seria, portanto, considerável investigar se o porte para uso individual ameaça ou não os bens coletivos. Há quem defenda que, na medida em que diversas pessoas consomem entorpecente, a soma destas autolesões, acabaria por atacar a coletividade, como é o caso da saúde pública. Tal idéia pode ser vinculada à teoria dos delitos por acumulação, proposta por Kuhlen. Segundo o autor, a lei pode proibir comportamentos individuais que, isoladamente, não representam dano à bem algum, mas que se ocorrerem cumulativamente podem ser prejudiciais. *Válida é essa figura para todos aqueles bens supra-individuais que podem ser efetivamente lesados com a soma de inúmeras “micro-lesões”*⁶³.

Silva Costa, mencionando a significativa lição de Kuhlen, aduz:

Kuhlen proporciona então, um dos novos desafios proporcionados pela sociedade atual e que é causador de significativos danos a natureza e que não é gerado por um único e definido ato. Tal fenômeno pode ser considerado como resultado de uma soma de ações individuais, que estão ligadas, ao fim, a estes danos. (SILVA COSTA, 2011, p. 37)

Drogas são consideradas tão prejudiciais tanto para o indivíduo como para a sociedade, muitos países têm utilizado o direito penal para controlar e

⁶² ROXIN, 1997, p.61;

⁶³ GONÇALVES, 2010, pp. 109-142;

*limitar a sua distribuição e, portanto, seu uso*⁶⁴. Aqueles que defendem a criminalização de condutas meramente presumidas, entendem que as respectivas vítimas são pessoas indeterminadas, atingindo a sociedade de forma a provocar a sua instabilidade. Ademais, para os teóricos desta corrente, se o Estado permitir pequenas condutas provocadas reiteradamente, não haveria danos imediatos, mas provocaria a desintegração gradativa da sociedade. Para Ganzenmuller: *Delitos contra la salud pública – contempla un conjunto de conductas o acciones que poseen en la denominación del Título que las agrupa: la salud pública, no la salud individualmente considerada, sino la salud colectiva, la de la comunidad*⁶⁵.

Ainda sob este prisma, Lluch & Peña, explicam:

El problema mundial de las drogas solo se comprenderá si tomamos en cuenta que el daño individual y social de esta sustancia no se limita al consumidor excesivo que termina siendo un esclavo de la sustancia, de la misma manera que existe el fumador pasivo que sufre el daño tóxico sin consumirlo directamente y os que sufren la consecuencia de su uso son los hijos, padres, hermanos, abuelos y también en el de transeúntes víctimas de accidentes, violencia u otro comportamiento igualmente reprochable. LLUCH & PEÑA, 2005, p.7;

Com base nesta visão, compreende-se a principal motivação na incriminação do consumo pessoal de drogas, pautada na proteção da saúde pública e no mal coletivo que isso representa à sociedade. Ao lado desta idéia, Carvalho: *A principal manipulação interpretativa no campo dos entorpecentes ocorre, inegavelmente, com a enunciação da criminalização como mecanismo de tutela do bem jurídico saúde pública*⁶⁶.

Ainda assim, aumentam a cada dia os opositoristas a esta teoria, acusando a justificativa pautada na saúde pública de ser inconsistente e vaga, tendo em vista a impossibilidade de se comprovar a real ofensa ao bem jurídico. *Em que pese esse entendimento, atualmente cresce na doutrina a corrente que sustenta a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato em*

⁶⁴ MOTT, 1975. Pág. 82; Certaines drogues sont considérées comme tellement nuisibles, aussi bien pour l'individu que pour la société, que de nombreux pays ont fait appel au droit pénal pour contrôler et limiter leur distribution et, par suite, leur utilisation.

⁶⁵ GANZENMULLER, 1997, p. 67;

⁶⁶ CARVALHO, 2013, p. 262;

*face do princípio da inocência e da ofensividade ou do nullun crimen sine iuria (sem comprovada ofensa ao bem jurídico, não existe crime)*⁶⁷.

Com base nesta visão, Costa Andrade ensina:

O que implicou uma alteração profunda na compreensão destas medidas, ditadas pela necessidade de obviar à perigosidade do agente. Que, na sua representação categorial e eidética, se orientam e se determinam exclusivamente pela *perigosidade futura*, bem podendo, em rigor, ser aplicadas independentemente de um facto anterior e criminalmente relevante. É o que a Constituição hoje não permite. (COSTA ANDRADE, 2004, p.52)

*Trata-se, pois, de efeito perverso dobrado: danos à saúde pública por inação; ofensa comissiva à saúde individual amparada pelo discurso da tutela penal da saúde pública não fornecida*⁶⁸. O fato é que, a proteção indireta de possíveis danos, afronta gravemente a alteridade como princípio basilar constitucionalmente protegido. Daí o porquê de se proibir a incriminação de condutas que excedam o âmbito particular.

Em última análise, Figueiredo Dias:

“... em matéria de limitação do âmbito da criminalização do consumo: a punição dependerá, então, da comprovação judicial da efetividade no caso concreto, do perigo, do nexo de causalidade entre o comportamento e o perigo, bem como da culpa dolosa ou negligente, nenhum destes elementos constitutivos de responsabilidade penal podendo ser legitimamente presumidos, seja *juris et de jure*, seja simplesmente *juris tantum*. (FIGUEIREDO DIAS, 1995, p. 26)

Negligencia-se a saúde individual com base na indefinida e vaga saúde pública. Seria, portanto, considerável uma investigação mais apurada por parte dos legisladores devido à sua relevância.

4. O POSICIONAMENTO INTERNACIONAL FACE O CONSUMO DE DROGAS

*"As drogas me deram asas para voar...
Mas me tiraram o céu."*
John Lennon

⁶⁷ CAPEZ, 2012, pp. 759-760;

⁶⁸ CARVALHO, 2013, p. 264;

A sociedade passou a conviver com uma grande variedade de drogas, com as quais, tinham pouca identificação. Desta forma, houve a popularização do consumo destes produtos no contexto de todas as nações, o que acarretou uma série de impactos sociais, tais como sérias complicações econômicas e de saúde pública. Como tal, surge a necessidade de elaboração de políticas mais eficazes para solucionar os prejuízos causados pelo crescimento desenfreado do consumo de drogas. Assim, a comunidade internacional passou a dar mais atenção ao problema, tendo como principal líder nessa cruzada os EUA.

No final do século XIX, e início do século XX, diversos fatores convergem no sentido de os Estados Unidos assumirem uma importância cada vez maior no domínio das relações internacionais, nomeadamente no relacionamento com as grandes potências desta época⁶⁹. É também a partir da segunda metade do século XIX, que os Estados Unidos se assumem como uma nação de referência para todo o mundo, sobretudo o ocidental⁷⁰.

Na tentativa internacional de reprimir o consumo e o tráfico de entorpecentes, surgem às convenções internacionais, entre as mais importantes, pode-se salientar a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971, e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988.

Com adesão maioritária dos países membros das Nações Unidas, os tratados celebrados tiveram como principal meta a criminalização da posse, compra e cultivo de drogas para consumo pessoal. Embora os tratados oferecessem alguma margem para interpretação, o conselho Internacional da ONU repreendeu os países que tomaram rumos diferentes.

Segundo a OEA:

La Convención Única sobre Estupefacientes de Naciones Unidas de 1961 fusionó todos los tratados internacionales previos a la guerra en un solo instrumento enfocado en controlar las drogas más notables derivadas de plantas, tales como el opio, el cannabis y la cocaína, incluyendo la obligación de abolir todos los usos tradicionales de las plantas – las prácticas culturales, religiosas y ‘cuasi-médicas’

⁶⁹ COSTA, 2007, p.62;

⁷⁰ *Ib idem*, 2007, p.53;

generalizadas y profundamente arraigadas en los países en vías de desarrollo. (OEA, 2012, p.37)

A Convenção de 1961 foi palco de importantes decisões, salientando a nomeação da ONU como órgão fiscalizador de políticas internacionais de drogas. A sua função era coordenar e reprimir todas as formas de tráfico, produção e posse de entorpecentes. Carlos Costa recorda que: *A Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 marca o início do vocábulo droga (Drogas) às substâncias que constam nas listas dos quadros anexos ao tratado, excluindo, deste modo, do conceito de droga, o álcool, o café, o tabaco e uma série de outros produtos*⁷¹.

Dez anos mais tarde, com o surgimento de novas modalidades de drogas, acontece a convenção de 1971, onde foram criadas as medidas direcionadas à prevenção, tratamento e reintegração dos dependentes químicos, conforme se percebe no teor do artigo 20º da referida Convenção.

Artigo 20 - MEDIDAS CONTRA O ABUSO DAS SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS

1 - As Partes comprometem-se a adoptar todas as medidas susceptíveis de prevenir o abuso das substâncias psicotrópicas e assegurar a rápida identificação, assim como o tratamento, a educação, a pós-cura, a readaptação e a reintegração social das pessoas envolvidas; elas comprometem-se a coordenar os seus esforços para a consecução desse fim.

2 - As Partes comprometem-se a favorecer tanto quanto possível a formação do pessoal para assegurar o tratamento, a pós-cura, a readaptação e a reintegração social das pessoas que abusam de substâncias psicotrópicas.

3 - As Partes comprometem-se a auxiliar as pessoas que necessitem de apoio no exercício da sua profissão, no sentido de adquirirem o conhecimento dos problemas resultantes do abuso das substâncias psicotrópicas e pela sua prevenção, e comprometem-se a desenvolver igualmente este conhecimento no seio do grande público, no caso de se considerar que o abuso destas substâncias alastre muito rapidamente.

Uma das mais importantes convenções no assunto acontece a 20 de dezembro de 1988. Na ocasião foram criados mecanismos essenciais na guerra contra os crimes conexos ao tráfico ilícito de substâncias psicotrópicas. Este encontro serviu para fortalecer o controle e cooperação entre os Estados-

⁷¹ COSTA, 2007, p. 72;

membros, de modo a facilitar a troca de informações, extradição e procedimentos de transferência dos traficantes.

Para elevar a eficácia no processo de fiscalização e orientação internacional, a ONU foi dividida em três órgãos principais: a UNDOC, JIFE e a OMS.

Tal como evidenciado por Neves:

Actualmente, el trabajo se concentra en la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (*United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC*), creada en el año de 1997, a partir de una fusión entre el Programa supra mencionado y el Centro para la Prevención Internacional del Delito (*Centre for International Crime Prevention*). Su función es asistir a los estados miembros en la lucha contra las drogas ilícitas, delito y terrorismo. (NEVES, 2012, p. 58)

Para garantir o cumprimento dos compromissos elaborados nas Convenções, a JIFE, responsável pela interlocução com os países signatários, ficou com a função de receber e analisar os relatórios e as estatísticas fornecidas por cada país. A importância deste órgão reside, principalmente, na padronização, fiscalização e regulamentação mundial da política de substâncias entorpecentes.

Conforme os dados da ONU:

A Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE) - ou *International Narcotics Control Board (INCB)* - é um órgão de fiscalização independente para a implementação das Convenções Internacionais das Nações Unidas de controle de drogas. Foi estabelecida em 1968 de acordo com a Convenção de Drogas de 1961. (*United Nations Office on Drugs and Crime*⁷²)

Escohotado alerta que: *Para cerrar este somero análisis de avances y retrocesos, dudas y reafirmaciones que van jalonando la evolución legislativa, puede ser enriquecedor extractar el punto de vista de la OMS y la JIFE, tal como se refleja en publicaciones especializadas a finales de los años sesenta y principios de los setenta*⁷³. A JIFE monitoriza a implementação de tratados internacionais e identifica fraquezas nos sistemas de controle nacionais e internacionais.

⁷² United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/jife.html>>. Acesso em: 15-06-2013 às 23h;

⁷³ ESCOHOTADO, 1998, p. 689;

Com o mesmo objetivo, mas com outra competência, está a OMS - autoridade diretiva responsável pela coordenação das ações sanitárias em âmbito mundial – incumbida por estabelecer as normas e apoio técnico contra as ameaças transnacionais ligadas ao problema.

Tal como evidenciado, é manifesto o papel desempenhado pela ONU que adota progressivamente o modelo alinhado à política proibicionista dos EUA, centrando-se na ilegalidade das drogas, na repressão e na abstinência. Em suas reflexões, Escotado faz referência ao posicionamento da ONU: *Recomienda que la eliminación del suministro ilícito y la demanda de drogas es el objetivo último de la comunidad de naciones*⁷⁴. *Esto no se puede considerar más sorprendente que concebir como “objetivo último de la comunidad de naciones” una guerra contra las drogas*⁷⁵. *La meta es una existencia totalmente libre de cualquier droga*⁷⁶.

En una reciente investigación presentada por uno de los organismos vinculados con el sistema de Naciones Unidas, se señala la tendencia general de las legislaciones penales sobre drogas a apartarse de los principios generales del derecho. En efecto, como vienen declarando reiteradamente sus principales paladines, desde Nixon a Bush, una guerra eficaz contra las drogas no se concilia con el cuadro tradicional de derechos, ni con la separación de funciones constitucionalmente declarada, porque requiere intervención del ejército en tareas civiles, presunción de culpa en vez de inocencia, validez para mecanismos de inducción al delito, suspensión de la inviolabilidad del domicilio sin orden de registro, fin del secreto bancario para las cuentas de sospechosos, etc. Sin lugar de dudas, la cruzada farmacológica, es el desafío más ostensible que asume el Estado 'norteamericano contemporáneo y, subsiguientemente, los demás Estados. (ESCOHOTADO, 1998, p. 6)

*O sistema político-criminal global, pensado a partir das Convenções sobre Drogas da ONU, proíbe a produção, distribuição, transporte, venda, compra e porte de algumas substâncias especificamente elencadas em listas próprias, punindo tais condutas com penas prisionais*⁷⁷. Ainda assim, os países emergentes continuam seguindo à risca as determinações da ONU por várias razões, entre elas, a grande influência norte-americana e o medo de sanções econômicas previstas para o caso do não cumprimento de tratados

⁷⁴ *Ib Idem*, 1998, p. 794;

⁷⁵ *Ib Idem*, 1998, p. 795;

⁷⁶ *Ib Idem*, 1998, p. 800;

⁷⁷ SHECAIRA, 2012, p.305;

internacionais. *A política parece, pois, ser clara. Pretende-se prevenir o fenómeno da droga mediante uma combinação de castigo e tratamento dirigido aos consumidores, a fim de dar cumprimento ao preâmbulo da Convenção*⁷⁸.

No entanto, apesar da pressão norte-americana, alguns países decidiram dar rumos diferentes às políticas internas por reconhecerem os excessos do modelo vigente. A idéia é inovar, acompanhar os novos desafios e tratar o assunto conforme os preceitos constitucionais de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Na feliz síntese de Canotilho:

Na sua vertente de **Estado de direito**, o princípio do Estado de direito democrático, mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança. (CANOTILHO, 2007, p. 205)

Passadas mais de duas décadas desde que entrou em vigor a última convenção, ainda existe uma forte relutância entre os Estados-membros e as agências internacionais em ponderar se esses acordos ainda são adequados a sua finalidade conforme os desafios do século XXI. Os Estados-membros e a ONU insistem na premissa de que não se pode mudar nem uma vírgula das convenções já existentes. Logo, por constatação lógica, percebe-se que as convenções deveriam ser objeto de um processo normal de revisão e modernização, como qualquer outro âmbito normativo complexo e em constante mutação.

4.1. O Posicionamento de Alguns Países da Europa e América Latina

O continente europeu destaca-se na implementação de estratégias alternativas ao proibicionismo, pois a descriminalização da posse e do uso de drogas já acontece em alguns países como Portugal, Itália e Espanha. A

⁷⁸ Revista do Ministério Público – 14º ano – JULHO/SETEMBRO 1993 nº 55 - Artigo: Legislação Simbólica e Administrativização do Direito Penal: a penalização do consumo de drogas – Carlos González Zorrilla (págs.71-81);

Holanda, por exemplo, regulamentou a posse, o cultivo e o pequeno comércio de drogas. *As experiências europeias mais conhecidas (embora bem menos estudadas) são a chamada descriminalização italiana e espanhola e a despenalização de fato holandesa*⁷⁹.

Quintas De Oliveira, lembra o sistema Holandês:

Na Holanda, a remoção das penalidades para uso pessoal de *cannabis*, ocorre através de diretivas de 1976 que toleram a venda de até 30g de *cannabis*, por via de decisão formal de não aplicação da lei para essas situações, desde que ocorram respeitando determinadas regras. (QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p.79)

*Los cafés holandeses, donde los consumidores pueden comprar una cantidad limitada de cannabis, ocupan un lugar altamente simbólico como paradigma de políticas liberales. Sin embargo, contra lo que habitualmente se piensa, su tenencia en los Países Bajos – no el consumo – está tipificada como delito*⁸⁰. Formalmente controlados, o consumo, porte e a venda na Holanda são severamente restringidos, principalmente o consumo em locais públicos. Desde 1976, a maconha e o haxixe agrupam o perfil de drogas leves legalizadas. O álcool é legalizado, mas pertence ao grupo de drogas de alto risco. Além da descriminalização, houve a regulamentação dos famosos *Coffee Shops*, sítios onde os usuários podem consumir e comprar, de forma legal e segura, alguns tipos de drogas em pequenas quantidades para o consumo pessoal.

Apesar das críticas recebidas pela comunidade internacional, a política de drogas holandesa obteve algum sucesso. Por exemplo, há muitos anos a Holanda está entre os países com menos mortes relacionadas com as drogas. Isso se deve em grande parte à transparência do sistema e à rigorosa divisão entre drogas leves e pesadas. Consoante a isso, o atendimento eficiente aos dependentes químicos também contribuiu para o bom resultado. O tráfico continua a ser tipificado como crime, pois o traficante de drogas ilegais na Holanda é penalizado com até 12 anos de reclusão. Outros países europeus também aderiram a redução de danos e a descriminalização do uso de drogas.

⁷⁹ QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p.79;

⁸⁰ BLICKMAN, Tom; JELSMA, Martin. Revista *in Nueva Sociedad* (p. 95) nº. 222, julio-agosto de 2009, ISSN: 0251-3552; *Disponível em*: <http://www.nuso.org/upload/articulos/3623_1.pdf>. Acesso em: 02-07-2013 às 15h;

Quintas De Oliveira ilustra a discussão com o sistema Italiano:

A Itália foi o primeiro país a descriminalizar o uso de todos os tipos de drogas. (...) A lei Italiana de 1975, que a posse de uma “quantidade módica” de qualquer tipo de drogas para uso pessoal não é punível. (QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p.80)

Com arrimo em Cesoni, Quintas traz ainda o sistema espanhol: *Em Espanha, o consumo de drogas, não constitui nenhuma infração penal, mantendo-se presente o princípio da não incriminação do consumo*⁸¹. O uso e o porte de drogas para consumo próprio não são crimes na Espanha, contudo, o uso em público é penalizado administrativamente. As leis espanholas contra o tráfico de drogas são as mais severas da Europa. A política espanhola estimula o usuário de maconha a ter o seu próprio cultivo, uma vez que o cultivo residencial foi descriminalizado. Devido ao crescimento de problemas relacionados à intoxicação por uso de álcool entre os jovens, o consumo da bebida em locais públicos foi legislado em março de 2002. A “*Ley del Botellon*”, proíbe consumo de álcool em vias públicas bem como a venda em postos de gasolina.

Em caminhos opostos à tendência europeia, encontra-se a Suécia, que reprime severamente o uso de entorpecentes com punições até três anos de prisão. Em caso de condenação, o consumidor de drogas considerado um risco a si próprio ou à sociedade sueca, poderá ser tratado compulsoriamente por, no máximo seis meses. Após este período, o dependente opta pela continuidade do tratamento ou a prisão.

Segundo Laranjeira, o sistema sueco funciona do seguinte modo:

O sistema de controle de drogas sueco é um dos mais debatidos nos anos recentes porque difere em muito do que ocorre no mundo e na Europa, em particular. Ele é muito mais restritivo e o uso de drogas não é tolerado. Na realidade, em 1977 foi declarado que um dos objetivos do sistema seria criar uma sociedade livre das drogas. Para a implementação desse objetivo, quantidade substancial de dinheiro foi alocada na prevenção e informação, na política de controle e no tratamento, os três pilares do sistema. Os indicadores disponíveis mostram que o número de dependentes químicos nesse país é relativamente muito mais baixo quando comparado com os da Europa. (LARANJEIRA, 2010, pág. 628)

⁸¹ CESONI *apud* QUINTAS DE OLIVEIRA 2006, p. 81;

A imposição do medo é a principal arma sueca no combate ao problema das drogas. Eles acreditam que o temor de sanções pesadas é que mantém os cidadãos distantes de substâncias ilícitas. Atualmente, a Suécia é o país europeu com a política mais repressiva, recebendo muitos elogios das Nações Unidas que almeja uma sociedade livre de drogas. Conforme disse o Diretor Larsson das Nações Unidas: *Pesquisas internacionais mostram que a população sueca é particularmente preocupada com as questões de saúde, portanto, menos propensa ao uso de drogas em larga escala. Existe um amplo consenso de que a produção, tráfico e abuso de drogas não deve ser tolerada*⁸².

No geral, as experiências europeias de descriminalização do uso de drogas demonstram que as políticas mais flexíveis e tolerantes no tratamento do dependente químico parecem ter efeitos mais significativos na resolução do problema. A maioria dos países europeus coíbe o consumo em público, principalmente do álcool, considerado droga pesada com maior poder ofensivo.

Em outro extremo, na América do Sul, mais precisamente na Argentina, a Suprema Corte descriminalizou o uso de pequenas quantidades de drogas em decisão proferida no recurso extraordinário nº 9.080 de 25 de agosto de 2009. A Corte Constitucional argentina reconheceu, no recurso interposto pelo recorrente, que o artigo 14, § 2º da Lei nº 23.737/89⁸³ seria incompatível com o contido no artigo 19º da Constituição:

Artículo 19º - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Apesar de unânime, a decisão acerca da descriminalização da posse para uso pessoal teve uma ressalva: o consumo de entorpecentes continua

⁸² LARSSON, 2007, p. 4. (International surveys show that the Swedish population is particularly health-conscious, so less prone to large-scale drug use. There is a broad consensus that production, trafficking and abuse of drugs must not be tolerated);

⁸³ **Art. 14** — Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

proibido para menores e inimputáveis. A Corte entendeu que a lei federal nº 23.737/1989, art. 14, § 2º confronta o disposto no art. 19 da Carta Maior, que garante a isenção de responsabilidade às ações privadas que não ofendem bens de terceiros.

A Corte Argentina assim decidiu:

Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos. (RECURSO DE HECHO - Arriola, Sebastián y otros causa nº 9080, pp. 23-24)

Questionou-se na ocasião a validade da norma e a sua incompatibilidade com a lei maior. A sentença é clara: não se trata de legalização. Ou seja, a droga continua proibida, mas o porte de pequenas quantidades para uso pessoal está fora do direito penal Argentino.

Outros países implementaram a mesma política de descriminalização. No México, por exemplo, a posse de drogas para uso pessoal também foi autorizada desde que não exceda o limite estipulado em lei. Em 1974, na Colômbia, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da lei que punia criminalmente o porte de droga para uso próprio.

Em resumo, percebe-se que há uma tendência mundial de flexibilização e até abolição do Direito Penal face o consumo de drogas. A principal motivação destes países pela política de descriminalização reside nos maiores benefícios práticos que a legalização traz. A proibição e a ilegalidade fomentam o aumento do mercado negro e o crime organizado.

4.2. Despenalização Brasileira e a Descriminalização Portuguesa

4.2.1. A Despenalização Brasileira

Nos últimos anos, o Brasil foi palco de constantes alterações legislativas em relação à sua política de drogas. Com a instabilidade legislativa, vieram as discussões em torno da Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Alguns posicionamentos sugerem que o fato de a nova lei não ter aplicado pena privativa de liberdade à conduta típica de consumir drogas, teria ocorrido a descriminalização da conduta. Em contrapartida, há quem sugira que embora o tratamento penal dispensado ao usuário seja mais brando, o fato não deixou de ser típico, implicando apenas na despenalização de conduta. A despeito dos debates entre diferentes visões, Figueiredo Dias sintetiza: *São igualmente insustentáveis slogans com que muitas vezes procuram fundar-se as posições extremas da descriminalização e da criminalização, cuja exasperação polêmica logo revela, aliás, a alteração emocional em que a discussão quase sempre decorre e servem só para obscurecer a situação, antes que para esclarecer*⁸⁴.

O artigo 28º da Lei de Drogas brasileira nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 trata do consumo da seguinte forma:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

(...)

3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

⁸⁴ FIGUEIREDO DIAS, 1995, p.16;

Cumpra advertir, que o referido artigo, em nenhum destes incisos, impôs penas privativas ou restritivas de liberdade. Em virtude disso, estabeleceu-se a polêmica, sugerindo que, se não há pena, então teria ocorrido a descriminalização da conduta. Bittencourt, por sua vez, se posiciona: *Tecnicamente, de acordo com nosso ponto de vista, isso significa que houve tão-somente a descriminalização 'formal', não concomitantemente a legalização da posse de droga para consumo pessoal*⁸⁵. A descriminalização formal, referida por Bittencourt, ocorre quando a infração deixa de ser considerada crime, mas continua dentro do Direito Penal.

Noutra linha, Capez assevera:

Entendemos, no entanto, que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º, da nova Lei). (CAPEZ, 2012, p. 764)

Em contraposição aos debates anteriores, surge um terceiro discurso, sob a alegação de que o artigo 28º da Lei nº 11.434 tratar-se-ia de infração penal *sui generis*, posição esta, defendida por Luiz Flávio Gomes. O penalista brasileiro alega que a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, não seria crime nem contravenção penal.

Bittencourt, utilizando as palavras de Gomes, destaca:

“...diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de ‘crime’ nem de ‘contravenção penal’ porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, *sui generis*. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (Juiz dos Juizados Especiais ou da Vara especializada). Assim, não é ‘crime’, não é ‘contravenção’ e tampouco é um ‘ilícito administrativo’: é um ilícito *sui generis*. (BITTENCOURT, 2008, p. 563 citando GOMES)

⁸⁵ BITTENCOURT, 2008, p. 563;

O fundamento para alegação de Gomes baseia-se no artigo 1º da Lei Introdução ao Código Penal nº 3.914/41, *in verbis*:

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 cumulativamente⁸⁶.

Para Gomes, o consumo de drogas teria sido descriminalizado porque a Lei de Introdução ao Código Penal definiu como crime somente a infração penal que receba como sanção a pena de reclusão ou detenção. Segundo a definição legal, crime é toda infração penal punida com reclusão, detenção e multa. Como bem observou Bacigalupo: “...*en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley*⁸⁷. Pensando assim, como ficam os delitos, que apesar de inseridos na legislação penal não há aplicação de pena?

Diante de toda essa divergência, Bittencourt assevera:

Honestamente, temos grande dificuldade de entender o surpreendente entendimento de Luiz Flávio Gomes, e especialmente descobrir qual seria o conteúdo, natureza e função dessa nova espécie de “infração penal *sui generis*”, desconhecida do ordenamento jurídico brasileiro; procuraremos fazer algumas especulações a respeito, partindo do óbvio: o nosso sistema jurídico adota um critério dualista, ao admitir somente duas espécies de infrações penais: *crime e contravenção penal*, ou seja, o ilícito penal só pode assumir o caráter de crime ou de contravenção, ou um ou outra, não havendo outra modalidade, ao contrário de alguns países europeus que adotam uma divisão triplíce, delito, crime e contravenção. Nesses países, distinguem-se crime e delito, como espécies do gênero infração penal, enquanto no nosso sistema crime e delito têm o mesmo significado. Assim, não sendo crime nem contravenção, não é infração penal ante a ausência absoluta de previsão legal. (BITTENCOURT, 2008, pp. 563-564)

Carvalho corrobora: *Não parecem satisfatórias as leituras que afirmam ter havido a descriminalização do porte para uso pessoal em face de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal*. Pacificando as discussões, a 1ª Turma

⁸⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 24/05/2013 às 17h;

⁸⁷ BACIGALUPO, 1996, p. 8;

do Supremo Tribunal Federal⁸⁸, que acompanhou por unanimidade o voto do ministro Sepúlveda Pertence, declarou que a despenalização da conduta não teve implicações na sua legalização. *No sentido de que não houve abolitio criminis, mas apenas “despenalização”, já decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal*⁸⁹. *A Turma considerou que mesmo não estando sujeito à privação de liberdade, o réu está sujeito a outras sanções*⁹⁰. A Turma lembrou que o Brasil é signatário de tratados em que os países se comprometeram a combater o uso de drogas e também o fato de o usuário ser o motor do comércio ilegal de drogas.

Diante dos diferentes argumentos, Bertoni constata: *Por descriminalización, debe entenderse, todo proceso que suprime la competencia del sistema penal para aplicar sanciones respecto de una conducta, ya sea por vía legislativa o por vía jurisprudencial*⁹¹. Portanto, a nova regra não diz que uso de droga deixou de ser crime - apenas aplicou uma pena menos rigorosa. *No caso da Lei 11.343/06, importante ressaltar que não ocorreu processo de*

⁸⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo456.htm>>. Acesso em: 03/05/2013 às 22h30min:

⁸⁹ CAPEZ, 2012, p.765;

⁹⁰ Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização – Supremo Tribunal Federal - RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. (RE- 430105) A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas". Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário.

⁹¹ BERTONI, 1992, p.257;

*descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas*⁹². Partidário desse entendimento, Maia adverte: *A descriminalização, como já disse, não consiste na liberalização ou despenalização, é a retirada do âmbito da lei penal do consumo ou da posse para consumo individual, entendendo-se como tal a possibilidade de a pessoa transportar consigo substâncias, quaisquer que sejam das Drogas ditas leves e das ditas pesadas*⁹³.

Acertadamente, Nucci distingue:

O movimento trata da descriminalização (deixar de considerar infrações penais determinadas condutas) e da despenalização (eliminação da pena para a prática de certas condutas, embora continuem a ser consideradas como delituosas) como soluções para o caos penitenciário, hoje vivenciado na grande maioria dos países. (NUCCI, 2011, p.392)

Em suma, percebe-se que a legislação de drogas brasileira não foi causa de *abolitio criminis*, considerando que a conduta de consumir substâncias entorpecentes continua a ser típica, tendo ocorrido somente a despenalização. *Verifica-se a abolitio criminis, quando a lei nova exclui da órbita penal um fato considerado crime pela lei anterior. Trata-se de uma hipótese de descriminalização*⁹⁴. Se assim fosse, o consumo de drogas passaria a ser tratado de forma administrativa, como ocorre nas infrações de trânsito.

4.2.2. A Descriminalização Portuguesa

Noutra linha, Portugal definiu o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. *No ano 2000 Portugal procede a uma escolha política relativamente ao tipo de*

⁹² CARVALHO, 2013, p.197;

⁹³ MAIA, 2012, p.47;

⁹⁴ TOLEDO, 1994, p.34;

*controle legal exercido sobre as drogas. O regime legal anterior foi alterado, através da descriminalização do consumo de todas as drogas ilegais*⁹⁵.

Eiras e Fortes entendem que:

O consumo de estupefaciente não é criminalmente punível: o consumo, aquisição e a detenção para consumo próprio constitui contra-ordenação (nº 1 do artigo 2º da Lei nº 30/2000 de 29/11, que transformou este tipo de comportamento de ilícito criminal em ilícito de mera ordenação social). (EIRAS & FORTES, 2010, p.158)

*Desde 1º Julho de 2001 (Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro), a aquisição, posse e consumo de qualquer droga estão fora da moldura criminal e passaram a ser violações administrativas*⁹⁶.

Prova disso, é o artigo 29º da referida lei:

Artigo 29.º - A descriminalização aprovada pela presente lei entra em vigor em todo o território nacional no dia 1 de Julho de 2001, devendo ser adoptadas, no prazo de 180 dias a contar da data da sua publicação, todas as providências regulamentares, organizativas, técnicas e financeiras necessárias à aplicação do regime de tratamento e fiscalização nela previsto.

*Define então, o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica*⁹⁷. Portugal, sim, descriminalizou o consumo drogas. Sobre o tema, Faria Costa esclarece: *Surpreendentemente, Portugal – um pequeno país conhecido pelos seus valores conservadores, de forte tradição Católica e com uma Democracia relativamente recente – tornou-se um modelo internacional em termos de política da droga*⁹⁸. Desde então, fez um excelente trabalho de preparação. Na virada do século, juntou um comitê multidisciplinar de especialistas para pesquisar as formas mais eficazes de lidar com os problemas ligados às drogas. O referido comitê inovou: trouxe um sistema fortemente centrado

⁹⁵ QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p. 102;

⁹⁶ Artigo 5.º - Competência para o processamento, aplicação e execução:

1 - O processamento das contra-ordenações e a aplicação das respectivas sanções competem a uma comissão designada «comissão para a dissuasão da toxicod dependência», especialmente criada para o efeito, funcionando nas instalações dos governos civis.

⁹⁷ Lei Portuguesa, republicado por Decreto-Lei nº 114/2011 de 30-11-2011, Artigo 40.º - Transferência de Competências dos Governos Civis e dos Governadores Civis para Outras Entidades da Administração Pública, Liquidação do Património e Regime Legal Aplicável aos Respective s Funcionários.

⁹⁸ DOMOSTAWSKI, 2011, p.8;

em proteger a saúde dos dependentes e em economizar o dinheiro do contribuinte português. A Lei n. 30/2000 diz nos artigos 2º e 5º o seguinte:

Art. 2º. O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação:

2. Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.

Art. 5º. O processamento das contra-ordenações e a aplicação das respectivas sanções competem a uma comissão designada «comissão para a dissuasão da toxicodependência», especialmente criada para o efeito, funcionando nas instalações dos governos civis.

2. A execução das coimas e das sanções alternativas compete ao governo civil.

3. Nos distritos de maior concentração de processos poderá ser constituída mais de uma comissão por portaria do membro do Governo responsável pela coordenação da política da droga e da toxicodependência.

4. O apoio administrativo e o apoio técnico ao funcionamento das comissões competem, respectivamente, aos governos civis e ao IPDT (Instituto Português da Droga e da Toxicodependência).

5. Os encargos com os membros das comissões são suportados pelo IPDT.

Contudo, retira da alçada do direito penal a apreciação legal das transgressões e cria um novo sistema sancionatório a aplicar por uma nova instância extrajudiciária (as CDT)⁹⁹.

Sobre a descriminalização, Domostawski explica:

A descriminalização apenas cria enquadramento legal para implementação de políticas de redução de danos causados pelo consumo de drogas e para reinserção social dos toxicodependentes. Para os consumidores, a descriminalização elimina o motivo pelo qual os dependentes tinham medo de se submeterem a tratamento. (DOMOSTAWSKI, 2011, p. 24)

Segundo a lei, o uso de drogas ainda é proibido em Portugal, mas é tratada administrativamente, não como crime¹⁰⁰. De tal modo, o usuário, pode ser multado, condenado a prestar serviço comunitário ou encaminhado para tratamento. É importante distinguir entre "descriminalização", sistema promulgado por Portugal, e a mera "despenalização", o quadro vigente em

⁹⁹ QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, pp. 102-203;

¹⁰⁰ GREENWALD, 2009, p. 3 (Drug usage is still prohibited under the law of Portugal, but it is treated strictly as an administrative, not a criminal, offense);

vários países da UE que não descriminalizou o uso de drogas ¹⁰¹. Diante de todo o exposto, entendemos não ter ocorrido a descriminalização do consumo pessoal no Brasil, diferentemente de Portugal, que inovou e humanizou a sua legislação com tratamentos direcionados à prevenção e a redução de danos.

¹⁰¹ *Ib Idem*, 2009, p.2; (It is important to distinguish between “decriminalization,” the de jure scheme enacted by Portugal, and mere “depenalization,” the prevailing framework in several EU states that have not decriminalized drug usage).

CAPITULO III – INTERVENÇÃO PENAL:

Repressão, Criminalização e o Delinquente

5. PROIBICIONISMO

*“Vejo o aborto como as drogas.
Proibir não faz com que as pessoas não pratiquem/usem.
Conscientizar faz”.*

Ronauud Pereira

O proibicionismo é um fenômeno recente na história das drogas. Durante séculos estas substâncias estiveram disponíveis para consumo em distintas culturas, sem que, em geral tenham sido proibidas. *A proibição das drogas é um sistema global de poder estatal.*¹⁰² O estudo das políticas criminais e do controle penal sobre drogas ilícitas tem como objetivo compreender a idéia proibicionista, a qual ambiciona, mediante a imposição de uma pena, a extinção de determinadas substâncias por meio da criminalização. *De qualquer sorte, mesmo se tendo a constatação de não resolução dos problemas que concernem à problemática das drogas – quando se opta pelo proibicionismo – ainda assim se fomentam ideias vinculadas ao combate, direcionadas à repressão como “salvação” moralizante.*¹⁰³

O proibicionismo pode ser entendido como um posicionamento ideológico de fundo moral. Traduz-se em ações políticas voltadas para a regulação de comportamentos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas com a intervenção do sistema penal. A partir destas premissas indaga-se: *A utilização do direito, particularmente do direito penal, como instrumento do estado para regular a pretensão de determinadas pessoas de consumir determinadas substâncias é, do ponto de vista ético, legítima?*¹⁰⁴

¹⁰² SHECAIRA, 2012, p.303;

¹⁰³ MORETTO, O(s) Proibicionismo(s) continuam: nem pense ou tome consciência, afinal o que cada um quer para si/outro?. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 03/06/2013 às 11h;

¹⁰⁴ QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p. 42;

Ainda sobre o mesmo prisma, Quintas De Oliveira:

Os proibicionistas conservadores tendem a considerar o uso de drogas como uma atividade imoral e uma perigosa forma de contágio. O único objetivo legítimo da política de controle das drogas é a eliminação do seu uso ilícito. Todos os comportamentos relacionados com drogas, incluindo o consumo, devem ser proibidos por via criminal. Os mecanismos legais devem ser utilizados para reprimir o tráfico e dissuadir o consumo. (QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p.93)

O pensamento proibicionista em torno das drogas vislumbrou-se com o aumento da percepção social em relação aos conflitos pelo álcool nos EUA e o ópio na China do século XIX. Romaní destaca que: *Me refiero a las Guerras del Ópio del siglo XIX y al desarrollo del prohibicionismo en los E.E.U.U, desde principios del presente siglo.*¹⁰⁵ Conforme se percebe, para compreender o proibicionismo é fundamental estudar os dois acontecimentos que impulsionaram o tema: As Guerras do Ópio na China e a Lei Seca norte-americana.

5.1. As Guerras do Ópio

A história do ópio na China e suas consequências internacionais constituem tema relevante para o estudo das discussões sobre o controle de drogas. Por isso, dentro de uma perspectiva histórica, deve ser analisada a situação específica da China, país que passou por importantes transformações sócio-econômicas e culturais no século XIX ao travar uma guerra contra o Império Britânico em decorrência de interesses comerciais na liberação do comércio de ópio. *É nesse ambiente que decorre a conhecida Guerra do Ópio. A Índia e a China, países populosos da Ásia, despertaram a atenção dos Britânicos*¹⁰⁶. Com o objetivo de aumentar os seus lucros, a Inglaterra disseminava a dependência química nos chineses a partir do tráfico de ópio para a China. Com isto, o governo chinês passou a reprimir fortemente o tráfico no país, causando a irritação inglesa que declarou guerra à China.

¹⁰⁵ ROMANI, 1999, p.45;

¹⁰⁶ SANTOS EBO, 2008, p. 54;

Martin, lembra a ofensiva britânica:

Travou duas guerras navais com a China a fim de proteger seus interesses econômicos, reforçando o comércio lucrativo com a exportação, para aquele país, do ópio produzido na Índia. Quando os Chineses tentaram impedir os Britânicos de traficar com o ópio, estes impuseram-no através de força militar, travando e vencendo a primeira Guerra do Ópio entre 1839-1842 e a segunda Guerra do Ópio em 1856-1858. A segunda guerra resultou na legalização completa do comércio do ópio. (MARTIN, 2009, p. 57)

A Guerra do Ópio foi um conflito armado entre a Grã-Bretanha e a China. O embate foi econômico, já que o Reino Unido passava por uma revolução industrial, o que acabou por despertar o seu interesse nos mercados lucrativos da Índia e China.

Ocorreram dois conflitos pelo Ópio, como bem explica Escotado:

A partir de las escaramuzas que se conocen como segunda guerra del opio la política británica no tenía apoyo en el foro internacional ni en el propio país, donde en 1870 se funda una asociación para abolir semejante tráfico. Ese mismo año la masacre de Tientsing (donde murieron el cónsul francés, otros dos diplomáticos, diez monjas, dos clérigos y tres comerciantes rusos) mostró que la xenofobia china iba en constante aumento, y el interés por el opio británico en progresiva reducción. (ESCOHOTADO, 1998, p. 398)

Os dois países travaram duas batalhas pelo ópio: a primeira iniciou-se em 1839 e foi até 1842, terminando com a assinatura do Tratado de Nanquim, pelo qual a China comprometia-se em abrir cinco portos ao comércio Britânico. *Apesar do acordo com a China, a situação nos novos portos abertos continuou a não satisfazer a ambição dos Britânicos.*¹⁰⁷ Em 1856, tem início a segunda Guerra do Ópio em virtude de uma ofensiva do governo chinês a um navio de bandeira britânica.

Nesse cenário, Santos Ebo narra os conflitos:

Mais uma vez a China saiu derrotada e, em 1858, as potências exigiram que a China aceitasse o Tratado de Tianjin. De acordo com esse tratado, onze novos portos chineses seriam abertos ao comércio com o Ocidente e seria garantida a liberdade de movimento aos mercadores europeus e aos missionários cristãos. (EBO, 2008, p. 55)

¹⁰⁷ SANTOS EBO, 2008, p. 55;

Os conflitos decorrentes do comércio mundial originaram a Guerra do Ópio entre o Império Chinês e a Coroa Britânica, marcando o início dos debates internacionais sobre o controle desta e de outras substâncias psicoativas. *O lucrativo negócio do ópio entre a China e o Reino Unido era ativamente encorajado.*¹⁰⁸

Sob esse enfoque, Romani sintetiza:

Se inicia entonces “la lucha contra la droga” que, no por casualidad, se inicia con la lucha contra el ópio y se concreta en la conferencia de Shanghái en (1909) y en los tratados de la Haya (1912 y 1914) y que será una de las bases de los tratados posteriores de (Versalles 1919, Ginebra 1920). (ROMANI, 1999, p.46)

Na ocasião, reuniram-se os representantes de treze países - dentre eles, as potências coloniais da época - para discutir limites à produção e ao comércio de ópio e dos seus derivados. *El opio - por expreso deseo inglés - siguió nominalmente sometido al régimen de prohibición, aunque ahora se repartiase de facto con total comodidad.*¹⁰⁹

5.2. A Lei Seca Norte Americana

Após a primeira guerra mundial, alguns países emergentes, percebendo os danos provocados pelo álcool à população, decretaram a proibição da sua fabricação, venda e de qualquer distribuição. Mas a ofensiva mais radical foi a estabelecida nos Estados Unidos através da emenda constitucional nº 18¹¹⁰ de 1919 que ficou conhecida como “A Lei Seca”, mantendo-se até 1935. Poiars recorda o movimento social contra a bebida: “... o álcool e as drogas eram inimigos nefastos da civilização, desvirtuadores do sonho americano, como tal devendo ser proscritos – daí o proibicionismo e a Lei Seca”¹¹¹. O álcool e outros psicoativos passaram a ser objeto de

¹⁰⁸ GANERI, 2002, p.13;

¹⁰⁹ ESCOHOTADO, 1998, p. 397;

¹¹⁰ Emenda 18º: Proíbe a fabricação, venda, transporte, importação ou exportação de bebidas intoxicantes dentro os EUA e todos os territórios sob a sua jurisdição. Referendado em 16/01/1919.

¹¹¹ POIARES, 1998, p.161;

fiscalização crescente. A aprovação da Lei Seca é tida como o ponto central do proibicionismo.

Olmo, com fundamento em Cloyd, aduz:

Demás está decir que la hegemonía en nuestro campo de interés le ha correspondido al gobierno de Estados Unidos por haber sido el generador y promotor del movimiento antidroga, y del discurso respectivo colocándose siempre la vanguardia de “la lucha contra los demonios del tráfico internacional de drogas”. (CLOYD *apud* DEL OLMO: “Las Drogas y sus Discursos” *in* MEIER & BINDER, 1995, p.457)

Por meio da nova lei, reprimia-se todo o circuito de produção, circulação e comercialização de bebidas alcoólicas no território americano, decisão que significou o forte desenvolvimento da clandestinidade. Além disso, a Lei Seca deu origem à Máfia, aumentou a violência e a corrupção policial. Diante do problema, a emenda nº. 21/33 revogou a lei seca americana. *O governo dos EUA, de então, desencadeou esforços diplomáticos no sentido de se desenvolverem conferências internacionais com vistas à criação de leis que proibissem o uso de drogas*¹¹².

Relativamente à influência internacional americana, Carvalho aduz:

As campanhas de Lei e Ordem brotam na década de 60 como movimentos de contracultura e de salvaguarda dos princípios éticos, morais e cristão da sociedade Ocidental. Originárias dos Estados Unidos, as primeiras manifestações se articulam no sentido de orientar a (re) produção legislativa em matéria criminal/punitiva, adquirindo a droga, neste contexto, papel de destaque. (CARVALHO, 2013, p. 97)

Este puritanismo foi uma reação xenófona perante a onda de migrações que ocorreram nos Estados Unidos nesta época. De tal forma que se culpava o ópio pela conduta imoral dos chineses. *Ora, os chineses e outros imigrantes trouxeram para a América o hábito de fumar ópio, tal como sucedera com os irlandeses e o consumo de gin e de outras bebidas alcoólicas*¹¹³.

Gradualmente a preocupação mundial foi-se estendendo a outras drogas, como os diversos tipos de *cannabis sativa* e a proibição total da cocaína e dos seus derivados. Simultaneamente, a Igreja Católica também

¹¹² EBO, 2008, p.181;

¹¹³ POIARES, 1998, p.161;

passou a contribuir para o proibicionismo através da colonização mundial. Escohotado adverte que: *El uso de drogas acompañó a la peste moral, desatada como crimen contra Dios y el Estado*¹¹⁴. Este aspecto religioso deve ser incluído obrigatoriamente como um dos elementos primordiais para se compreender as origens da proibição das drogas no mundo moderno. Pregado pelas protuberantes figuras religiosas, foi um dos pilares da política proibicionista norte-americana. O proibicionismo registrou um rápido desenvolvimento, aderido ideologicamente pela ONU como padrão mundial no tratamento ao uso de drogas psicoativas. Neves, por sua vez, ressalta que: *Conforme ya se ha mencionado, el prohibicionismo estricto, o más bien el modelo de “guerra a las drogas”, constituye la estrategia dominante en el panorama internacional, iniciándose en los Estados Unidos*¹¹⁵. Por fim, a maior dificuldade é transpassar o paradigma proibicionista que firma-se internacionalmente como discurso oficial.

5.3. O Interesse Político e Econômico na Perpetuação da ilegalidade.

O discurso proibicionista, defende a criminalização do consumo como meio indireto na luta contra o tráfico ilícito de drogas. A justificativa é a de que, se não há clientes, conseqüentemente não haveria o comércio ilegal. Mas para aqueles que defendem a tese contrária, a repressão e o alarma social, aliado às penas rigorosas, não diminuem o consumo de drogas nem reduzem a sua oferta. Pelo contrário, alimenta o mercado ilegal e produz problemas sérios na segurança pública. Assim, o tráfico em si, torna-se muito mais danoso do que os efeitos de todas as drogas juntas. Mas, o que realmente dificulta a resolução do problema, é o interesse político que há por detrás da ilegalidade. No entender de Stulin: *Sem o seu dinheiro ilegal, a economia dos EUA desmoronar-se-ia*¹¹⁶. Ademais, segundo lembrou Neves: *Jardine, un genio*

¹¹⁴ ESCOHOTADO, 1998, p.14;

¹¹⁵ NEVES, 2012, p.69;

¹¹⁶ STULIN, 2010, p. 93;

*mercantil, defendió siempre las ventajas de la prohibición sobre la legalización, y logró interesar como socios a dos personajes estratégicos*¹¹⁷.

Percebendo a possibilidade de lucrar alto com o mercado ilegal, a indústria farmacêutica viu a oportunidade de aliar-se ao puritanismo para obter o controle do mercado. Meier & Binder, assinalaram que: *A su vez, habría el papel legitimador que desempeñan los encargados de aplicar la regla a quienes preferimos llamar “empresarios de la represión”, ejemplificados en los cuerpos de seguridad que se ocupan de implementar la política criminal*¹¹⁸. Desde então, dado a sua conveniência, passaram a defender a proibição, visto que era muito mais fácil controlar o mercado. *O pano de fundo que informa os projetos redutores é, essencialmente, o da superação da racionalidade moralizadora, que fundamenta as políticas proibicionistas de natureza inquisitória marcadas para redução do outro a mero objeto de intervenção*¹¹⁹.

O argumento moral, por si só, não foi suficiente para justificar a proibição. Devido a esta insuficiência, surgiram novos argumentos, os quais transmitiam a idéia de que as drogas eram um problema de saúde pública e que gerava condutas antissociais. Talvez esta seja uma das principais razões para explicar o uso do aparato estatal e as imensas quantidades de recursos públicos na busca pela moral.

Conforme ensina Zorrilla:

Uma vez mais, como no ponto anterior, o que resulta é que não é a saúde o bem jurídico que se trata de proteger – visto que os prejuízos para a saúde provém, eventualmente, de todas as drogas e não apenas das ilegais – mais sim uma concepção moral acerca do “permitido” e do “proibido”. O objetivo da legislação não é, pois, a tutela da saúde dos cidadãos, mas sim a conformidade destes padrões culturais e morais impostos coativamente¹²⁰.

Nesse tom, é manifesto o papel desempenhado pela teoria do bem jurídico, que conduz a atual política internacional de drogas com interesses mais voltados aos aspectos econômicos e sociais, muito embora na atualidade seja mais perceptível o discurso sanitário. Maier e Binder, estudiosos de Cloyd,

¹¹⁷ ESCOHOTADO, 1998, p. 395;

¹¹⁸ MEIER & BINDER, 1995, p. 457;

¹¹⁹ CARVALHO, 2013, p. 296-297;

¹²⁰ Revista do Ministério Público – 14^o ano – JULHO/SETEMBRO, 1993, nº55 - Artigo: Legislação Simbólica e Administrativização do Direito Penal: a penalização do consumo de drogas – Carlos González Zorrilla (p.75);

trouxeram as palavras do autor que disse: *Además, el empresario de la moral se convierte en mediador de los sentimientos públicos y la creación de la ley, y el empresario de la represión media entre el mandato legal y las situaciones sociales concretas en las que la ley debe implementarse*¹²¹. Se de um lado temos as drogas ilegais de consumo clandestino, de outro temos as substâncias legais fabricadas pelas grandes indústrias cuja distinção é feita pela sua própria conveniência econômica e política. *A possibilidade de regulação legal das drogas ocupa um amplo aspecto que se estende de um estrito proibicionismo altamente punitivo até à ideia de um mercado livre onde as drogas sejam perfeitamente imunes a interferências estatais*¹²².

Com efeito, Zorrilla explica:

Em resumo, o que parece procurar-se é uma espécie de clandestinalização do consumo, de maneira que, visto o fracasso das políticas repressivas para atalhar o fenómeno, ao menos este seja menos visível socialmente e, portanto, as autoridades se vejam menos questionadas pelos cidadãos que exigem que se ataquem as causas profundas do problema¹²³.

Ademais, segundo Zaffaroni: *Identificar a un falso enemigo siempre es útil para calmar la ansiedad provocada por la complejidad fenoménica y para desviar el recto camino los esfuerzos por remediar los males*¹²⁴. O maior problema criado por esta ideologia proibicionista está no desvio do comércio das drogas para o mercado da ilegalidade, porventura mais tentável do que o circuito legal. Pode-se identificar aqui a relevância do tema segundo as palavras de Becker: *Ele é proibido de usar drogas. Como não pode obter drogas legalmente, deve obtê-las ilegalmente. Isso força o mercado negro a elevar o preço das drogas muito acima do mercado legítimo corrente, a um ponto que poucos podem atingir com um salário comum*¹²⁵. Ou, noutros termos: *os dependentes prefeririam manter-se no mercado ilegal, aumentando incontrolavelmente suas doses e a sua dependência, do que transitar para o*

¹²¹ CLOYD *apud* MAIER & BINDER, 1995, p.457;

¹²² QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p.92;

¹²³ Revista do Ministério Público – 14^o ano – JULHO/SETEMBRO, 1993, n^o55 - Artigo: Legislação Simbólica e Administrativização do Direito Penal: a penalização do consumo de drogas – Carlos González Zorrilla, p.74;

¹²⁴ ZAFFARONI, 2002, p.11;

¹²⁵ BECKER, 1977, p. 81;

*mercado legal estadualmente tutelado*¹²⁶. O que tem como consequência inevitável, a breve prazo, a corrupção generalizada das próprias instâncias formais encarregadas de prevenir ou reprimir a atividade respectiva¹²⁷.

A criminalização do uso de entorpecentes provocou o surgimento de novos delitos, pondo em causa a validade do direito de punir e o prestígio do Direito Penal. *Com tal procedimento o Estado está verdadeiramente a “criar” muito mais delinquência do que aquela que é capaz de evitar*¹²⁸. A opção de criminalizar assumida pelas agências de controle revelou-se ineficaz em relação aos seus propósitos, constituindo um atraso político-criminal. *A criminalização fazia com que alguns consumidores de drogas sentissem medo de pedir ajuda médica com receio de punição, ou com medo de um registo criminal que lhes traria dificuldades em termos laborais e de inserção na sociedade*¹²⁹.

Conforme explica Shecaira, é preciso levar em consideração que:

O principal objetivo da legalização é tentar reduzir o uso problemático das drogas e as consequências causadas pela criação de mercados ilegais. Em princípio, ter-se-ia um melhor controle sobre quem consome drogas, podendo melhor direcionar as agências de saúde para o tratamento e prevenção. Com o sistema tradicional e inflexível de proibições, é muito difícil adotar políticas públicas que permitam reduzir os danos e usuários de drogas ilícitas pesadas substituindo-as por drogas menos agressivas ao organismo. (SHECAIRA, 2012, p.310-311)

O que se pode afirmar é que o proibicionismo tem produzido um enorme atraso na criação de políticas sociais, trazendo elevados custos para a sociedade e baixíssima resolutividade. Em segundo lugar, não se pode olvidar que o conceito de drogas também inclui o tabaco e o álcool que, diga-se de passagem, possuem efeitos mais nocivos na saúde pública do que muitas das drogas ilícitas. *Em última análise, importa abandonar a lógica moralizadora que permeia a tradição criminalizadora, motivo pelo qual são notórias as*

¹²⁶ FIGUEIREDO DIAS, 1995, p. 29;

¹²⁷ *Ib Idem*, 1995, p. 14;

¹²⁸ *Ib Idem*, 1995, p. 15;

¹²⁹ DOMOSTAWSKI, 2011, p. 24;

*incompatibilidades entre as ações de redução de danos e as políticas criminais proibicionistas*¹³⁰.

5.4. Ofensa à Cultura Ancestral e a Liberdade Religiosa

Dentre as várias críticas ao proibicionismo, o seu caráter autoritário é o mais censurado uma vez que desrespeita os modos de vida alternativos de outras culturas. Assim, impõe, às sociedades mais complexas e diversificadas, uma moral de continência e retidão do padrão imposto por determinados grupos sociais. Na antiguidade, a maconha possuía uma grande influência sobre a cultura Hindu que, segundo as suas crenças, a planta fora presente dos deuses aos homens, capaz de provê-los de prazer, coragem e atender aos seus desejos sexuais mais secretos. Acreditava-se que a erva, substância enteógena, despertava Deus dentro dos homens.

Diz a religião indiana, que a planta da *cannabis* teria sido derramada sobre a terra através de gotas de néctar brotada dos deuses. De forma oportuna, Escotado lembrou: *La idea de drogas religiosas sólo penetró con el budismo, vinculándose entonces a las tradiciones indias sobre el cáñamo y daturas, que habrían surgido del ciclo cayendo como gotas de ambrosia*¹³¹. De acordo com a crença indiana, a Deusa *Shiva* teria retirado a *cannabis* do seu próprio corpo para purificar o elixir da vida. Devido a esta associação, a erva era usada por sábios, visto que ajudava a limpar os pecados e a evitar as misérias do inferno na vida após a morte. Com arrimo em Hernández, Escotado recorda: *Antiguamente, cuando los sacerdotes querían comunicarse con sus dioses y recibir una mensaje comían esta planta para provocar delirio. Se les parecían miles de visiones y figuraciones satánicas*¹³².

O movimento Rastafári¹³³ também a utiliza como parte da sua adoração ao Rei *Haile Selassie I* da Etiópia. O Movimento *Rasta*, como ficou conhecido, nasceu na Jamaica na década de 30 e utilizava a maconha no auxílio à meditação. Membros desta religião vêem a *cannabis* como uma planta

¹³⁰ CARVALHO, 2013, p.298;

¹³¹ ESCOTADO, 1998, p.61-61;

¹³² HERNÁNDEZ *apud* ESCOTADO, 1998, p.80;

¹³³ Ras (príncipe ou cabeça) *Fari* (da paz);

sagrada e profundamente ligada à árvore da vida, conforme a própria bíblia menciona: *Apocalipse: 22.2 “... e as folhas da árvore são para a cura das nações”*¹³⁴. Rastafarismo é a filosofia que mistura credices e profecias com uma interpretação própria da Bíblia. Segundo eles, a maconha é uma erva sagrada e teria sido encontrada no túmulo do Rei Salomão. Assim, percebendo a importância religiosa das drogas para determinados grupos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão no seu artigo 18º prescreve:

Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Analisando com acuidade as diversas utilidades culturais da droga, percebe-se que o proibicionismo vai de encontro a alguns direitos fundamentais do homem, como é o caso da liberdade religiosa. Foi a pensar na defesa basilar deste direito que o artigo 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem resguardou:

1- Qualquer pessoa tem direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público ou em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2- A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, a segurança pública, a protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou a protecção dos direitos e liberdades de outrem.

Fato curioso sobre o tema ocorreu no Brasil no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que debateu sobre o uso da maconha para fins religiosos ao julgar um caso de tráfico no interior de uma igreja. *O líder da igreja Niubingui Etíope Coptico de Sião*¹³⁵ do Brasil, conhecida como “igreja da maconha”, teve seu mentor condenado em primeira instância à reclusão pela Justiça paulista por tráfico de drogas¹³⁶. O líder da igreja foi acusado de

¹³⁴ Acesso em 08/06/2013 às 17h em: http://biblia.gospelmais.com.br/apocalipse_22:2/

¹³⁵ Acesso em 23/06/2013 às 15h em: <http://niubinguirasta.blogspot.pt/>

¹³⁶ Processo nº. 0015072-53.2012.8.26.0019(019.01.2012.015072) - 2ª Vara Criminal de Americana: Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal para condenar o réu

semear, cultivar e colher sem autorização a droga para o consumo de outrem, inclusive adolescentes. A defesa alegou que a conduta do réu não poderia ser punida por constituir censura à liberdade religiosa, dado que, a Constituição brasileira defende, como direito fundamental, a liberdade de crença e o seu livre exercício de culto conforme o artigo 5º, incisos VI, VII e VIII *in verbis*:

Art. 5º CFB - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

(...)

Doutrinadores brasileiros alegaram que a decisão tomada contra o líder religioso feriu gravemente os preceitos constitucionais através de intolerância religiosa e conservadorismo proibicionista. Alguns juristas chamam à atenção para o fato de que um Estado laico deve garantir a liberdade religiosa. Além disso, a Lei brasileira de Drogas nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006 autoriza o uso para fins religiosos:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

GERALDO ANTONIO BAPTISTA, vulgo “Geraldinho Rastafári” à pena de catorze anos, dois meses e vinte dias de reclusão, no regime inicial fechado, e dois mil, cento e trinta e dois dias multa, fixado o dia-multa no piso, como incurso nos artigos 33, parágrafo 1º, incisos II e III, e 35, c.c. artigo 40, inciso VI, todos da Lei n 11.343/2006, bem como para condená-lo no pagamento das custas processuais, que fixo em 100 UFESPs, nos termos da Lei Estadual nº 11.608/03. Recomende-se o réu na prisão onde se encontra. Nos termos do que dispõe o artigo 63 da Lei 11.343/2006 determino a perda do imóvel sequestrado (conforme descrição nos autos em apenso), em favor da União, devendo se proceder consoante os parágrafos do mencionado artigo após o trânsito em julgado da presente sentença.

Ainda que contrários ao uso de substâncias psicotrópicas, os países signatários da Convenção das Nações Unidas de 1971 demonstraram especial preocupação em relação ao tema no artigo 32º, parágrafo IV que determina:

4 - Qualquer Estado em cujo território cresçam no estado selvagem plantas contendo substâncias inscritas na lista I e utilizadas tradicionalmente por certos grupos restritos bem determinados na ocasião de cerimónias mágicas ou religiosas, pode, na altura da assinatura da ratificação ou da adesão, fazer reservas sobre estas plantas no que se refere às disposições do artigo 7, excepto nas relativas ao comércio internacional.

A despeito dos diferentes argumentos, o juiz brasileiro não acatou a tese defendida pela igreja, a qual defendia o uso da erva exclusivamente para fins religiosos. Segundo o magistrado, as provas produzidas no processo desmentem o argumento de que o consumo tinha fins unicamente de ritualização e espiritualidade.

Independentemente do caso ocorrido no Brasil é inegável que a abordagem proibicionista ao defender como modelo a cultura branca protestante anglo-saxã, além de desconsiderar a diversidade étnica, cultural e religiosa de outros povos, se sobrepõe às culturas tradicionais diversificadas, como a dos países andinos que fazem uso de produtos naturais como a folha de coca como expressão de cultura ancestral. Por fim, como bem observou Shecaira: *Em nosso sentir, uma mudança radical da estratégia proibicionista parece ser indispensável. Isso não significa uma renúncia a toda possibilidade de controle das drogas*¹³⁷.

6. O PATERNALISMO PENAL

*“Querem proibir as drogas vendidas em becos
ao invés de proibir primeiro as que vendem em supermercados”.*

Rennan Frezzatti

Antes de conceituar o paternalismo penal, considera-se necessário verificar a origem da palavra. *Apesar da raiz pater surgida do latim, o termo*

¹³⁷ SHECAIRA, 2012, p.311;

*paternalismo tem origem anglo-saxã e é definido como a prática de uma administração paternal ou, do ponto de vista jurídico, como a intenção de suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação da mesma forma como um pai faz com sua família*¹³⁸.

A partir daí, podemos definir o paternalismo jurídico-penal como uma interferência estatal na liberdade do cidadão, presumidamente incapaz, a favor ou contra a sua vontade, com o objetivo de promover-lhe o bem. *Aqui, uma definição geral de paternalismo pode ser útil. O paternalismo é amplamente considerado como a interferência nas ações ou conhecimentos de uma pessoa contra sua própria vontade, com a finalidade de promover o bem à mesma*¹³⁹. Deste ponto de vista, o paternalismo trata as pessoas como se fossem crianças, contrariamente à sua vontade. *É na abordagem paternalista, considerando que a pessoa mais susceptível de ser vítima é o transgressor, que a punição do consumo de drogas poderá ser mais fundamentada*¹⁴⁰.

Jakobs sintetiza:

En aquellos deberes que conciernen al ciudadano no como titular de una función pública representando al Estado, sino inmediatamente como titular de un status dentro de una institución, a saber, como madre o padre, como cónyuge etc. JAKOBS, 2004, p. 135;

Na relação paternalista, o protetor entende que o protegido não tem condições de buscar o melhor para si, considerando este um ser vulnerável e indefeso, necessitando que outro, mais forte, lhe preste assistência protetora em razão da sua incapacidade de orientação. Segundo Ramiro Avilés: *La medida paternalista supone adoptar las decisiones que las personas posiblemente habrían adoptado si hubieran sido plenamente competentes*¹⁴¹. O *pater*, sendo o mais forte, considera-se mais preparado na busca do melhor para o seu dependente. Como analogia, podemos citar as crianças e os seus pais. Este comparativo atribuído ao Estado e ao cidadão: Estado/protetor e o cidadão/protegido.

¹³⁸ ALEMANY *apud* MARTINELLI, 2009, p. 14;

¹³⁹ TROUT, 2005, p.408 - Here, a general definition of paternalismo might be useful. Paternalism is widely regarded as the interference with a person's actions or knowledge, against that person's will, for the purpose of promoting that person's good;

¹⁴⁰ QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p. 52;

¹⁴¹ RAMIRO AVILÉS, 2006, p.251;

É inegável, como registra Rodrigues:

A criminalização do uso de drogas não se impõe claramente contra seu uso recreativo, mas o penaliza na esteira da proibição ao direito de se drogar: o indivíduo é destituído de vontade e, “para o seu bem”, a decisão do que entra em seu organismo não mais lhe pertence. (RODRIGUES, 2004, p. 91)

A imagem que resulta é a de um direito penal protetor¹⁴². Através de meios coercitivos, o Direito Penal Paternalista ameaça com uma pena o seu protegido, obrigando a pessoa a agir contra a sua vontade - meio mais gravoso da restrição da liberdade. O Paternalismo foi definido de variadas maneiras, muitas delas controversas¹⁴³. A principal preocupação é aferir os limites do Estado na intervenção da liberdade humana e a legitimidade para protegê-las dos seus próprios atos.

De forma preponderante, Hulsman observou que:

Porque deixar ao Estado, poder frequentemente anônimo e longínquo, o cuidado “exclusivo” a resolução dos problemas nascidos de nossos contatos mais pessoais? Em geral, pelo menos nos países mais democráticos, se procura em nome da liberdade individual, a ingerência do Estado em sua vida privada. (HULSMAN, 1993, p.127)

Como bem observou Hulsman, esta interferência no comportamento dos cidadãos só é justificável quando se mostra, realmente necessário, prevenir lesões ou graves riscos à pessoa. O problema é quando esta interferência quer prevenir a pessoa dela mesma. Escohotado, seguinte essa mesma linha de raciocínio: *La especialísima naturaleza de semejantes delitos se observa en el hecho de que delincuente y víctima pueden (y suelen) ser una idéntica persona, pues la orientación del derecho aquí es proteger al sujeto de si mismo, de grado o por fuerza, como cuando exige el uso del cinturón de seguridad en los conductores de automóviles¹⁴⁴.*

O filósofo americano Dworkin, contrário às interferências na liberdade humana, elenca vários exemplos de intervenção paternalista. *A seguir está*

¹⁴² HASSEMER, 2001, p.79;

¹⁴³ TROUT, 2005, p.409 - Paternalism has been defined in a number of ways, many of them controversial;

¹⁴⁴ ESCOHOTADO, 1998, p. 7;

*uma lista dos tipos de interferências que tenho em mente como sendo paternalista*¹⁴⁵.

O governo exige que as pessoas contribuam para um sistema de pensões (Segurança Social). Ele exige que os motociclistas usem capacetes. Ele proíbe as pessoas de nadar em uma praia pública quando não estão presentes os salva-vidas. Ele proíbe a venda de várias drogas que acredita serem prejudiciais.¹⁴⁶ (*Tradução Nossa*)

Ramiro Avilés menciona o trabalho do filósofo dizendo: *Gerald Dworkin ha sido uno de los autores que más esfuerzo ha realizado en demostrar la importancia del consentimiento a la hora de justificar la imposición de una medida paternalista sin violar el principio de autonomía*¹⁴⁷.

Partindo dessa concepção, Canotilho assinala que:

Já é, porém, insustentável que caibam no âmbito normativo constitucional do desenvolvimento da personalidade algumas “liberdades” invocadas como dimensões lógicas deste princípio (“direito a consumir drogas”, “direito a fumar”, “direito à rejeição de cinto de segurança”, “direito de poluir o ambiente”, “direito à recusa do seguro obrigatório”, “direito à rejeição do cinto de segurança”, “direito à rejeição do capacete de proteção”, “direito ao enterro dos mortos fora dos cemitérios”, “direito à caça”). (CANOTILHO, 2007, p. 465)

*Dworkin classifica o paternalismo em puro e impuro. Por paternalismo puro o autor define a restrição da liberdade de um grupo de pessoas que coincide com o mesmo grupo de beneficiados; paternalismo impuro é a falta de coincidência entre os grupos de pessoas atingidas pela restrição e de pessoas para quem se busca um bem*¹⁴⁸. Por exemplo, proibir o uso de drogas ilegais para proteger a saúde dos consumidores trata-se de paternalismo puro, uma vez que, esta restrição de liberdade tem por fim o bem dos próprios

¹⁴⁵ DWORKIN, 2002, p.182 - The following is a list of the kinds of interferences I have in mind as being paternalistic;

¹⁴⁶ DWORKIN, 2002, p.182 - The government requires people to contribute to a pension system (Social Security). It requires motorcyclists to wear helmets. It forbids people from swimming at a public beach when lifeguards are not present. It forbids the sale of various drugs believed to be harmful;

¹⁴⁷ RAMIRO AVILÉS, 2006, p. 250;

¹⁴⁸ DWORKIN *apud* MARTINELLI, 2009, p. 15;

consumidores. No caso de paternalismo impuro podemos citar o álcool, dado que, a restrição dos fabricantes visa a proteção de terceiros.

Apesar do posicionamento liberal, o filósofo americano concorda com algumas formas de paternalismo. No entanto, concorda que ninguém melhor que o próprio prejudicado para saber o que melhor lhe cabe. Do mesmo modo, não se deve buscar um benefício sob meios coercitivos, caso esta busca implique num mal superior ao beneficiado. *El contraste entre una actitud y otra perfila la disparidad entre el paternalismo autoritario y la razón liberal*¹⁴⁹.

Favorável, Quintas De Oliveira assegura:

Quando o uso de uma droga causar danos principalmente ao próprio consumidor, ao direito poderá caber um papel paternalista de proteção do consumidor, ainda que, possivelmente, contra a sua vontade. O comportamento de consumo poderá ser legalmente interdito com intuítos dissuasivos e a aplicação de medidas legais deve ter a intenção de ajudar o consumidor a proteger-se de si próprio. (QUINTAS DE OLIVEIRA, 2006, p. 50)

*Este deslizamento leva à noção de "Estado ético" que resume as instâncias políticas, econômicas e ético-culturais*¹⁵⁰. Por considerar legítimo proteger a liberdade do indivíduo e o bem-estar de todos, esta posição jurídico-paternalista proíbe o uso de drogas. Neste caso, o Estado impede a autolesão com o objetivo de proteger a própria pessoa que comete e sofre a ação concomitantemente. Garzón Valdés, na mesma esteira, salienta que: *La intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma es generalmente llamada "paternalismo" y desde la formulación radical de Mill, ha sido objeto de una no siempre fecunda discusión*¹⁵¹. Em regra, reduz-se a liberdade da pessoa que se quer proteger, seja por meios mais brandos ou por meios mais radicais. *Deste ponto de vista, o paternalismo exige que a escolha institucional seja imposta contra a vontade da pessoa afetada*¹⁵². O Paternalismo Penal, muitas das vezes, se mostra contraditório: **Se somos obrigados a usar cintos de segurança nos automóveis, porque nos autorizam andar em pé nos ônibus públicos?**

¹⁴⁹ ESCOHOTADO, 1998, p.295;

¹⁵⁰ FELICE, 2007, p.191-192 - Tale scivolamento conduce alla nozione di "stato etico" che riassume in sé le istanze politiche, economiche ed etico-culturali;

¹⁵¹ GARZÓN VALDÉS, 1988, p.155;

¹⁵² TROUT, 2005, p.409 - On this view, paternalism requires that the institutional choice be imposed against the will of the person affected;

Ora, a concepção de ruim para um indivíduo pode não surtir este mesmo sentimento nas outras pessoas, pois o conceito de nocividade para uns, pode não ter o mesmo significado para outros. Nesse sentido, Lanuza contesta: *Mas, se as preferências das pessoas não têm importância, como podemos saber, objetivamente, o que as beneficia? De onde é que isto está a ser deduzido?*¹⁵³

Como bem observou Zorrilla:

Nem o consumo de drogas supõe uma violação dos direitos humanos de outros (a aceitação de que o Estado tem direito a intervir para proteger os direitos humanos do próprio indivíduo levar-nos-ia a uma espécie de mundo invertido), nem as penas são proporcionadas ao dano causado, nem, sobretudo, evitam a produção de efeitos perversos que agravam a situação social dos próprios consumidores e, logo, de toda a coletividade¹⁵⁴.

No que se refere ao paternalismo penal na proteção social contra as drogas ilícitas, torna-se necessário analisar outras formas de abrigo, como por exemplo, a informação ou o conselho como forma menos agressiva à liberdade de escolha do protegido. *Se fornecermos informação o suficiente para às pessoas, elas evitarão usar drogas*¹⁵⁵.

É inegável, como registra Becker:

Podemos entender melhor o contexto social das experiências com drogas mostrando como seu caráter depende da quantidade e tipo de conhecimento a que a pessoa que toma a droga tem acesso. Desde que a distribuição do conhecimento é uma função da organização social dos grupos nos quais as drogas são usadas, as experiências com drogas variam de acordo com as variações na organização social. (BECKER, 1977, p.181).

Ninguém pode obrigar uma pessoa a se proteger contra as experiências ofensivas, das quais, facilmente poderia livrar-se sozinho. *E essa pessoa não é qualquer pessoa, mas apenas aquela concreta pessoa na sua individualidade*¹⁵⁶. O Estado, por meio do Direito Penal, obriga as pessoas a

¹⁵³ LANUZA, 1999, p.439; But, if people's preferences do not in any way count, how can we know what objectively benefits them? Where is it to be deduced from?

¹⁵⁴ Revista do Ministério Público – 14º ano – JULHO/SETEMBRO, 1993, nº55 - Artigo: Legislação Simbólica e Administrativização do Direito Penal: a penalização do consumo de drogas – Autor: Carlos González Zorrilla, págs.78;

¹⁵⁵ GANERI, 2002, p. 74;

¹⁵⁶ ALBERGARIA, 2012, p.216;

aderirem a um estilo de vida que não seja próprio com o argumento de que todos devem viver de acordo com seus padrões de prudência.

Segundo Husak:¹⁵⁷

Em particular, tenho procurado demonstrar de como, no mínimo os três primeiros destes princípios, certamente refutam uma defesa paternalista de proscrição de drogas - o meu exemplo favorito de "hiper-criminalização". Em suma, os riscos que se corre pelo consumo de drogas ilícitas, raramente sobem acima do limiar onde estas passam a ser consideradas substanciais – embora a localização deste limite varie de pessoa para pessoa. (HUSAK - Penal Paternalism *in* COONS e WEBER, 2013, p.44)

Difundir a informação parece-nos menos agressivo à autonomia e à privacidade dos indivíduos, dando maior liberdade de escolha às pessoas e proporcionando-lhes maiores condições de optar com convicção. Pode-se identificar aqui a relevância da idéia segundo Becker: *Ele interpreta sua experiência de maneira adequada se aqueles que o preparam para os efeitos principais da droga lhe ensinar igualmente os prováveis efeitos colaterais e como lidar com eles*¹⁵⁸. Ademais, quem se julga superior adverte o mais fraco, informando-o sobre os seus eventuais atos e as respectivas consequências, como forma menos radical de interferir na liberdade do protegido. *Las personas que no tienen poder están en una situación bastante diferente. Si no tienen protección, o non son fuertes, el reparto de dolor no es una elección tentadora*¹⁵⁹.

Becker, ainda observa que:

Podemos entender melhor o contexto social das experiências com drogas mostrando como seu caráter depende da quantidade e tipo de conhecimento a que a pessoa que toma a droga tem acesso. Desde que a distribuição do conhecimento é uma função da organização social dos grupos nos quais as drogas são usadas, as experiências com drogas variam de acordo com variações na organização social. (BECKER, 1977, p. 181)

¹⁵⁷ In particular, I have sought to show how at least the first three of these principles almost certainly refute a paternalistic defense of drug proscriptions – my favorite example of over criminalization. Briefly, the risks one incurs to oneself by using illicit drugs rarely rise to the threshold where they should be considered to be substantial – even though reasonable minds differ about where this threshold is located.

¹⁵⁸ BECKER, 1977, p.187;

¹⁵⁹ CHRISTIE, 1984, p.113;

Exalta-se o princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade do Direito Penal, uma vez que, a mera advertência é o meio mais adequado no tratamento deste problema. Desta forma, a informação seguramente é a forma mais apropriada de resguardar o desprotegido.

7. CONTRATO SOCIAL OU CONTRATUALISMO

*“Coragem ou atitude movida a álcool ou drogas,
não é coragem muito menos atitude”.*

Cello Vieira

Para viver em sociedade, é indispensável que cada indivíduo se obrigue a observar uma linha de conduta pessoal para com os outros. *Conocemos asimismo una especie de "mirada sancionadora" frente a la cual agachamos la cabeza*¹⁶⁰. Tal conduta consiste, primeiramente, em não prejudicar os interesses dos demais, expressa declaração legal ou tácito entendimento. No entender de Beccaria: *Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad*¹⁶¹.

Baratta, explica que:

Del principio utilitarista de la máxima felicidad del mayor número y de la idea del Contrato Social se sigue que el criterio de medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica, mientras la exclusión de la pena de muerte se hace derivar por Beccaria de la función misma del Contrato Social, con la cual ella contrastaría lógicamente, ya que es impensable que los individuos pongan espontáneamente en el depósito público no sólo una parte de su propia libertad, sino su existencia misma. (Baratta, 2004, p.26)

¹⁶⁰ HASSEMER, 2003, p. 9;

¹⁶¹ BECCARIA, 1993, p. 59;

*Dever social é a denominação para a relação entre o obrigado e um beneficiário*¹⁶². Desta forma, quando um indivíduo, com a sua conduta, afeta os interesses alheios, a sociedade tem legitimidade para intervir, manifestando-se de acordo com o interesse geral. Entretanto, quando, em absoluto, a conduta do agente não interfere no direito alheio, não há motivos para intervenção estatal.

El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Aquel que pretende ser tratado como ciudadano debe dar en cambio una cierta garantía cognitiva de que va a comportar-se como ciudadano. (JAKOBS, 2004, p.43)

Implicitamente, as pessoas reconhecem a autoridade estatal aceitando e reconhecendo um conjunto de regras e parâmetros sociais, em troca gozam de algumas vantagens. Assim, o Contrato Social seria um acordo entre os membros da sociedade e seus governantes. Do contrário, as ações dos indivíduos estariam limitadas apenas pelo seu próprio poder e consciência moral. *Estos valores son necesarios para el mantenimiento de la sociedad, reflejan, por consiguiente, un orden natural que debe existir en toda sociedad*¹⁶³.

Muñoz Conde, utilizando as considerações de Freud, aduz:

Según FREUD, en alguna parte de la psique humana se forma desde la niñez un órgano de control que vigila las propias emociones y rige la conducta de del hombre conforme las exigencias del mundo circundante. (MUÑOZ CONDE, 1984, p.32)

Cândido Agra, com arrimo em Hirschi, explica que o ser humano é um delinquente por natureza e, se as pessoas fossem livres para atuar por livre arbítrio, delinquiriam constantemente. *É, aliás, este o sentido da inversão, operado por Hirschi, do esquema explicativo da criminalidade: trata-se, antes, de saber por que é que somos nós normais e respeitamos as normas sociais, do que saber por que é que os outros são delinquentes*¹⁶⁴. O homem possui uma agressividade natural, de forma que, a sua tolerância emana do controle

¹⁶² JAKOBS e MELIÁ, 2003, p. 325;

¹⁶³ LARRAURI, 1991, p.78;

¹⁶⁴ AGRA, 2012; p.516;

social imposto pelo Estado. A tendência humana é a de viver primitivamente, só não o faz, porque é impedido pelas regras da vida em comum. Christie adverte que: *Éste es el mensaje que se trasmite por medio del sistema educacional sin intención de hacerlo (de hecho, sin que nadie se dé cuenta necesariamente de que se está impartiendo)*¹⁶⁵.

A sociedade deve ter parte da sua liberdade restringida para o próprio bem. Ou seja, é necessário uma força maior, com autoridade centralizada, que possa assegurar a segurança interna da vida em comum. Hobbes, Locke e Rousseau foram os filósofos de maior expressão a estudar o Contrato Social, difundido entre os séculos XVI e XVIII.

Com efeito, o próprio Rousseau destaca:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo Contrato Social. (ROUSSEAU, 1999, p. 20-21)

O crime não é uma realidade ontológica: apenas é definido como tal, porque o poder público assim o determinou. De acordo com o paradigma do Contrato Social, os homens devem conceder parte da sua liberdade em favor do Estado, em troca da garantia de liberdade, igualdade e dignidade. Para Muñoz Conde: *La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad, aunque en su última fase sea individual, es decir, incida en el individuo en concreto*¹⁶⁶. Portanto é bilateral - enquanto cabe ao indivíduo cumprir as leis, o Estado se compromete a garantir, aos cidadãos, uma vida digna.

Sobre o assunto, Zaffaroni argumenta:

Para eso, entregaron el poder para alguien, pero lo dejaron sometido al contrato. A éste lo deben obedecer aunque no les guste lo que haga, pero cuando se niega el contrato y viola esos derechos anteriores reintroduciendo el Estado de incerteza previo, allí tienen el derecho de resistencia al opresor (ZAFFARONI, 2011, Revista: La Cuestión Criminal. N° 5, p. IV)

¹⁶⁵ CHRISTIE, 1984, p. 59;

¹⁶⁶ MUÑOZ CONDE, 1984, p. 34;

*El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social*¹⁶⁷. Os problemas causados pelo consumo de drogas geram uma pressão social para que o Estado tome medidas ante ao problema. Neste contexto, o Contrato Social considera que as substâncias psicoativas ganham a sua importância dependendo do modo como a sociedade define os seus consumidores e, a partir daí, a eles reage. Segundo Bacigalupo: *En este sentido, el derecho penal es un instrumento de control social que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad*¹⁶⁸. O uso de drogas é visto como um comportamento que se desvia do normal e que deve ser encarado e tratado como qualquer outra conduta desviante.

Com a mesma abordagem, Agra, que resume:

Em síntese, verificou-se que todos os indivíduos apresentaram uma desvinculação social (ligação à família, à escola e ao trabalho) crescente a par do aumento do consumo de drogas “duras” e da atividade delituosa. (AGRA, 2012, p.524)

*Hay tóxicos cuyo uso la sociedad tolera: el alcohol, el tabaco, los tranquilizantes o cualquier psicofármaco, como también el consumo de tóxicos involuntarios, cuyos efectos nocivos se aceptan como riesgo permitido pela sociedad moderna, sin que interese el punto de vista del ciudadano*¹⁶⁹.

Ainda com Zaffaroni:

Dentro de esta concepción del mundo y aunque no lo expresaran claramente, se entendía que el delito era una violación contractual que se debía indemnizar, para lo cual se privaba al infractor de su trabajo como mercancía (que podía ofrecer en el mercado). (ZAFFARONI, 2002, p.287)

A principal relação do Contrato Social com as drogas consiste em colocar certas substâncias fora do alcance do público, protegendo e vigiando os indivíduos por meio de medidas legais que controlam o acesso à droga. Em síntese, de acordo com Teresa Brito, o Contrato Social: *Considera-se censurável socialmente o consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, desde logo pela quebra da responsabilidade individual de cada*

¹⁶⁷ BACIGALUPO, 1996, p. 1;

¹⁶⁸ *Ib Idem*, 1996, p. 1;

¹⁶⁹ ZAFFARONI, 2002, p.763;

*cidadão perante os outros*¹⁷⁰. O objetivo central, nesta perspectiva, é tratar o uso de maneira preventiva, visando diminuir a aceitação social da droga.

8. UTILITARISMO PENAL

*Não uso drogas, nunca fumei e nunca tomei um porre.
Apesar de parecer estranha para uma garota da minha idade, eu afirmo:
Sou normal e faço parte do planeta terra!*

Franciane Costa

Sob um ponto de vista crítico do Direito Penal, o Utilitarismo procura avaliar as ações do Estado buscando sempre o bem-estar máximo para o maior número de pessoas possíveis. *Isto não rejeita a ideia de que o bem-estar é particularmente importante para o utilitarismo. Na verdade, a concepção de bem-estar é um componente essencial de qualquer teoria utilitarista*¹⁷¹. O utilitarismo, não fosse pelo fato que exclui as penas socialmente inúteis, é, resumindo, o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado¹⁷².

Barberis¹⁷³, sintetiza:

Il primo aspetto notevole dell'opera di Bentham è l'utilitarismo: filosofia o etica normativa per la quale la giustizia di azioni o istituzioni va giudicata sulla base delle loro conseguenze (consequenzialismo), o meglio sulla base del contributo di queste all'utilità, al benessere o alla felicità universali (utilitarismo in senso stretto). (BARBERIS, 2004, p. 97)

A abordagem utilitarista fixa a sua essência na ética moral da conduta humana, analisando as consequências destas ações e os seus reflexos para a sociedade, a fim de impedir resultados indesejados. *No Direito Penal, este*

¹⁷⁰ BRITO, 1991, pp. 43-44;

¹⁷¹ CRISP, 1996, p.20; This is not to deny that the idea of welfare is particularly important in utilitarianism. Indeed, some conception or theory of welfare is one essential component of any utilitarian theory

¹⁷² FERRAJOLI, 2002, p. 209;

¹⁷³ O primeiro aspecto notável da obra de Bentham é o utilitarismo: filosofia ou ética normativa pela qual a justiça de ações ou instituições deve ser julgada com base em suas consequências (consequencialismo), ou melhor, a partir da contribuição destes serviços públicos, bem-estar ou a felicidade universal (utilitarismo em sentido estrito). (tradução nossa)

*nexo entre o utilitarismo, contratualismo, convencionalismo e racionalismo se revela na fundação das proibições e das penas enquanto “instrumentos” de tutela dos cidadãos*¹⁷⁴.

Mantovani ¹⁷⁵ destaca que:

La quarta ideologia è quella, utilitaristica, dela droga come strumento per debilitare e destabilizzare, attraverso la corruzione dela gioventù, in verità già sufficientemente corrotto, per procurare finanziamenti per l’acquisto di armi e la rivoluzione nel terzo mondo, per disporre di un ulteriore strumento di propaganda política contro il capitalismo. (MANTOVANI, 2008, P.990)

Esta teoria defende que as pessoas devem sempre buscar o bem-estar absoluto. *A tarefa do utilitarismo é buscar o comportamento a ser evitado pelo direito penal e criminaliza-lo*¹⁷⁶. Neste contexto, o utilitarismo penal insiste na qualidade coletiva visando garantir que os indivíduos ajam de acordo com as regras sociais. Desta forma, rejeita o individualismo afirmando que a ação só é moralmente correta a partir do momento que promover a felicidade geral. Aliás, o argumento que favorece a criminalização do tráfico de drogas tem fundamento utilitarista. *Do pensamento utilitarista que depois subiu ao patamar mais refinado, subtil e superior do chamado funcionalismo sistémico*¹⁷⁷. Pois se, a maioria da sociedade entende que o uso de drogas é prejudicial, então o bem comum a ser atingido pela norma é a proibição do tráfico. Portanto, aquela minoria que deseja a liberação das drogas deve sucumbir a aquilo que se entende melhor para a maioria. De modo geral, o Direito Penal busca o bem-estar máximo e a convivência pacífica da sociedade.

O argumento utilitarista, como regra, não leva em consideração o bem jurídico que se quer proteger individualmente. Portanto, como doutrina consequencialista, o utilitarismo considera os efeitos do consumo de drogas na sociedade em geral, considerando corretas as ações cujas consequências são benéficas para a maioria.

¹⁷⁴ FERRAJOL, 2002, p. 209;

¹⁷⁵ A quarta ideologia é aquela utilitarista da droga como um instrumento para debilitar e desestabilizar, através da corrupção da juventude, na verdade já suficientemente corrupta por fornecer financiamento para a aquisição de armas e para a revolução no Terceiro Mundo, afim de dispor de um ulterior instrumento de propaganda política contra o capitalismo.

¹⁷⁶ MARTINELLI, 2010, p. 67;

¹⁷⁷ FARIA COSTA, 2005, p.213;

Merece destaque as palavras de Ferrajoli:

De outra parte é um utilitarismo, *ex parti populi* que marca a filosofia penal de origem contratualista e iluminista, e que tem como ponto de referência o bem-estar e a utilidade, não mais dos governantes, mas sim, dos governados. (FERRAJOLI, 2002, p. 210)

Para esta teoria, uma ação só é considerada moralmente correta se dela resultar a maior felicidade possível. *Mais ce n'est pas en lui-même un outil de décision. Ce serait là un contresens sur l'utilitarisme*¹⁷⁸. De maneira que, antes de tomar qualquer decisão, o indivíduo precisa buscar quais serão as consequências dos seus atos e, a partir daí, saber se a resultante será a o bem comunitário. A teoria utilitarista foi concebida inicialmente pelos ingleses Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873).

Crisp¹⁷⁹, mencionando a significativa lição de Bentham, aduz:

Bentham apresenta uma teoria sobre o bem-estar. Segundo ele, o bem-estar consiste apenas das experiências vividas. Tudo o que acontece além da sua consciência e que não é perceptível não pode influenciar o seu bem-estar. (CRISP, 1996, p. 21)

Bentham faz uma analogia entre o prazer e a dor, afirmando que o bem-estar consiste em gozar dos prazeres da vida. Para o autor, dor é consequência de atos indesejados pela sociedade e uma forma de retribuição proporcional às condutas contra a felicidade alheia. Trata-se de uma referência às consequências da pena, as quais trazem dor física e moral ao apenado.

Bacigalupo, estudioso de Liszt, assinala: *Las transformaciones que se impulsaban intentaron dar a la pena una función "finalista" (VON LISZT), es decir, "utilitaria", por oposición a la concepción dominante de los "clásicos"* ¹⁸⁰. Em suma, o utilitarismo penal discute os propósitos da pena, sugerindo que a esta tem um propósito retributivo e reparador de prevenir e reeducar. Sob este enfoque, afirmam que o castigo deve ser segregativo, satisfazendo o desejo de vingança social. O seu objetivo seria então, acabar com as instabilidades

¹⁷⁸ AUDARD, 1999, p.53; Mas isso não é por si só uma ferramenta de decisão. Esta seria uma má interpretação do utilitarismo;

¹⁷⁹ Bentham offers an experience account of welfare, according to which your welfare consists only in experiences that you have. Anything that happens beyond your conscious awareness and does not affect that awareness cannot affect your welfare.

¹⁸⁰ BACIGALUPO, 1996, p.43;

institucionais, excluindo e neutralizando os delinquentes através da sua função última de bem-estar máximo para os seus associados.

Por fim, o foco do utilitarismo penal consiste na construção da felicidade por meio da lei e da ordem. *Acima de tudo, pretende-se assegurar a defesa e a proteção da sociedade perante os custos sociais e económicos do consumo de droga*¹⁸¹. De forma que, surge daí a missão dos legisladores em promover a prosperidade social, punindo e reprimindo se for necessário. *Pode-se sintetizar a visão utilitarista do direito penal da seguinte maneira: um comportamento deve ser proibido se o resultado que se quer evitar é indesejado pela sociedade*¹⁸².

9. DIREITO PENAL DO INIMIGO

“A praga do narcotráfico exige um ato de coragem de toda a sociedade”.
Papa Francisco

Um das questões mais controversas e discutidas no meio jurídico-criminal, principalmente no que se refere ao consumo de drogas ilícitas, é saber o que tem levado a sociedade contemporânea ao endurecimento das políticas criminais. *Olhando para outras jurisdições, quando uma questão social de interesse particular relacionada com alguma lei criminal surge, muitos governos reagem com “políticas de emergência” ou “políticas de tolerância zero”*¹⁸³. Diante disto, interessa-nos identificar a teoria do direito penal do inimigo e a sua relação com os dependentes químicos. Hassemer, partindo desta concepção: *El terrorismo y el tráfico de drogas han hecho surgir el concepto de "criminalidad organizada" como una especie de detritus social que los expertos policiales presentan con connotaciones especiales*¹⁸⁴.

Neste contexto, percebe-se que a razão para o endurecimento penal vem de atos de grande reprovabilidade por toda a sociedade. *Seleccionado o*

¹⁸¹ BRITO, 1991, p. 44;

¹⁸² MARTINELLI, 2010, p. 67;

¹⁸³ DOMOSTAWSKI, 2011, p. 23;

¹⁸⁴ HASSEMER, 1999, p. 40;

*público-alvo (inimigo: criminoso político ou comum), deflagra-se a lógica da guerra permanente*¹⁸⁵. Neste cenário, a divisão das Nações Unidas Contra a Droga e o Crime, entende o seguinte:

Por el contrario, alineadas contra esas fuerzas constructivas, cada vez en mayor número y con armas más potentes, se encuentran las fuerzas de lo que denominó la “sociedad incivil”. Se trata de terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. (NAÇÕES UNIDAS, New York, 2004, III)

A tendência evolutiva em matéria penal revela a insegurança mundial em razão do surgimento do “Direito Penal de risco”, tendo como consequência o sacrifício dos direitos fundamentais. *A programação dos sistemas repressivos na história da humanidade é caracterizada pela inflexível e duradoura prática de violências arbitrárias*¹⁸⁶.

Larrauri recorda:

A partir de 1975 *La criminología crítica* parece iniciar una nueva época. Terminada la guerra del Vietnam, finalizado el impacto del Mayo del 68, con la presencia de gobiernos conservadores, el surgimiento del terrorismo, nuevas formas delictivas de violencia racial, ataques a mujeres, etc., el panorama con el que se enfrentan los nuevos criminólogos es distinto. (LARRAURI, 1991, p. 187)

Ainda nas sábias palavras de Larrauri: *Análogas reflexiones comportó la aparición del terrorismo*¹⁸⁷. O terrorismo é um mal surgido no século passado, o qual vem surtindo mudanças na segurança mundial. É caracterizado por instalar episódios de intolerância religiosa, política e ideológica através do terror, o qual vem suscitando uma série de discussões sobre como evitá-lo. Moccia completa dizendo: *Tanto es así que, aun en épocas caracterizadas por una política criminal inspirada en el terrorismo represivo, no se renunciaba, al menos en el plano formal, al requisito de la presencia de la voluntad, a los fines de la punibilidad del hecho*¹⁸⁸.

Neste clima, a geopolítica mundial começa a sofrer significativas modificações em função do desenrolar destes acontecimentos, os quais, o tráfico de drogas está intimamente ligado. As mudanças legislativas da

¹⁸⁵ CARVALHO, 2013, p. 96;

¹⁸⁶ *Ib Idem*, 2013, p. 143;

¹⁸⁷ LARRAURI, 1991, p. 147;

¹⁸⁸ MOCCIA, 2003, p. 4;

sociedade refletem esta sensação de insegurança. Hassemer chama a atenção para um ponto relevante: *Este efecto consistía en la obstinada negativa a satisfacer los intereses político-criminales de intimidación y tratamiento, cuando podían producir un castigo desproporcionado del condenado*¹⁸⁹. Neste contexto, surge o Direito Penal com a missão de resguardar a sociedade daqueles que desrespeitam as normas sociais. É notório, como explicam Rusche e Kirchhaimer: *Se trata pues, primero que nada, de vencer al enemigo interno, de aniquilarlo*¹⁹⁰. Foi com este panorama de insegurança emergencial, que o Direito Penal declarou guerra ao terrorismo e ao crime organizado. Sobretudo, devido ao tráfico de drogas, surge a Expansão do Direito Penal, termo utilizado pela primeira vez por Silva Sanchez conforme cita MELIÁ:

Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años puede resumirse en el concepto de la “expansión” del Derecho penal”. En efecto, en el momento actual de convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual en las legislaciones penales del “mundo occidental” está en la aparición de múltiples nuevas figuras a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reformas de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores. (SILVA SÁNCHEZ *apud* JAKOBS e MELIÁ, 2003, p. 62-64)

O próprio Silva Sánchez completa: *Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían – o no con la misma incidencia -, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas*¹⁹¹. Esta expansão, a qual se refere Sánchez, está ancorada no modelo de Contrato Social de Rousseau, precisamente em razão da necessidade crescente de um direito penal mais protetor. Neste contexto, nasce o Direito Penal de risco, conforme esclarece Figueiredo Dias: *A adequação do direito penal à “sociedade de risco” implica por isso uma nova política criminal, que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientados da ação humana na vida comunitária*¹⁹².

¹⁸⁹ HASSEMER, 1999, p.53;

¹⁹⁰ RUSCHE e KIRCHHAIMER, 1984, (Juan Bustos Ramírez - Estructura jurídica y Estado en América Latina, p. LV);

¹⁹¹ SÁNCHEZ, 2001, p. 25;

¹⁹² FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 135;

Figueiredo Dias completa dizendo:

Anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir **riscos globais** ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*. (FIGUEIREDO DIAS, 2007, P.135)

A partir destas concepções, surge a teoria do Direito Penal do Inimigo, criada por Jakobs em 1985, a qual implica no tratamento severo aos transgressores habituais da sociedade. No entender de Escotado: *La propuesta era no ceder ante la contumacia popular, consiguiendo que todo traficante o usuario de opio (tanto chino como extranjero) fuese efectivamente estrangulado*¹⁹³. *Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos*¹⁹⁴.

Figueiredo Dias menciona a significativa lição de Jakobs:

“...sustenta ele que o direito penal do cidadão, aplicável a todos os que pertencem a uma “comunidade legal”, não deve valer para aqueles que se recusam a participar nela, tentando obter a aniquilação dessa comunidade (os “terroristas”) ou violando repetida e persistentemente as normas que os regem (os “delinquentes por tendência perigosos”). (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p.36)

Este banimento, considerado por muitos uma violação grave aos Direitos Humanos, põe em causa a limpeza social exercida pelo poder público, que excluí os menos favorecidos do convívio social. Figueiredo Dias menciona a brilhante observação de Pedro Caeiro:

Ao sustentar que o inimigo não deve ser tratado como pessoa, Jakobs normativiza por completo aquele que é o arrimo último do Estado de Direito: a pessoa deixa de ser *substantiva*, dotada de realidade própria por força do nascimento, para passar a ser um *atributo eventual*, algo de semelhante à *persona* romana e ao *subjectum* medieval – pessoa é, então, não a pessoa humana, mas ‘aquilo que se predica de cada indivíduo na cidade’. (CAEIRO *apud* FIGUEIREDO DIAS, 2007, p.36)

Baumann, um dos estudiosos de Jakobs, recorda que o Direito Penal do inimigo, anseia o banimento daqueles considerados um perigo social,

¹⁹³ ESCOHOTADO, 1998, p. 395-396;

¹⁹⁴ JAKOBS e MELIÁ, 2003, p. 86;

insistindo na perda do *status* de cidadão para os desertores. *La consecuencia jurídica de la violación del precepto era uniforme (expulsión de la casta, segregación de la comunidad jurídica)*¹⁹⁵.

Zaffaroni recorda:

Prácticamente a lo largo de todo el siglo XX se siguió viviendo esta lucha entre el derecho penal liberal y el derecho penal autoritario. Los *Täterpyten* se reprodujeron, tales como reincidentes habituales, enemigos del pueblo, enemigos de la nación, parásitos, enemigos del proletariado, subversivos, drogadictos e etc. (ZAFFARONI, 1993, pp. 90-91)

Aquele que ameaça reiteradamente as leis da sociedade e infringe o Contra Social, deixa de ser um cidadão e passa a ser tratado como inimigo. *Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo*¹⁹⁶. Desta maneira, o excluído passa a não usufruir dos benefícios, de forma que perde sua natureza de cidadão. *Segundo Meliá, o direito penal do inimigo de Jakobs se baseia em três princípios principais: antecipação da punição, desproporcionalidade das penas, supressão de certas garantias processuais e a criação de leis mais severas direcionadas aos terroristas, drogados e etc.*¹⁹⁷

Sob este enfoque, Mantovani¹⁹⁸ explica:

Il Diritto Penale del nemico, così dolorosamente presente nella storia umana, è riemerso come oggetto del dibattito penalistico contemporaneo per la ritenuta emersione della categoria del nemico nella politica criminale anche attuale ed interna allo stesso sistema penale. (MANTOVANI, 2008, p.1183/1184)

*A certeza do Direito Penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia ao contrário, no critério oposto, mas igualmente subjetivo in dubio contra reum. Indica uma aspiração autoritária*¹⁹⁹. Através desta linguagem, o Estado limita as garantias constitucionais dos seus inimigos com

¹⁹⁵ BAUMANN, 1973, p. 2;

¹⁹⁶ JAKOBS, 2004, p. 43;

¹⁹⁷ JAKOBS e MELIÁ, 2003, pp. 79-81;

¹⁹⁸ O Direito Penal do inimigo, tão dolorosamente presente na história da humanidade, ressurgiu como tema de debate para retenção penal contemporânea com o surgimento da categoria do inimigo na política criminal interna presente no sistema penal. (tradução nossa)

¹⁹⁹ FERRAJOLI, 2002, p. 83;

penas mais elevadas. O Estado não dialoga com seus inimigos, mas ameaça-os com penas drásticas e desproporcionais. *Las necesidades del grupo dominante en su lucha por mantenerse en el poder relegaron toda otra consideración, para concentrarse en una represión sin precedentes dirigida a los opositores-enemigos políticos*²⁰⁰. Por fim, Figueiredo Dias, lembra as idéias de Silva Sánchez:

Silva Sánchez faz agora notar que os binómios “inimigo/cidadão” e “não-pessoa/pessoa” se não confundem necessariamente. É, diz, “em teoria possível a sua combinação, dando lugar a um ‘direito penal dos cidadãos para pessoas’ e a um ‘direito (penal) dos cidadãos para não pessoas’; e a um ‘direito (penal) de inimigos para pessoas, assim como a um direito (penal) de inimigos para não pessoas”. Absolutamente inadmissível seria só a recusa de proteção penal ao “**excluído**” – tido como “não pessoa”, caso do feto face a uma interrupção voluntária da gravidez que seja legalmente considerada como não punível - , não necessariamente ao “inimigo” – os inimputáveis especialmente perigosos (máxime, terroristas) – que “não é considerado, realmente, em termos absolutos, ‘não pessoa para o Direito”. (SÁNCHEZ *apud* FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 37)

Finalizando a reflexão sobre esta teoria, compreende-se que a repressão não é o melhor caminho: tratar os consumidores como inimigos não traz resultados convincentes. *Levado para um mundo de ligações subterrâneas e para o crime a fim de satisfazer o seu hábito, começa a sentir-se, inimigo da sociedade, ou pelo menos a sociedade como sua inimiga*²⁰¹. *Ao criminalizar o uso de drogas, o Estado afasta este indivíduo doente da sociedade, o que nos remete à terceira velocidade do direito pena*²⁰².

²⁰⁰ RUSCHE e KIRCHHAIMER, 1984, p. 253;

²⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, 1995, p. 14;

²⁰² A Terceira Velocidade do Direito Penal tem respaldo na teoria do doutrinador alemão Günter Jakobs, denominada Direito Penal do Inimigo. Os então chamados de inimigos perderiam o direito a uma série de garantias constitucionais. Por se considerar estes seres como incapazes de adaptar-se às normas da sociedade, deveriam ser afastados, separados, excluídos, deixando-os sob a tutela do Estado, retirando destes indivíduos o status de cidadão. Acesso em 23-04-2013 às 11h30min, através do site: <http://jus.com.br/revista/texto/18603/discutindo-a-terceira-velocidade-do-direito-penal>

10. LABELING APPROACH: Os Reflexos do Proibicionismo e da Repressão aos Dependentes químicos

“Eu comprei uma arma e escolhi drogas ao invés dela”.

Kurt Cobain

Diante de todo o exposto anteriormente, torna-se importante refletir sobre as consequências do pensamento proibicionista. É de notar que, com a exclusão social, os indivíduos são rotulados negativamente perante a sociedade. Neste contexto, surge a perspectiva de maior expressão na década de sessenta, que, sem sombra de dúvidas foi *Labeling Approach*.

Antes desta teoria, os fatos eram baseados em conceitos biológicos, portanto, houve um abandono da linguagem anterior, a qual buscava as suas bases nas ciências naturais. Com uma abordagem naturalista, *Labeling* indagava como acontecia o processo de rotulagem nas pessoas, resultando numa mudança paradigmática do pensamento criminológico. *Labeling* é uma palavra inglesa cujo significado em português é *rotulagem* ou *etiquetagem* e, *Approach* significa *abordar* ou *abordagem*.

Assim, Hassemer observa:

La nueva escuela, que se pre ciaba de "crítica", y que tomó para sí el nombre de *labeling approach*, resumía a sus antecesoras con el estigma de "etiológicas" y les objetaba que, fijadas en la búsqueda de los factores de la criminalidad, hubieran pasado por alto que no se puede dar criminalidad sin criminalización: la criminalidad sería (también) resultado de procesos de definición social y estatal, sería no una realidad meramente dada en forma previa sino construida por el hombre y las instituciones. (HASSEMER, 2003, p.55-56)

Volta-se a atenção para um novo problema, com uma abordagem inédita, que afirma não ter relevância o significado de crime e criminalidade. *Tal modelo tendeu, a partir dos anos 60, a dar lugar a um novo esquema explicativo que faz intervir o tempo ou a história individual e coletiva na explicação criminológica*²⁰³. A atenção é desviada da visão positivista das peculiaridades do criminoso para o processo de criminalização e o modo como as pessoas e as ações são definidas como criminosas. *A abordagem da teoria*

²⁰³ AGRA, 2012; p.516;

da rotulagem oferece toda uma nova série de conceitos, analisa uma vasta gama de fatos e promove o estudo de conservação²⁰⁴.

Kaiser, por sua vez, destaca:

El considera la criminalità come presente ovunque e in egual misura distribuita, di modo che è soltanto attraverso le istanze del controllo sociale che diviene ancora possibile una selezione e un formale etichettamento del delinquente. (KAISER, 1985, p.98)

O crime passa a ser considerado um mero subproduto do controle social e o indivíduo se torna um delinquente, não porque tenha realizado uma conduta negativa, mas porque a sociedade o etiquetou como tal. *A criminologia passou a interessar-se também pelas componentes internas e pelo relacionamento existente entre os órgãos formais de controle e a coletividade*²⁰⁵. Para alguns, a teoria de *Labeling* deixa de ser uma teoria da criminalidade e passa a ser uma teoria da criminalização.

Howard Becker, autor do livro *Outsiders*, esclarece:

Quero dizer, isso sim, que *grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cujas infrações constituem desvio*, e ao aplicar essas regras às 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. (BECKER, 2008, p. 22).

A inédita teoria explicativa do comportamento viu a criminologia de forma peculiar, superando o paradigma etiológico tradicionalista, transformando totalmente o estilo até então desenvolvido pelo positivismo.

Larrauri, adepta da criminologia crítica, leciona que:

Com a expressão "mudança de paradigma" descreve, por conseguinte, uma virada no objeto em estudo: estudar o delinquente e as causas do seu comportamento (paradigma etiológico) se estuda os "órgãos de controle social" que tem por função controlar e reprimir a desviação (paradigma da reação social). Estes órgãos de controle social abarcam desde assistentes sociais, até a polícia, juizes, psiquiatras e etc. (LARRAURI, 1992, p. 28)

²⁰⁴ KAISER, 1985, p.98;

²⁰⁵ PIOARES, 1998, p.92;

Não se trata de discutir uma criminalidade em si, mas o processo de criminalização que atribui o *status* de “criminoso” aos indivíduos. *Dirigem sua atenção aos processos de conversão dos indivíduos em desviados ou, que dá no mesmo, em processos de criação de delinquentes*²⁰⁶. A teoria da etiquetagem revelou que o funcionamento do sistema punitivo gera desigualdades e marginaliza os indivíduos. O Poder punitivo criminaliza as pessoas mais vulneráveis que se enquadram no estereótipo de delinquente. A seletividade aumenta em relação aos usuários de drogas, com maior polarização do estigma e, conseqüentemente são reduzidas as chances de ascensão social. As regras são geralmente definidas por grupos da sociedade que escolhem o que é certo e o que é errado.

Assim, Hassemer explica que:

Ainda com maior força que estas teorias etiológicas criminológicas, acentuam as teses “definicionistas” o papel de vítima que desempenha o delinquente: seu delito não se considera por essas teorias como uma lesão responsável de interesses alheios, senão como “atribuição” por parte das “instancias formais de controle social” (política, Ministério Público, Tribunais de Justiça). Desde este ponto de vista, a vítima desaparece por completo e seu lugar é ocupado pelo Estado definidor e o “delinquente estigmatizado”. (HASSEMER, 1989, p. 30).

As leis são criações de grupos sociais específicos, ou seja, as sociedades não são organizações simples em que todos concordam quanto ao que são regras e como devem ser aplicadas em situações específicas. De forma que, o desvio não é uma realidade ontológica pré-constituída, como sendo uma realidade natural já trazida com os seres humanos, mas uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não-oficiais de controle.

Isto é visível nas políticas de drogas, onde se criam as leis com base na moral e nos costumes conservadores daqueles que detêm o poder de legislar em nome da maioria. *Controlam sua própria variável dependente, visto que a definição de crime é decidida por atos político-legais em vez de por procedimentos científicos. É o Estado, não os cientistas que determinam a*

²⁰⁶ GARRIDO & STANGERLAND, 2006, p.390;

*natureza ou definição de crime*²⁰⁷. Uma mesma conduta pode ter diversas valorações, dependendo do sujeito que a comete. A possibilidade de ser “etiquetado” pelo sistema penal é diretamente proporcional ao pertencimento ou não de determinados grupos sociais.

10.1. Perspectiva Interacionista

Surge então uma explicação interacionista do fato delitivo, com a pretensão de explicar cientificamente os processos de criminalização. Os *representantes de Labeling Approach buscaram apoio em outra corrente sociológica que na década de setenta estava emergindo com força como era o interacionismo simbólico*²⁰⁸.

Identifica-se aqui, a relevância das idéias de Baratta:

Os criminólogos tradicionais formulam perguntas como estas: quem é criminoso? Como se chega ao desvio? Em que condições um condenado chega a reincidir? Com que meios se pode exercer um controle sobre o criminoso? Em contrapartida, os interacionistas, como a maioria dos autores que se inspiraram em *Labeling approach*, se perguntam: quem é definido como delinquente? Que efeito acarreta esta definição no indivíduo? Em que condições este indivíduo pode chegar a ser objeto de uma definição? Quem define quem? (BARATTA, 2004, p.87).

Estas perguntas conduziram a dois tipos de pesquisa: o estudo da formação da identidade desviante e do desvio secundário, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de criminoso sobre a pessoa. O interacionismo apareceu nos Estados Unidos e teve como principais mentores Howard Becker (1928) e Edwin Lemert (1912). Sempre com raízes nas idéias interacionistas do fundador George Herbert Mead (1863-1931).

Blumer, cita os pensamentos de Mead, que dizia:

Ele reconhece que a vida em grupo é a interação social, isto é, o agrupamento de indivíduos com as suas respectivas linhas de atividade contínua. O processo de interação social não é visto por Mead como uma mera implementação, por assim dizer, de supostos fatores determinantes que as pessoas trazem consigo ao entrarem em associação uns com os outros. Em vez disso, esta associação

²⁰⁷ HIRSCHI, 1990, p. 3;

²⁰⁸ LARRAURI, 1992, p.28;

tem um caráter próprio, que afeta vitalmente o funcionamento de tais fatores. Devido à importância que Mead atribui ao processo de interação social, é importante deixar claro como ele analisou o processo. (BLUMER e MEAD, 2004, p.18)

Originado na escola de Chicago, o interacionismo concentra o seu estudo na interação social e o significado que isso traz ao indivíduo. Ou ainda, a interpretação pessoal que o delinquente cria e os reflexos desse fenômeno. *Embora nascido na sociologia, o conceito de desviância traduz, fundamentalmente, as interações entre o indivíduo e a sociedade*²⁰⁹.

Segundo Becker,

Expressa de maneira mais geral, a questão é que o tratamento aos desviantes lhes nega os meios comuns de levar adiante as rotinas de vida cotidiana, acessíveis à maioria das pessoas. Em razão dessa negação, o desviante deve necessariamente desenvolver rotinas ilegítimas. (BECKER, 2008, p. 44 e 45).

Alguns dos seus conceitos são, particularmente, úteis no presente estudo. Com destaque, apresentam-se as reflexões e questionamentos em torno dos processos de controle social informal do uso de drogas.

Becker observou que:

No uso ilícito de drogas, os efeitos da experiência com drogas dependem dos laços sociais e entendimentos culturais que surgem entre aqueles que usam a droga. (...) Quando o uso de drogas é imposto às pessoas, os resultados refletem o exercício unilateral do poder no interesse da parte mais forte. (BECKER, 1977, p. 202).

O autor, ao pesquisar os usuários de maconha, abordou situações de autocontrole levadas a cabo pelos consumidores. Estes passavam por um aprendizado social para que pudessem ser reconhecidos e apreciados pelo grupo. Além disso, constatou os mecanismos de controle social dentro dos grupos e a necessidade individual de querer participar nestes. Para Baratta: *Según el interaccionismo simbólico, la sociedad esto es, la realidad social está constituida por una infinidad de interacciones concretas entre individuos, a quienes un proceso de tipificación confiere un significado que es abstraído de las situaciones concretas, y continúa extendiéndose por medio del lenguaje*²¹⁰.

²⁰⁹ AGRA, 2012; p.517;

²¹⁰ BARATTA, 1999, p.85;

Estudiosos do interacionismo simbólico investigaram como as pessoas criam significados durante a interação social, como eles se apresentam e constroem a sua própria identidade, e como são definidos nas situações de interatividade com outros. *Ele se baseia no conhecimento gerado nos grupos consumidores para organizar suas atividades de consumo e interpretar suas experiências com drogas*²¹¹.

O cidadão normal desenvolve estas atividades em distintos âmbitos e rodeados de pessoas diferentes: companheiros de trabalho, amigos e família. A instituição total substitui a todos estes, impõe sua cultura própria e troca o comportamento e a personalidade de seus internos. (GARRIDO, 2006, p.389 – Tradução nossa)

*Assim, a partir das trajetórias desviantes singulares de um conjunto de indivíduos que têm em comum consumir drogas e praticar delitos, esperamos encontrar trajetórias desviantes “tipo” que evidenciem as regularidades próprias da relação droga-crime*²¹². Neste processo, surgem algumas teorias que contribuíram profundamente nas pesquisas de *labeling*, entre elas, a identidade pessoal do indivíduo.

10.2. Identidade Pessoal

A construção do comportamento desviante desempenha um papel importante no processo de rotulagem. Cooley e Mead, explorando os fundamentos teóricos do interacionismo simbólico, tiveram significativa influência nos estudos de *labeling*. *Nosso sentimento de ser uma pessoa pode decorrer do fato de estarmos colocados numa unidade social maior, nosso sentimento de ter um Eu pode surgir através das pequenas formas de resistência a essa atração*²¹³. Esta teoria sugere que as pessoas absorvem, a partir de rótulos, como os outros vêem os seus comportamentos, ou seja, um indivíduo que é rotulado tem pouca escolha a não ser conformar-se.

²¹¹ BECKER, 1977, p. 188-189;

²¹² AGRA, 2012; p.521;

²¹³ GOFFMAN, 1974, p. 259;

Becker lembrou o argumento de Ray:

Ray mostrou, no caso dos adictos em drogas, como pode ser difícil fazer reverter um ciclo desviante. Assinala ele que os adictos em drogas muitas vezes tentam curar-se e que a motivação subjacente as suas tentativas é um esforço para tentar mostrar aos não-adictos cujas opiniões eles respeitam que eles não são tão ruins quanto se pensa. Ao quebrarem seu hábito com sucesso, eles descobrem, para seu desânimo, que as pessoas ainda os tratam como se eles ainda fossem viciados (aparentemente com base na premissa de que uma vez um viciado, sempre viciado). (RAY *apud* BECKER, 1977, p. 83)

De acordo com Mead, o *Eu* nasce na conduta, quando o indivíduo se torna um objeto social por sua própria experiência. Para o indivíduo, o *Eu* é uma terceira pessoa e a sua expressão na conduta para com outros é um papel a ser representado. *A resposta, para Mead, não é para ser procurada em um processo de maturação fisiológica, mas nos processos sociais de interação*²¹⁴. Se o desvio é uma não conformidade com as normas observadas pela maioria do grupo, a reação do grupo é rotular a pessoa como ofensor das suas normas sociais ou morais de comportamento. *Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzidas, podem determinar a percepção do Eu realmente com o "desviante" e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme essa imagem, marginalmente*²¹⁵.

Goffman esclarece:

O conceito de identidade social nos permitiu considerar a estigmatização. O de identidade pessoal nos permitiu considerar o papel do controle de informação na manipulação do estigma. A ideia de identidade do *eu* nos permite considerar o que o indivíduo pode experimentar a respeito do estigma e sua manipulação, e nos leva a dar atenção especial a informação que ele recebe quanto a essas questões. (GOFFMAN, 1963, p. 92).

A sociedade aproveita-se da rotulação para controlar e limitar o comportamento desviante, pois, aquele que tiver um comportamento contrário ao comum, torna-se um membro do grupo de pessoas excluídas. O estigma é geralmente o resultado de leis criadas contra o comportamento considerado anormal. *Na generalidade dos casos, estes indivíduos assumem um comportamento adequado no contexto prisional, porque possuem uma forte*

²¹⁴ BLUMER, 2004, p. 58;

²¹⁵ HULSMAN e CÉLIS, 1993, p.69;

*componente adaptativa*²¹⁶. A etiqueta negativa muitas vezes contribuiu para um maior envolvimento em atividades delinquentes, levando muitas vezes o indivíduo a adotá-lo como parte da sua identidade.

Segundo Alexandro Baratta: *El estatus social del delincuente presupone necesariamente, por ello, el efecto de la actividad de las instancias oficiales del control social de la delincuencia, de manera tal que no llega a formar parte de ese estatus quien, habiendo tenido el mismo comportamiento punible, no ha sido alcanzado aún por la acción de aquellas instancias*²¹⁷. Portanto, se a sociedade vê os indivíduos como perigosos, então uma pessoa que pode não o ser, mas que é rotulado como tal, poderá tornar-se perigosa. Para Romaní: *Con la contaminación que provoca de manera automática la identificación con "la droga", que se intensifica se a ella añadimos las palabras sida y África, se completa el círculo de la estigmatización*²¹⁸.

10.3. Desvio Secundário

Um dos autores mais significativos a tentar construir a definição de desvio foi Howard Becker em *Outsiders*. Para Becker, o primeiro passo na maioria das carreiras desviantes é o cometimento de um ato não apropriado, um ato que infringe algum conjunto particular de regras²¹⁹. Também contribuíram para desenvolvimento teórico deste paradigma, Lemert e Schur, que identificaram, na delinquência primária e secundária, a questão central do paradigma da reação social.

Baratta, com arrimo em Lemert, explica:

La pregunta relativa a la naturaleza del sujeto y del objeto en la definición de los comportamientos desviados ha orientado las búsquedas de los teóricos del labelling approach en dos direcciones: una dirección ha conducido al estudio de la formación de la "identidad" desviada y de lo que se define como "desviación secundaria. (LEMERT *apud* BARATTA, 1999, p.87)

²¹⁶ AGRA, 2012; p.529;

²¹⁷ BARATTA, 1999, p.84;

²¹⁸ ROMANÍ, 1999, p.130;

²¹⁹ BECKER, 2008, p. 36;

Labeling se pauta nas noções de desvio secundário, bem como na existência das carreiras criminais. *Daí importa personalizar os processos de criminalização, primário e, sobretudo, o secundário reprogramando-se o direito de punir no sentido evolutivo num traçado que se funda na compreensão plena do acto e do actor*²²⁰. O desvio passa por duas fases distintas: o desvio primário e o desvio secundário. O primeiro surge de vários fenômenos sociais, culturais, físicos e psicológicos. Uma pessoa pode terminar dependente de drogas devido a uma extensa lista de fatores subjetivos, mas também devido a diversas influências sociais, tais como a morte de um ente querido ou a participação num grupo social que o induza.

Através de uma análise preponderante, Figueiredo Dias argumenta:

Estes comportamentos, por outro lado, pela estigmatização legal e social que lhe está associada, dão origem a condutas marginais e ilícitas conexas (criminalidade secundária), com particular incidência no âmbito da violência contra as pessoas, criminalidade patrimonial, da corrupção; e, inevitavelmente à institucionalização de mercados ilícitos do bem ou serviço ilegalmente transacionado, à organização de sindicatos do crime que os regulam e de associações criminosas que neles operam e movimentam os capitais aí produzidos. (FIGUEIREDO DIAS, 1995, p. 14)

Percebeu-se que o indivíduo não possui uma natureza imutável, mas sistematicamente influenciável pelo meio em que vive. *A perspectiva mais simples do desvio é essencialmente estatística, definido como desviante qualquer coisa que varie de forma muito ampla em relação à média*²²¹.

O criminólogo argentino Zaffaroni esclarece:

Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (parlamentos y ejecutivos) en tanto que lo programa que implican lo deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria (policía, jueces, agentes penitenciarios). ZAFFARONI, 2002, p.7

Diz-se, secundária, porque a delinquência é provocada, derivada ou surgida na sequência de um processo de *reação social*, e não da sequência de uma delinquência primária. *Labeling*, no entanto, não explica nem penetra no problema do primeiro desvio, aquele em que o agente é vítima da reação social. *Desta maneira, não pretende explicar porque é que as pessoas*

²²⁰ PIOARES, 1998, p.92;

²²¹ BECKER, 1977, p. 56;

cometem atos delinquentes, mas sim revelar as consequências de alguém ser tratado como delinquente⁹.

Segundo Lemert:

“A *Secondary deviance*” refere-se a uma classe especial de respostas socialmente definidas a problemas criados pela reação social à *deviance*. Trata-se fundamentalmente de problemas sociais provocados pela estigmatização, punição, segregação e controlo social, factos que têm o efeito comum de diferenciar o ambiente simbólico e interacional a que uma pessoa responde, comprometendo drasticamente a sua socialização. Tais factos convertem-se em eventos centrais na existência de quem os experimenta, alterando a sua estrutura psíquica, criando uma organização especial de papéis sociais e de atitudes para consigo. As ações que têm como referência estes papéis e atitudes para consigo constituem a *deviance* secundária. Por ser turno, o ‘desviante secundário’ é uma pessoa cuja vida e identidade se organizam em torno dos factos da *deviance*. (LEMERT *apud* FIGUEIREDO DIAS & COSTA ANDRADE, 1997, p. 350).

Trata-se de uma defesa humana aos problemas criados pela reação social, se constroem identidades individuais e coletivas criando as sub-culturas. Figueiredo Dias e Costa Andrade concordam que: *em síntese, o processo de reação social à deviance é um processo de bola de neve que multiplica a própria deviance*¹¹.

Concluindo, o Direito Penal é seletivo no momento em que escolhe os comportamentos que deverão ser proibidos ou impostos (criminalização primária), quem deve responder pelas ações criminosas praticadas (criminalização secundária) e, ainda, quem deverá cumprir a pena aplicada pelo Estado, razão pela qual devemos reduzir ao máximo o número de infrações penais, a fim de torna-lo o mais justo possível. (GRECO, 2009, p. 140)

*Em resumo, um indivíduo só será capaz de fumar maconha por prazer quando atravessa um processo de aprendizagem para concebê-la como um objeto que pode ser usado dessa maneira*²²². Assim, desvio secundário, refere-se ao indivíduo que assimila o rótulo de desviante que lhe é imposto e acaba por ver a si próprio como tal, assumindo assim a sua identidade e levando-o à continuidade do comportamento delinquente.

⁹ FIGUEIREDO DIAS, 1981, p.31;

¹¹ FIGUEIREDO DIAS & COSTA ANDRADE, 1997, p. 353;

²²² BECKER, 2008, p. 67;

Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por ela produzida podem determinar a percepção do eu realmente como “desviante” e, assim levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. Nos vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social. (HULSMAN e BERNAT DE CELIS, 1997, p. 69).

O objetivo desta teoria consiste no estudo da influência social nos processos de criminalização, a fim de desvendar as formas de se desviar as pessoas, inserindo-as no mundo do crime. *O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa*²²³.

²²³ ZAFFARONI & ALÁGIA, 2002; p.10;

CAPITULO IV – AS TEORIAS REDUCIONISTAS:

Humanização, Diálogo e a Conciliação.

11. TEORIA MINIMALISTA DO DIREITO PENAL

“Eu não preciso de drogas para fazer a minha vida trágica”.

Eddie Vedder

11.1. Bem Jurídico como Fundamento à Teoria Minimalista

Discute-se acerca da criminalização de condutas que possam causar danos consideráveis à sociedade ou somente a criminalização de condutas, levando em consideração a relevância do bem jurídico a ser tutelado e qual a importância deste para a sociedade. *Se, de acordo com a concepção minimalista, a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, a primeira pesquisa a ser feita é a de, justamente, identificar a origem da teoria, bem como conceito de bem jurídico, para, em momento posterior, analisarmos seus critérios de seleção para fins de proteção do Direito Penal*²²⁴. Os bens jurídicos não devem receber a proteção absoluta do Direito Penal, mas sim seletiva, uma vez que, só protege os bens mais valiosos ao convívio social. Ademais, só poderá agir frente aos ataques mais intoleráveis, quando não dispuser de outros meios.

Desta forma, torna-se relevante o conceito de bem jurídico para compreensão da teoria minimalista. Segundo Zaffaroni: *El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo*²²⁵.

²²⁴ GRECO, 2009, p.63;

²²⁵ ZAFFARONI, 2002, p.486;

Obviamente, com o passar dos anos, o conceito de bem jurídico foi-se modificando e aperfeiçoando conforme as mudanças vigentes na sociedade contemporânea, proporcionando o surgimento de novas formas de crime. *A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum*²²⁶. A concepção de bem jurídico revela um interesse da sociedade por ser imprescindível à sua própria existência comunitária. Desta forma, recebe um juízo de valoração pelo Direito Penal e passa a gozar de proteção jurídica. No entender de Roxin: *Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles*²²⁷.

Assim, o legislador precisa estar atento às mudanças da sociedade e aos seus valores culturais ao criar determinados tipos penais, visando a proteção apenas dos bens jurídicos indispensáveis à manutenção social. *Por isso, dentre o imenso número de bens existentes, seleciona o direito aqueles que reputa “dignos de proteção” e os erige em “bens jurídicos”*²²⁸. Dessa maneira, entendemos que a concepção minimalista defende a proteção dos bens jurídicos mais importantes ao convívio em sociedade, de forma que, o conceito de bem jurídico é imprescindível para justificar o minimalismo penal.

Em suma, significa que os bens jurídicos são de suma importância para uma convivência social pacífica e plena que, por sua imprescindibilidade, gozam de proteção jurídica.

11.2. Direito Penal Mínimo

O princípio da intervenção mínima parte do reconhecimento de que as penas são uma violência institucional e que a sua aplicação, para ser legítima, só pode fazer-se perante condutas gravemente atentatórias aos direitos do homem e só quando não existam formas de resposta não punitivas mais

²²⁶ BITTENCOURT, 2008, p.7;

²²⁷ ROXIN, 1997, p.56;

²²⁸ TOLEDO, 1994, p.16;

*eficazes para prevenir ou contrariar as ditas condutas*²²⁹. O minimalismo penal recomenda a diminuição dos usuários do sistema carcerário, punindo apenas os delitos mais graves, o que por unanimidade, não parece ser o caso do uso de drogas. Para García-Sayán: *El hacinamiento carcelario és un drama mundial. No es esa la única pero si una de las más dramáticas cicatrices de la relación entre derechos humanos y políticas de drogas*²³⁰.

O Direito Penal tem procurado adquirir uma perspectiva científica mais contemporânea em relação ao problema do uso das drogas, abandonando o paradigma repressivo. Assim, no decurso deste trajeto, surge uma ótica penal mais inovadora, que abdica cada vez mais do exercício de punir como reação social, preferindo recorrer a medidas terapêuticas e ressocializadoras. Hassemer argumenta: *Con la decisión de relajar la fuerza vinculante de estos principios de derecho penal: reducir al mínimo los presupuestos de la punibilidad*²³¹.

No mesmo sentido, Nilo Batista: *Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade*²³². Pertinente é a lição de Greco: “... de acordo com o princípio da intervenção mínima, o coração do Direito Penal Mínimo, a sua primeira missão é a de orientar o legislador quando da criação ou da revogação de tipos penais”²³³.

E completa:

Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar os da: a) dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c) lesividade; d) adequação social; e) insignificância; f) individualização da pena; g) proporcionalidade; h) responsabilidade pessoal; i) limitação das penas; j) culpabilidade e, k) legalidade. GRECO, 2009, p. 24

²²⁹ Revista do Ministério Público – 14º ano – JULHO/SETEMBRO 1993 nº55 - Artigo: Legislação Simbólica e Administrativização do Direito Penal: a penalização do consumo de drogas – Carlos González Zorrilla (págs.77);

²³⁰ GARCÍA-SAYÁN, 2009, p.7;

²³¹ HASSEMER, 2003, p.60;

²³² BATISTA, 2007, p.85;

²³³ GRECO, 2009, p. 25

Antecipando as críticas, García-Sayán sustenta que: *Es una constante extendida la afectación de un principio democrático y de derechos humanos como el de la proporcionalidad*²³⁴.

Ferrajoli, argumenta:

Esta claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio do poder punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade e certeza*. (FERRAJOLI, 2002, p. 83)

*Por esse motivo, a proposta de Direito Penal Mínimo do programa alternativo de política criminal tem por objetivo reduzir o Direito Penal e humanizar o sistema penal, com procedimentos táticos necessários ao objetivo estratégico final de abolição do sistema pena*²³⁵. Neste contexto, o Estado deveria procurar outras formas de resolver os seus conflitos, criando margem para uma expansão do sentimento de tolerância na sociedade. *Uma coisa é suprimir a mecânica penal. Outra coisa é excluir toda a coerção*²³⁶. A proposta do minimalismo penal não consiste em acabar com o Direito Penal, mas sim, minimizar a sua utilização na resolução de determinados conflitos. *Trata-se de reduzir ao mínimo o Direito Penal, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis*²³⁷. *Visa-se que apenas as grandes afrontas aos bens jurídicos sejam objeto de intervenção pelo direito penal, deixando as violações mais leves ao ordenamento, para os outros ramos do direito*²³⁸.

Ao lado dessa idéia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já prescrevia:

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

*O Direito Penal não é imune à influência de outros sistemas normativos*²³⁹. Portanto, considerando o caráter fragmentário e subsidiário do

²³⁴ GARCÍA-SAYÁN, 2009 p.14;

²³⁵ SANTOS, 2008, p.716;

²³⁶ HULSMAN, CÉLIS, 1993 (p.113)

²³⁷ FRAGOSO, 2003, p. 552;

²³⁸ FIGUEIREDO DIAS E COSTA ANDRADE, 1997, p.360.

²³⁹ ALBERGARIA, 2012, pág.211;

Direito Penal, deve ser aplicado somente quando os demais ramos do Direito não forem eficazes em proteger o bem jurídico daquelas agressões intoleráveis ao convívio social. *A propósito da droga, porém, o traçado legislativo-aplicativo tem sido simétrico, assistindo-se nas últimas duas décadas à tentativa de substituir os resquícios do excesso penalizados por um espaço de assimilação tolerante das condutas e formulação consentânea das reações institucionais*²⁴⁰. Isto porque os partidários do minimalismo procuram evitar a criação excessiva de tipos penais, evitando que o direito penal proteja bens que não têm importância para o mesmo. Beccaria já advertia: *proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos*²⁴¹.

Silva Franco revela:

A expansão patológica do Direito Penal começou com a incriminação generalizada das afetações lesivas mínimas, em flagrante menosprezo ao princípio da intervenção mínima – subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal. (SILVA FRANCO, 2003, p.274)

Para Marinucci, *los autores del llamado Derecho penal mínimo: la cuestión común es la reducción al “mínimo” de los límites del Derecho penal y la tendencia a la expulsión de estos límites de aquellas manifestaciones patológicas*²⁴². Entre os principais defensores temos os penalistas, Hassemer, Ferrajoli, Zaffaroni e Alexandro Baratta, que diz:

El sistema penal, utilizando las nociones de criminalidad y de pena como puntos naturales de referencia, tiende a reducir en forma fragmentaria y artificial la identificación de las zonas de negatividad social y de necesidades individuales y comunitarias que pueden justificar o postular una intervención institucional. (BARATTA, 2004, p.236)

Dada a sua característica repressiva, o direito penal, quando chamado a atuar na diminuição da violência que abala a sociedade e compromete a vida das pessoas, gera mais violência. É esta a razão pela qual há que evocá-lo quando estritamente necessário, representando a preocupação central das correntes minimalistas.

²⁴⁰ POIARES, 1998; (p.103)

²⁴¹ BECCARIA *apud* BATISTA, 2007, p.84;

²⁴² MARINUCCI, 2002, p.154;

*Tivemos a oportunidade de dizer que o princípio da intervenção mínima, como limitador do poder punitivo do Estado, faz com que o legislador selecione, para fins de proteção do direito penal, os bens mais importantes existentes em nossa sociedade*²⁴³. Neste contexto, o minimalismo, corresponde ao movimento de política criminal, o qual busca a humanização do Direito Penal.

12. ABOLICIONISMO PENAL

“Meu corpo é um lugar onde drogas e álcool fazem os germes terem medo de viver”.

Marilyn Manson

O abolicionismo Penal demonstrou ser o meio mais radical de enfrentar os problemas gerados pela persecução penal, tendo como principal objetivo, a sua substituição por outras soluções não punitivas dos delitos praticados.

No que tange ao abolicionismo, Ferrajoli adverte:

As doutrinas abolicionistas mais radicais são, seguramente, aquelas que não apenas não justificam as penas, como também as proibições em si e os julgamentos penais, ou seja, que deslegitimam incondicionalmente qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou social. (FERRAJOLI, 2009, p.201)

Por esta razão, debate-se sobre a crise penal, avaliando os seus princípios basilares e, até que ponto o sistema penal com seus mecanismos de julgamento e imposição de pena são suficientemente eficientes. Ao longo da história do direito penal moderno, tentou-se justificar as práticas punitivas sob a perspectiva do falso humanismo representado pelo discurso socializador. *Importante deixar claro que as medidas descarcerizadoras devem ser vistas como importantes mecanismos de desinstitucionalização, sendo sua aplicação inegavelmente mais vantajosa que qualquer espécie de encarceramento*²⁴⁴.

²⁴³ GRECO, 2008, p.63;

²⁴⁴ GAUER *in*: CARVALHO. Análise Crítica da Política dos Substitutivos Penais. 2010, p.150;

A questão consiste em saber se há uma alternativa que agregue mais vantagens que desvantagens, ou ainda, que acabe com a máquina Estatal. Surge então, a proposta abolicionista como vertente da criminologia crítica, especialmente no que se refere às críticas levantadas ao controle social e às políticas públicas adotadas. Segundo Bovino: *Cuando hablamos del movimiento abolicionista nos estamos refiriendo a todos aquellos autores cuya propuesta es eliminar el sistema de justicia pena*²⁴⁵.

Defensor da criminologia crítica, Juarez Cirino dos Santos assevera: *Igualmente, não é possível explicar a pena criminal pelo comportamento criminoso, porque exprime a criminalização seletiva de marginalizados sociais, excluídos dos processos de trabalho e consumo social, realizado pelo sistema de justiça criminal (polícia, justiça e prisão)*²⁴⁶. Para a abordagem abolicionista, entre várias questões defendidas, há a proposta de extinção do modelo penal para a resolução de conflitos e a sua substituição por métodos conciliatórios. De modo que, havendo necessidade de intervenção estatal, esta deverá ser feita a partir de outros ramos do Direito. Desta maneira, querem os abolicionistas a resolução mais eficiente dos conflitos e, conseqüentemente, maior economia aos cofres públicos.

Nucci, sob forte influência abolicionista, aduz:

A sociedade, no fundo, segundo o pensamento abolicionista, não tem sucumbido diante do crime, como já se apregou que aconteceria, sabendo-se que há no contexto da Política Criminal, uma imensa Cifra Negra, ou seja, existe uma diferença entre os crimes ocorridos e os delitos apurados e entre os crimes apurados e os crimes denunciados. (NUCCI, 2011, p.392)

Fortemente influenciados pelo Iluminismo, pedem a privatização de conflitos, abolição das prisões e até do próprio Direito Penal, substituindo ambos pelo diálogo e pela solidariedade do grupo social. As diferenças e desigualdades seriam resolvidas mediante o uso de instrumentos que possam conduzir à pacificação social desses conflitos. *O abolicionismo congrega que, partilhando da crítica sociológica às agências penais, comungam de inúmeras*

²⁴⁵ BOVINO, 1992, p.263;

²⁴⁶ SANTOS, 2008, p.502;

*e diversificadas propostas para a radical contração/substituição do sistema penal por instâncias não punitivas de resolução dos conflitos*²⁴⁷.

De toda forma, os abolicionistas não propõem a substituição das penas clássicas por penas alternativas – buscam, basicamente, a extinção do direito penal e dos seus mecanismos de punição. Esta abolição, portanto, vê o Direito Penal como um mal, procurando opor-se ao sistema universal da punição expressa em leis. Portanto, consiste numa forma diferente de ver o direito penal e questiona o significado das punições com o objetivo de construir formas de liberdade e justiça. Assim, para determinadas condutas não haveria tipicidade penal nem pena.

Segundo Zaffaroni:

Entre los autores abolicionistas, no existe una completa coincidencia de métodos, presupuestos filosóficos y taticas para alcanzar los objetivos, sino que provienen de distintas vertientes de pensamientos. Se ha señalado la preferencia marxista de Thomas Mathiesen, la fenomenológica de Louk Hulman, la estructuralista de Michael Foucault, y prodriamos agregar la fenomenológico-historicista de Nils Christie. (ZAFFARONI, 2001, p.103)

Representando a teoria fenomenológica, Hulsman (1982), *um dos principais pensadores da teoria abolicionista, entende ser originário o problema do sistema criminal, havendo necessidade, portanto, de radical câmbio nas estruturas do controle social formal com o seu integral abandono, para otimização de formas societárias de resolução de conflitos*²⁴⁸. O autor acusa o sistema penal de não ser capaz de solucionar os problemas a que se propõe.

Luta pela abolição total do sistema penal, responsabilizando este pelo sofrimento negativo e desnecessário nas pessoas. *Há experiências em curso que mostram de que maneira poderiam ser organizadas, à margem do sistema jurídico estatal e complementando os mecanismos de controles naturais, formas de resolução de conflitos baseadas em encontros cara-a-cara*²⁴⁹. Seu objetivo principal é a resolução dos conflitos num ambiente diferente do sistema adotado atualmente.

²⁴⁷ CARVALHO, 2013, p.245;

²⁴⁸ *Ib Idem*, 2013, p.252;

²⁴⁹ HULSMAN & CÉLIS, 1993, p.132;

Foucault, defensor do estruturalismo, apesar de não ser considerado pela doutrina um autêntico abolicionista, criticou severamente o sistema penitenciário em seu livro *“Vigiar e Punir”*:

E para voltar ao problema dos castigos legais, a prisão com toda a tecnologia corretiva de que se acompanha deve ser recolocada no ponto em que se faz a torsão do poder codificado de punir, em um poder disciplinar de vigiar; no ponto que os castigos universais das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos; no ponto em que a requalificação do sujeito de direito pela pena se torna treinamento útil do criminoso; no ponto em que o direito se inverte e passa para fora de si mesmo, e em que o contra direito se torna o conteúdo efetivo e institucionalizado das formas jurídicas. (FOUCAULT, 2004, p.184)

Para o autor, o suplício penal e a pena corporal correspondem a uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune.

Há doutrinas abolicionistas mais radicais, seguramente a política abolicionista de Mathiesen foi uma delas. *Admitindo algumas possibilidades de encarceramento, Mathiesen sustenta duas teses que reduziriam drasticamente a necessidade do sistema penal: o direcionamento de polícias sociais aos sujeitos vulneráveis e a descriminalização das drogas*²⁵⁰. Marxista, Thomas Mathiesen (1997) vê o direito penal como instrumento de opressão, maus tratos e injustiças a serviço da elite. O abolicionismo marxista acusa a relação entre a ciência econômica política e a ciência do comportamento humano. Deste modo, sustenta haver um forte vínculo entre o sistema penal e a organização do sistema capitalista. Conforme explica Zaffaroni: *Como Mathiesen vincula la existencia del sistema penal a la estructura productiva capitalista, parece no aspirar únicamente a la abolición del mismo, sino a la abolición de todas las estructuras represivas de la sociedad*²⁵¹. O autor propõe revolução total, atingindo o cerne do problema da descriminalização das drogas com a neutralização do mercado ilegal.

Nils Christie (1997), representante da idéia fenomenológica, baseia-se nas formas de redução ou imposição mínima de sofrimento, buscando opções aos castigos e não coimas opcionais como são as sanções alternativas. No que

²⁵⁰ CARVALHO, 2013, p.249;

²⁵¹ ZAFFARONI, 2001, p.104;

tange as drogas, por exemplo, *Nils Christie parte do pressuposto de que o sistema penal, em especial a pena, é encarregado exclusivamente de produzir sofrimento e impor dor*²⁵². Entende que os centros de tratamento ao delinquente são similares, quando não idênticos às prisões comuns. Christie, por sua vez: *La ideología del tratamiento nos llevó al castigo escondido, a la imposición secreta de dolor, al hacer creer que ofrecía una cura o terapia*²⁵³. Para o autor, a prisão é o exercício mais severo que o Estado tem disponível. Com a exceção da pena de morte e das torturas físicas, nada é tão extremo como a degradação da prisão. Ainda em referência ao autor: *Algunos liberales están tratando de detener la corriente, señalando los peligros del estigma, y los horrores de las cárceles; pero son fácilmente neutralizados por los padres que señalan a un hijo perdido en el abuso de las drogas*²⁵⁴. O Direito Penal é ineficaz, não cumpre suas finalidades, prolifera a violência, estigmatiza o delinquente e não satisfaz a vítima, ou seja, não previne nem ressocializa.

Em um vício ideológico simétrico, àquele que aflige muitas doutrinas de justificação da pena incorrem também muitas doutrinas abolicionistas que contestam o fundamento axiológico daquelas, com o argumento assertivo de que a pena não satisfaz, de fato, os objetivos a ela creditados, tais como prevenir os delitos, reeducar os condenados, chegando mesmo a ter uma ação criminógena oposta aos objetivos indicados como suas justificações. (FERRAJOLI, 2002, p. 263)

No que se refere ao problema das drogas, se faz necessário a aplicação abolicionista à política criminal, resolvendo os conflitos de forma a melhorar a situação da vítima e resolver o seu problema, e não apenas saciar um desejo vingativo sobre o acontecido. Argumenta-se o fato da abolição incentivar a delinquência, uma vez que tais condutas não seriam mais tidas como criminosas. Para Queralt: *Por un lado, nos encontramos con un pujante movimiento descriminalizador, y un consecuente auge del abolicionismo*²⁵⁵. Porém, descriminalizar não incentiva a conduta. Prova disso, é o tratamento atribuído ao usuário de drogas, pois ele não é criminoso, mas sim dependente, não precisando ser encarcerado. Deste modo, o abolicionismo penal está

²⁵² CARVALHO, 2013, p. 250;

²⁵³ CHRISTIE, 1984, p.63;

²⁵⁴ *Ib Idem*, 1984, p.86;

²⁵⁵ QUERALT – *Victimas y Garantías Algunos Cabos Suelto: a propósito del proyecto alternativo de reparación. In: SÁNCHEZ, 1997, p.147-148;*

diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda segundo Queralt: *Pero este abolicionismo no siempre es directo y abierto, sino que surge, incluso inconscientemente, de modo soterrado o indirecto*²⁵⁶.

13. JUSTIÇA RESTAURATIVA

“As drogas nem sempre são necessárias, mas a convicção na recuperação sempre é”.

Norman Cousins

Para aqueles que defendem a abolição do Direito Penal, especialmente no que se refere ao problema das drogas, a Justiça Restaurativa impõe-se como uma alternativa agradável de substituição ao modelo penal tradicional. *A teoria da justiça restaurativa foi inicialmente articulada pelos praticantes da reconciliação vítima-infrator, que chamou suas observações de vítima ofensor com satisfação mediada em oposição à justiça adjudicada*²⁵⁷.

Ademais, segundo Santos:

Ao injetar no sistema processual penal perspectivas inovadoras de abordagem da justiça penal, a Justiça Restaurativa viabiliza maiores oportunidades de participação do particular numa esfera de atuação que antes pertencia ao Estado, criando maiores espaços de consenso e diálogo, abrindo caminhos para a negociação acerca da reparação dos prejuízos causados as principais partes afetadas pelo conflito, com o fim precípua de alcançar o restabelecimento do laço social rompido pela infração. (SANTOS, 2008, p. 16/17)

Significa que, para justiça restaurativa, se o crime é um ato lesivo, a justiça deverá reparar a lesão e promover a cura. *“Não pretendem a punição do agente do crime, mas sim uma oportunidade para condicionar uma alteração do seu padrão de comportamento”*²⁵⁸. Segundo os especialistas, este tipo de justiça é o modelo ideal ao problema das drogas, principalmente no que se refere à cura do viciado.

²⁵⁶ QUERALT – *Victimas y Garantías Algunos Cabos Suelos: a propósito del proyecto alternativo de reparación. In: SÁNCHEZ, 1997, p.148;*

²⁵⁷ GALAWAY, HUDSON, New York, p.23: “Restorative justice theory was initially articulated by practitioners of victim-offender reconciliation, who drew from their observations of victim and offender satisfaction with mediated as opposed to adjudicated justice”.

²⁵⁸ SANTOS, 2010, p. 71;

O professor doutor Figueiredo Dias salienta:

O que se sucede, em meu parecer, é que este modelo tem agora, se quiser adequar-se à transformação ideológica, cultural e social dos tempos ditos pós-modernos e às exigências acrescidas de eficácia processual de ser integrado num paradigma assaz diferente do que até há pouco presidiu a toda a concepção europeia continental. (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 16)

Contudo, não ousaremos dizer que a Justiça Restaurativa seja a melhor ou única solução, mas é, hoje, a que se apresenta como algo novo na busca de mudanças. Apesar de propor mudanças, não propõe a eliminação do sistema penal - o seu objetivo é a remodelação, a fim de que o Direito Penal possa, de fato, ser um instrumento que promova a pacificação social e garanta a proteção da dignidade da pessoa humana. Como é o caso do dependente químico que precisa de ajuda e não de tratamento carcerário.

A denominação justiça restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado Beyond Restitution: Creative Restitution, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada "Restitution in Criminal Justice". Haviam três respostas ao crime – a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação²⁵⁹. Trata-se de um processo colaborativo que envolve os afetados diretamente pelo crime, ou seja, são os principais interessados em determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão. Busca-se aqui, evitar as práticas puramente punitivas as quais tendem a estigmatizar as pessoas negativamente.

A resolução de 2002/12 do Conselho Econômico e Cultural da Organização das Nações Unidas trouxe os princípios básicos para a utilização dos Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal conforme o item 2:

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

²⁵⁹ Disponível em 18/06/2012 às 22hs em:
<http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.pt/2010/08/artigo-justica-restaurativa-no-brasil.html>;

Incentiva os Estados-Membros para extrair os princípios básicos sobre o uso de programas de justiça restaurativa em matéria penal no desenvolvimento e operação de programas de justiça restaurativa ²⁶⁰. Através das considerações vistas anteriormente, devemos verificar, de forma pormenorizada, alguns princípios que regem este tema, a fim de analisar a sua utilidade prática de aplicação nas políticas de drogas.

13.1. Consensualidade

A essência da justiça restaurativa é a resolução de conflitos de forma colaborativa, proporcionando, a aqueles que foram prejudicados, a oportunidade de expressar os seus sentimentos e descrever como foram afetados. *“A mediação penal, recente em Portugal, é herdeira directa desta exigência de proximidade entre os indivíduos, da necessidade de diálogo empático e da des-institucionalização, tal como preconizadas por Hulsman e outros”* ²⁶¹. O modelo consensual de Justiça penal, fundado no acordo, na conciliação ou na mediação, traz ao processo penal efetividade. Trata-se de uma abordagem diferenciada para determinada categoria de infrações, como é o caso do usuário de drogas. Desta forma, poderão, em conjunto, encontrar uma forma de reparar os danos e evitar que volte a acontecer.

Relativamente às finalidades da mediação penal, Cláudia C. Santos:

Comece-se pela mediação penal. É inequívoco que esta se tornou, pelo menos nos países do nosso contexto cultural, o principal instrumento da justiça restaurativa. Isso supõe que através da mediação penal se perseguem as finalidades daquela proposta restaurativa: procurar uma solução para a dimensão interpessoal do conflito penal que seja a solução desejada pela vítima porque a acha reparadora e querida pelo agente que assume a responsabilidade de minimizar ou neutralizar os males que causou.

²⁶⁰ Resolução 12 de 2002 do ECOSOC sobre princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal: Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 19/06/2012 às 23hs.

²⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, 2011, p. 473;

As relações afetadas pelo delito nem sempre poderão ser restabelecidas por conta de um caso concreto. Contudo, através do consenso, a comunidade poderá alcançar a sensação de que algo foi feito para curar, sanar, restabelecer e entender a razão daquilo. *A justiça restaurativa começa com o fato de que o crime causa danos. Ela provoca danos às pessoas (as vítimas reais, em oposição a uma noção esotérica do Estado aos relacionamentos). Portanto, há a obrigação de reparar o dano causado pelo comportamento do ofensor, para fazer as coisas certas* ²⁶².

O sistema restaurativo não deve ser um processo impositivo, mas sim, um procedimento onde as partes cooperem mutuamente para a resolução do problema. Esse caráter voluntário faz com que o agressor compreenda e se responsabilize pelas consequências geradas por sua conduta. A Justiça Restaurativa busca alcançar seus objetivos por meio de processos colaborativos, consensuais, onde a vítima e o infrator têm a oportunidade de se encontrarem voluntariamente.

13.2. Reintegração

A abordagem aqui é reintegradora e permite ao transgressor uma oportunidade de reparar seus erros. Trata-se de suprir as necessidades emocionais e materiais das vítimas e, ao mesmo tempo, fazer com que o infrator assuma a responsabilidade pelos seus atos, mediante compromissos concretos. As partes são elementos estruturais neste processo, pois relacionam os danos causados pela infração penal e exprimem as suas necessidades.

Conforme alerta Leite:

²⁶² KARP; CLEAR, London, 1964, p.91: *Restorative justice begins with the fact that crime causes harm. It causes harm to people (the real victims, as opposed to an esoteric notion of the state and to relationships). Therefore, there is an obligation to repair the harm caused by an offender's behavior, to make things right.*

Os conceitos de “justiça de proximidade” e de “comunicação horizontal”, miscigenados com a *Justice Douce*, aí estão para o provar. A “simpatia” da “entrega” aos pleiteantes do *modus faciendi*, a redução de custos que lhe anda associada, bem como aspectos mais sibilinos como um pretense contributo para a reconstrução axiológica baseada em princípios humanistas de reconciliação e capacidade de vivência do Outro, ao gosto das mais variadas confissões religiosas e correntes ético-morais, têm-se arvorado em caldo favorável. (LEITE, 2009, p.90).

No que se refere ao uso de drogas, a reintegração parece essencial na reparação dos danos causados ao seio social (vizinhos, familiares, amigos e etc.). Assim, o usuário poderá entender que tipo de danos provoca com a sua conduta e, com a ajuda destes, ajudar a si próprio. A idéia é encontrar em conjunto uma solução boa a todos os envolvidos. *Justiça Restaurativa é um processo de "fazer as coisas tão certo quanto possíveis", que inclui: atender às necessidades criadas pela ofensa, como segurança e reparação de danos aos relacionamentos e danos físicos decorrentes da ofensa, e atender às necessidades relacionadas com a causa de a ofensa*²⁶³.

Nesse sentido, Leite lembra as idéias de Christie:

Refira-se, pois, que a justiça restaurativa, ao menos no entendimento na esteira de CHRISTIE, enferma de um *paradoxo de base*: apregoa uma forma de administrar a justiça mais próxima e apta a sarar as feridas sociais em uma época marcada pelo mais profundo individualismo, pela desestruturação das redes informais de controlo social e pelo anonimato relacional. (CHRISTIE *apud* LEITE, 2008, p.23)

13.3. Conciliação

No processo de conciliação, promovido por meio de debates, todas as partes interessadas tem a oportunidade de expressar seus anseios e participar do processo de reparação do dano. O atual sistema de justiça penal, pune os transgressores mas desconsidera as vítimas, de forma que desconsidera as necessidades dos principais afetados por um crime.

²⁶³ BRASWELL; FULLER; LOZOFF, 2001, p.143: *Restorative Justice is a process to "make things as right as possible" which includes: attending to needs created by the offense such as safety and repair of injuries to relationships and physical damage resulting from the offense, and attending to needs related to the cause of the offense.*

A conciliação é um meio extrajudicial de resolução de conflitos em que um terceiro imparcial intervém no sentido de auxiliar as partes a encontrarem uma solução. O objetivo é promover uma justiça de aproximação, tendo como características principais a informalidade, confidencialidade, voluntariedade, simplicidade, flexibilidade e oralidade. *Antes de duas partes se apresentarem em tribunal e pedirem ao juiz que decida quem está certo ou errado, que diga como resolver este conflito, elas poderão tentar resolver o problema utilizando um mediador, que tenta encontrar um compromisso que sirva ambas as partes*²⁶⁴.

Relativamente à aplicação prática da Justiça Restaurativa no problema social do uso de drogas, representa a humanização da justiça em um processo “restaurativo”, ao invés de sancionar o doente químico de forma “retributiva”. Aqui, busca-se, com a comunidade, um resultado positivo, em que prevaleça o consenso, de forma que todos saiam ganhando. Em especial, o usuário tem a chance de se reinserir no meio social e voltar a ter uma vida digna. Em suma, a medida despenalizadora da Justiça Restaurativa deixa de lado a sanção retributiva, para dar vazão à compreensão de que o dependente precisa e do apoio para livrar-se das drogas. O intuito é conservar um espaço de reflexão, fazendo com que os dependentes pensem nas suas escolhas.

14. EVOLUÇÃO DA PENALIDADE E A FLEXIBILIZAÇÃO PUNITIVA

*Muitas vezes você pode começar
a usar drogas com seus "melhores amigos"
para só então descobrir que esteve sempre sozinho.*

Armando Granada Borges

A trajetória do Direito Penal pode ser compreendida conforme a cultura em que esteve inserida. Desta forma, teve a sua força aumentada ou diminuída dependendo do ambiente circundante. Christie já dizia: *Los que consideran la*

²⁶⁴ SMIT, Jaap. **Mediação enquanto parte do sistema de justiça criminal ou como restauradora da relação afectada?** In *Vítimas & Mediação*. APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. Lisboa: APAV, 2009;

*historia penal como una serie de etapas en progreso podría argumentar que me abstengo demasiado aprisa: dirían que ha habido progresos, una disminución gradual del dolor, lo cual haría ordenarlo en grados*²⁶⁵. A través da pena pode-se identificar a oscilação da força punitiva em relação ao Direito Penal. O desenvolvimento penal variou de povos para povos de acordo com o nível de desenvolvimento de cada uma das culturas. *Na idade média e moderna o Direito Penal se caracterizou por ser um direito grosseiro, casuístico e arbitrário. Era sobrepujado por uma ideia de ameaça brutal, com penas cruéis, transmissíveis e acompanhadas de sofrimentos morais*²⁶⁶.

O fundamento para a intervenção punitiva do Estado variou amplamente ao longo dos tempos, avançando primeiramente de uma concepção eminentemente religiosa, para um segundo momento de reafirmação da ordem pública assegurada pelo Estado soberano. A pena passou por diversas fases, dentre elas a vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período científico ou criminológico.

Acertadamente, Hassemer aduz:

Sangre y violencia, sufrimiento y muerte, miedo y luto son las dos caras de la misma moneda, es decir, el delito y la pena. Debido a esto el ser humano no solo ha averiguado, descubierto, condenado y sancionado, sino que también se ha preguntado si es que no se puede romper el círculo vicioso del delito y la pena. (HASSEMER, 2003, p.7)

*Na idade Média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal*²⁶⁷. Nos primórdios das civilizações, onde não havia qualquer espécie de administração da justiça, o delinquente mal podia manifestar a sua opinião e, geralmente havia uma resposta mais hostil dirigida à sua família. Com a evolução, eis que surge uma forma de limitar o poder de punir: *O Talião. El vulgo por toda razón no tiene más que una palabra: y es el que mata merece la muerte, y su máxima la de que la ley del talión es la más justa de todas*²⁶⁸. Primeiro, a psicologia popular, evidentemente regida pelo

²⁶⁵ CHRISTIE, 1981, p.11;

²⁶⁶ CORREIA, 1971, p.83;

²⁶⁷ BITTENCOURT, 2008, p.587;

²⁶⁸ BECCARIA, 1993, p. 127;

talião, parece constituir a base antropológica da pena retributiva: a retaliação expressa regida pelo olho por olho dente por dente ²⁶⁹.

Flexibilizando ainda mais o sistema penal, eis que surge o Código de Hamurabi, onde se punia o ofensor e intimidava-se a população para que não praticassem delitos. Apesar da singela melhora, o período caracterizou-se pela crueldade das penas e a atrocidade das punições. Após toda esta fase degradante, passa-se o poder de punir ao Estado, o qual recorria à pena de morte e à tortura como meio legal de obtenção de provas, não concedendo qualquer direito ao acusado de exercer o seu direito de defesa.

Mas a humanização mais expressiva, sem sombra de dúvidas, veio com o Iluminismo no século XVIII que trouxe profundas modificações para as ciências e o direito. O Iluminismo rompeu os paradigmas com idéias inovadoras adequadas à nova realidade, surgido de pensadores preocupados em proteger o Homem do arbítrio estatal.

Como bem observou Figueiredo Dias:

As raízes longínquas deste paradigma devem procurar-se no pensamento filosófico ocidental a partir do séc. XVII e, pelo que diretamente respeita ao âmbito jurídico-penal, no movimento do Iluminismo Penal, e exprimem-se por excelência no *racionalismo cartesiano, na doutrina jurídico-política do individualismo liberal e na mundividência antropocêntrica e humanista que comandou o movimento a favor dos direitos humanos*. (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p.127)

*Beccaria com sua obra, Dos Delitos e das Penas, começa a escrever um período de humanização do Direito Pena*²⁷⁰. *Esse movimento de ideias, definido como Iluminismo, atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência em uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo* ²⁷¹. *Se caracterizou por ampliar o domínio da razão em todas as áreas do conhecimento* ²⁷². Foucault, contribuidor desta nova fase, expôs: *Que as penas sejam moderadas e proporcionais aos delitos,*

²⁶⁹ SANTOS, 2008, p.462;

²⁷⁰ CORREIA, 1971, p.83;

²⁷¹ BITENCOURT, 2008, p.38;

²⁷² *Idem*, 2008, p.38;

*que a pena de morte só seja imputada contra os culpados assassinos, e sejam abolidos os suplícios que revoltam a humanidade*²⁷³.

Mas foi Cesare Beccaria, seu maior expoente, que, em 1764, publicou em Milão o livro que mudaria os rumos do Direito Penal, intitulado *Dos Delitos e das Penas*. Beccaria tinha a concepção utilitarista da pena²⁷⁴. A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do poder de julgar constitui um dos maiores fundamentos do movimento promovido por Cesare Beccaria visando à reforma do Poder Punitivo²⁷⁵. Basicamente combatia o sistema penal, criticando a tortura como meio legal de obtenção de prova, a pena de morte e as prisões.

14.1. A Flexibilização do Direito Penal Face o Uso de Drogas

Após um longo período de medidas arbitrárias e onipotentes, inicia-se a busca por uma nova fase onde indaga-se o direito penal e suscita resolver alguns problemas através do diálogo, da conciliação, com garantias e resultados mais efetivos em termos de resposta penal. *Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, resultado de uma larga experiência negativa*²⁷⁶. É inegável, conforme registra Bacigalupo: *Todos estos autores tienen una preocupación común por la superación de la arbitrariedad reinante en la práctica penal y por la crueldad de las penas que se aplicaban (aunque muchas penas crueles ya habían caído en desuso)*²⁷⁷.

*No momento presente, porém, começa a perguntar-se com insistência crescente se um tal paradigma terá capacidade para persistir no século que iniciámos*²⁷⁸. A pergunta reside em saber até que ponto o sistema penal, com os seus mecanismos de apuração, julgamento e imposição de pena, é suficientemente legítimo. A partir destas e de outras indagações é que iniciou-se a busca pela flexibilização penal, nomeadamente a alguns delitos.

²⁷³ FOUCAULT, 2004, p.63;

²⁷⁴ BITENCOURT, 2008, p.40;

²⁷⁵ *Ib Idem*, 2008, P. 587;

²⁷⁶ FRAGOSO, 2003, p.553;

²⁷⁷ BACIGALUPO, 1996, p. 41;

²⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, 2004, p.127

A transformação Penal é inegável, conforme explica Neves:

Desde la Antigüedad, hasta el momento actual, la sociedad tiene intensa relación con la droga. Ocurre que, con el pasar de los años, dicha relación viene siendo cambiada constantemente, habiendo cada vez más nuevos factores que se imbrican con ella, con importantes impactos sociales. (NEVES, 2012, p.11)

É de se notar, Os supostos benefícios alcançados através da imposição da pena superam os custos gerados pela persecução penal. O Direito Penal trata-se de uma das manifestações mais severas da intervenção estatal. Neste sentido, Cláudia Cruz Santos esclarece: *Ninguém melhor do que os penalistas conhece a necessidade de auto-limitação e de auto-contenção da justiça penal*²⁷⁹. Na mesma linha Hassemer adverte: *Direito penal e pena têm conjuntura, eles se inserem na posição de remédio para todos os males, e não poucos penalistas vêem isso como uma satisfação para sua existência profissional*²⁸⁰. Diante da “sociedade de risco” e das suas novas demandas, iniciou-se a expansão penal em busca do incremento punitivo. A partir daí, passa-se a propor a resolução do conflito social de forma mais radical.

*A adequação do direito penal à “sociedade de risco” implica por isso uma nova política criminal, que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária*²⁸¹. A trajetória histórica percorrida pelo Direito Penal revela uma forte conjugação entre medidas desumanas, degradantes e repressoras, para medidas terapêuticas e descriminalizadoras, sendo este o objetivo em que se movem os valores que, sem o recurso à penalidade, as sociedades visam tutelar. *De certo modo reproduziu-se o percurso ensaiado pela penalidade ao longo da História, passando-se da concepção fundamentalmente punitiva para a busca da compreensão do agente do delito*²⁸². Os grandes movimentos reformistas do Direito Penal dos últimos séculos foram marcados essencialmente por propostas e movimentos de descriminalização em nome da liberdade

²⁷⁹ FRANCO, 2008, p. 41;

²⁸⁰ HASSEMER, 2001, p.83;

²⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 128;

²⁸² PIOARES, 1998, p.102;

individual. Este decréscimo, traz a flexibilização punitiva na aplicação das penas.

Segundo Poiares:

A experiência colhida da História demonstra que todas as épocas elegeram os seus objetos privilegiados de criminalização e tolerância, e também que todos eles foram alvo de trocas recíprocas, recuperando-se, por vezes, num período a tutela de bens jurídicos que anteriormente haviam sido afastados da proteção penal. (PIOARES, 1998, p.94)

No que diz respeito às drogas, o mundo passou a ver o dependente químico como um caso de saúde pública e não de polícia. Apesar das políticas repressivas, a criminalidade só aumentava a cada dia, de forma que os legisladores se deram conta que o único meio para que houvesse resultado satisfatório, seria a adoção de outras medidas que não o cárcere como punição. *Assim se operou, embora lentamente, o abandono do curso repressivo que, em determinada época, fora erigido em padrão e modo preferencial de ação, rumando-se para um plano onde se realçam as vertentes pessoais de cada consumidor-transgressor*²⁸³.

Poiares, ainda adverte:

Por isso, seria preciso buscar e testar novos experimentos no campo penal, pois é sabido que a pena privativa de liberdade não tem resolvido o problema da criminalidade. Aludimos à transformação gradual do Direito Penal de uma óptica centrada no castigo severo e na vindicta para outra, daquela qualitativamente diversa, matizada por institutos de compreensão e ressocialização: da hipertrofia da punição à valoração personalizada, tomando como referência o sujeito transgressor. (PIOARES, 1998, p.103)

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos e um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e "humanidade" ²⁸⁴. Por isso, o melhor Direito Penal é o menor direito penal. Ironicamente contra o Direito

²⁸³ *Ibi Idem*, 1998, p.102;

²⁸⁴ FOUCAULT, 2004, p.18;

*Penal da Exceção cabe uma regra do próprio princípio da exceção: “o menos é mais”. Quanto menos Direito Penal, melhor*²⁸⁵.

Deste modo, as penas passaram a ter um sentido mais humanitário, adotando políticas criminais cercadas de princípios basilares, aos quais contribuíram de forma ímpar para esse decréscimo penal. Segundo Hassemer: *Hoy en día, la diferencia de lo que sucedía hace algunos años, es necesario en Alemania, pero también en toda Europa Occidental, aclarar a los estudiantes y la opinión pública en general por qué la pena debe existir.*²⁸⁶

A proporcionalidade da resposta punitiva é pedra angular do sistema penal no Estado Democrático de Direito, permitindo a determinação da pena, conforme seja suficiente e necessária para a reprovação da conduta incriminada. (SHECAIRA, 2012, p.314)

Contributo essencial neste processo foi a humanização do Direito Penal através da abolição das penas degradantes e respeito à integridade física e moral do apenado. *A contemplação dos grandes ciclos históricos da punição demonstra que não existe uma continuidade retilínea no processo de criminalização primária, assistindo-se, com efeito, à oscilação arritmica do pêndulo criminal, feita de evoluções e retrocessos, ora denotando um pendor tolerante, ora evidenciando uma atitude de índole acentuadamente repressiva e castigadora, detectando-se tempos de maior ou menor intervenção do Direito Pena*²⁸⁷. No que alude às drogas, não foi diferente: passou por uma perspectiva repressora do transgressor para uma visão integrada do cidadão, encarado primeiramente como delinquente, passando depois, a tratá-lo como doente. Gradualmente, tomou-se uma atitude mais humanista em relação ao dependente químico. Avançando neste sentido, as leis alargaram a rede de serviços públicos para tratamento e reinserção de toxicômanos, garantindo o acesso a cuidados de prevenção, tratamento e reinserção profissional.

²⁸⁵ Disponível em: <<http://www.gentedeopiniao.com/lerConteudo.php?news=102276>>. Acesso em: 05-05-2013 às 11h;

²⁸⁶ HASSEMER, 2003, p.8;

²⁸⁷ PIOARES, 1998, p.94;

CONCLUSÃO

A atual política internacional de drogas carece de uma alteração profunda e sistemática de alguns vetores por considerar. A questão cultural, por exemplo, ocupa um dos maiores desafios na elaboração das políticas de drogas de todo o mundo. Ainda há certa oposição por parte dos legisladores em aceitar que o consumo de drogas faz parte das práticas culturais milenares do ser humano. Ademais, ao estabelecer o seu padrão moralista, o Estado acaba por desprezar as diferenças sociais e a diversidade cultural dos cidadãos. Neste sentido, surge a necessidade de romper com preconceitos e resistências que consolidaram historicamente o fenômeno.

No século passado, como forma de enfrentar o comércio ilícito de drogas, os governos focaram as suas estratégias de controle na redução dos usuários através de medidas de coação e repressão. Estas tentativas foram amplamente mal sucedidas, resultando, maioritariamente, em danos adicionais. Desta forma, ao eleger entre os diversos métodos potencialmente adequados, o legislador precisa ter em consideração a importância cultural destas substâncias.

Além disso, é fundamental trabalhar nas necessidades sociais básicas da população, uma vez que, a má qualidade de vida é um dos principais responsáveis pelo uso de drogas como forma de aliviar a dor da realidade. O problema das drogas emana de diversos fatores sociais. Ainda assim, permanece a idéia excessiva de culpar o consumo de drogas pela promoção do tráfico. Talvez o objetivo seja a de ocultar o verdadeiro problema de má gestão pública. É preciso reconhecer que a pobreza e o desemprego estão na raiz do uso problemático de entorpecentes. De maneira que, a resolução destas causas sociais permitiria diminuir significativamente o número de dependentes químicos.

É imperioso considerar às drogas pesadas e a magnitude do mal provocado à sociedade e ao indivíduo. É necessário concentrar o uso de recursos estritamente a este tipo de substância, através de uma classificação detalhada de dados empíricos e científicos.

Os dependentes de drogas ilegais encontram sérias dificuldades em admitir a necessidade de ajuda especializada. Por tal concepção, é forçoso reconhecer que a procura espontânea por tratamento é dificultada em virtude da temeridade da reação da família e da sociedade. Logo, por constatação lógica, percebemos que proibir, só promove a curiosidade e definitivamente não tem qualquer efeito na diminuição do consumo de drogas. Independentemente da proibição, a obtenção de drogas permanece facilmente ao alcance dos jovens. A decisão de consumí-las cabe única e exclusivamente ao indivíduo, ainda que sofra pressão contrária por parte do Estado. Criminalizar o uso pode afugentar os usuários ocasionais, mas não os viciados, sem contar que conduz à estigmatização e à marginalização secundária dos dependentes.

Em contrapartida, com a política de descriminalização e legalização, os dependentes não precisam se esconder para fazer uso da substância, sem contar que estarão mais próximos do Estado. A descriminalização, a prevenção e a redução de danos, são abordagens mais pragmáticas que reconhecem que o consumo de drogas não é o único responsável pelo aumento do tráfico e o crime organizado. Além disso, traz números estatísticos mais fidedignos e confiáveis que podem ser usados nas políticas de intervenção. Os governantes devem formar relacionamentos abertos e construtivos com a sociedade civil na discussão e execução de estratégias.

A política de drogas deve procurar encorajar a reintegração dos dependentes ao invés de focar em medidas repressivas que só agravam a marginalização. A estigmatização e a criminalização dos usuários de drogas restringem o seu acesso a atividades sociais, resultando na diminuição de oportunidades de educação e emprego. Se a prioridade do governo é reduzir o nível geral de dependência química, então o foco principal deve ser as políticas sociais de saúde e de economia ao invés de promover a exclusão social através do endurecimento penal.

Assim, torna-se imprescindível a criação de meios menos agressivos à liberdade do indivíduo atendendo às reais necessidades do uso problemático de drogas. Segundo Ganeri, *se fornecermos informação suficiente às pessoas,*

*elas evitarão usar drogas.*²⁸⁸ De fato, Becker também exaltou a difusão de informação como a forma mais adequada de lidar com o problema. O autor ainda advertiu quanto à necessidade de preparar as pessoas para os efeitos principais e colaterais do uso de drogas, mas principalmente, como lidar com elas.²⁸⁹ É imperativo formular políticas de drogas baseadas em conselhos práticos e na experiência. O objetivo é mostrar ao dependente quais as consequências da sua conduta nas pessoas em seu redor, para que juntos possam refletir sobre o uso de drogas nas suas vidas.

Diante das diferentes considerações, constata-se que não existe necessidade penal que justifique a criminalização do uso de entorpecentes. É fácil compreender porque alguns países tomaram caminhos diferentes das recomendações sugeridas pelas Nações Unidas. As legislações mais avançadas adaptaram a lei à realidade e consideraram os distintos momentos da evolução social.

Por fim, analisando a tensão existente entre as principais correntes no assunto e a legitimidade da intervenção penal nomeadamente nos delitos autolesivos. Conclui-se ter havido a flexibilização do Direito Penal face ao consumo de drogas, levando em conta as novas políticas de descriminalização e redução de danos adotados por diversos países do mundo. Em contrapartida, sentiu-se a expansão penal face ao tráfico ilícito de drogas. Finalmente, nos parece claro, em alguns casos, menos Direito Penal pode significar mais justiça social.

²⁸⁸ GANERI, 2002, p. 74;

²⁸⁹ BECKER, 1977, p.187;

BIBLIOGRAFIA

- AUDARD, Catherine. **Anthologie Historique Et Critique de L'Utilitarisme**. Vol. II. Paris: Press Universitaires de France, 1999;
- AURÉLIO, Dicionário. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. Nova Fronteira: São Paulo, 1999;
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. – 1ªed. 2ªreimp. – Del Puerto: Buenos Aires, 2010.
- AMBOS, Kai. **Notas Criminológicas – acerca de los intentos del control de las drogas en Colombia, Peru y Bolívia**. N.53. Madrid: Cuadernos de Política Criminal, 1994;
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. **O crime de lenocínio entre moralismo e o paternalismo jurídico**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa. ISSN 0871-8563. A. 22, nº 2 (2012), p. 201-260;
- AGRA, Cândido. **A Criminologia: um arquipélago interdisciplinar**. Porto: U. Porto, 2012;
- AGRA, Cândido. **Droga-Crime Estudos Interdisciplinares: processos psicofisiológicos em consumidores de droga e delinquentes**. Vol. 6. Portugal: Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1997;
- ARÚS, Francisco Bueno. **Nociones de Prevención Del Delito y Tratamiento de La Delincuencia**. Madrid: Dykinson, 2008;
- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Tercera Reimpresión. Santa Fé de Bogotá: TEMIS, 1996;
- BAUMANN, Jürgen. **Derecho Penal - Conceptos Fundamentales y Sistema – introducción a la base de casos**. Buenos Aires: Depalma, 1973;
- BARBERIS, Mauro. **Giuristi e Filosofi – Una storia della filosofia del diritto**. Bologna: Il Mulino, 2004;
- BARATTA, Alessandro; **Criminología Crítica y Crítica Del Derecho Penal – introducción a La sociología jurídico-penal**. Argentina: Siglo veintiuno editores, 2004.
- BATISTA, Nilo. **Introdução, Crítica ao Sistema Penal Brasileiro**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007;

- BANDINI, Tullio; GATTI, Uberto; MARUGO, Maria Ida; VERDE, Alfredo. **Criminologia – Il contributo dela ricerca ala conoscenza del crimine e dela reazione sociale.** Milano: Giuffrè, 1991;
- BECKER, Howard; **OUTSIDERS: estudo da sociologia do desvio.** Tradução: Maria Luiza X. de Borges. 1ªed. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2008.
- BECKER, Howard; **Uma Teoria da Ação Coletiva.** Rio de Janeiro: ZAHAR, 1977;
- BECCARIA, Cesare. **Tratado de Los Delitos y de Las Penas. Tradicción Guillermo Cabanella de Torres.** Eliasta Buenos Aires: S.L.R, 1993;
- BECCARIA, Cesare. **Traté des delits et des peines.** Lisboa: Policorp, 1966.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** V.1 – 13ª edição São Paulo: Saraiva, 2008;
- BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes criminais à reincidência criminal.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1988;
- BRITO, Teresa Quintela de. **Crime Praticado em Estado de Inimputabilidade Auto-provocada, por via do Consumo de Álcool ou Drogas – Contributo para uma análise do art.282 do Código Penal à luz do princípio da culpa.** Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991;
- BLICKMAN, Tom; JELSMA, Martin Revista Nueva Sociedad nº. 222, julio-agosto de 2009, ISSN: 0251-3552, acesso em 02-07-2013 às 15h em: http://www.nuso.org/upload/articulos/3623_1.pdf
- BLUMER, Herbert. **Geord Herbert Mead The Human Conduct.** Altamira: Walnut Creek, 2004;
- BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um sistema penal democrático.** 2º edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2007;
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume I. 2ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 1984;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1996;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I – 4ª Edição. Coimbra: Coimbra, 2007;

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. II – 4ª Edição. Coimbra: Coimbra, 2010;
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013;
- CARVALHO, Salo de. **REDHES - Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. No. 1 Enero-Junio San Luís. Potosí: Universidad Autónoma de San Luís Potosí, 2009;
- CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Dogmático e Criminológico da Lei n. 11.343/2006**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013;
- CARRILHO, J. Margalho. **A Guerra as Drogas**. Nº30 Lisboa: Grupo de Estudos e Estratégica – edições culturais da Marinha, 2009;
- CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas – aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008;
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15ª edição – volume 1. São Paulo: Saraiva, 2011;
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Legislação Especial**. 7ª edição – volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012;
- COSTA, Carlos Alberto Pires. **A Droga, O Poder Político e os Partidos em Portugal**. Lisboa: Instituto da Droga e Toxicodependência, 2007;
- COSTA ANDRADE, Manuel da. **Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal – uma perspectiva jurídico-Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996;
- COSTA ANDRADE, Manuel da. **Constituição e Legitimação do Direito Penal**. Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. Organizadores: Antônio J. A. Nunes e Jacinto N. de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;
- COONS, Christian; WEBER, Michael. **Paternalism: Theory and Practice**. Cambridge University Press: February, 2013; HUSAK, Douglas; Chapter 2 - Penal paternalism pp.39-55;
- CRISP, Roger. **On Utilitarianism**. Londres: Routledge, 1996;
- CHRISTIE, Nils. **Los Limites Del Dolor. Traducción Mariluz Caso**. México: Abreviarios Fondo de Cultura Económica, 1984;

- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003;
- DOMOSTAWSKI, Artur. **Política da Droga em Portugal – os benefícios da descriminalização do consumo de drogas**. Lisboa: Open Society, 2011;
- DUHALDE, Eduardo Alberto. **Los Políticos y las Drogas – hacia un programa nacional**. Argentina: El Cid, 2009;
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- DWORKIN, Gerald. **Paternalism**. Stanford Encyclopedia Of Philosophy, 2002 – Acesso em: 08/06/2013 às 16h Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>
- DWORKIN, Gerald. **Moral Paternalism**. Law and Philosophy, Holanda, 2005, vol. 24, n. 3, pp. 305-319;
- EIRAS, Henriques; FORTES, Guilhermina. **Dicionário de Direito Penal e Processo Penal**. 3ª Edição. Lisboa: QUID JURIS, 2010;
- ESCOHOTADO, Antonio. **La Historia General de Las Drogas**. 7ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1998;
- EZER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Helena. **De Los Delitos y De Las Víctimas**. Argentina: Adhoc, 1992;
- FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia – alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005;
- FARIA COSTA, José de. **Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e o tráfico de drogas – revista de legislação e de jurisprudência**. Coimbra, ISSN 0870-8487. A. 134, nº 3930, 2002, p.275-280;
- FELICE, Flavio. **Welfare Society: Dal Paternalismo Di Stato Alla Sussidiarietà Orizontale**. Itália: Rubbettino, 2007;
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – teoria del garantismo penal**. Prólogo Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995;
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinquente**, Estudos em Homenagem ao Prof. Teixeira

Ribeiro, III, 1981. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Acordos sobre sentença em processo penal: o fim do estado de direito ou um novo princípio?** – Porto: Concelho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia – O homem delincente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1999;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime.** Tomo I, 1ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2004;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime.** Tomo I, 2ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2007;
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas** – Revista Jurídica de Macau. Gabinete para os Assuntos Legislativos: Macau – ISSN 0872-9352. Vol.2, N.1 (jan./abr. 1995) p. 13-31;
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Puir** - 29ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2004;
- FORTSON, Rudi. **The Law on the Misuse of Drugs.** London: Sweet & Maxwell, 1988;
- FRANCO, Alberto Silva. **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;
- FRANCO, Alberto Silva; BALDAN, Édson Luís; D'AVILA, Fábio Roberto; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justiça Penal Portuguesa e Brasileira Tendências de Reforma.** São Paulo: IBCCRIM, 2008;
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Geral.** 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003;
- FLICK, Giovanni Maria. **Droga e Legge Penale – miti e realtà di una repressione.** Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1979;

- GARCÍA-SAYÁN, Diego. **Narcotráfico y Derechos Humanos: iniciativa latinoamericana sobre drogas y democracia.** México: DrogasyDerechosHumanos.org., 2009;
- GARCÍA, Antonio Obregón. **La Eximente de Estado de Intoxicación Plena.** Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 1 - Madrid: UNED, 2000;
- GARCÍA, Macario Alemany. **El Concepto y Justificación Del Paternalismo.** Tese de doutorado. Universidad de Alicante, 2005;
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. *Doxa*. N. 05 (1988). ISSN 0214-8876, pp. 155-173;
- GARRIDO, Vicente; Per Sangeland y Santiago Redondo. **Princípios de Criminologia - El Etiquetado y el Conflicto Social;** Valencia: Tirant lo Blanch, 2006;
- GANZENMULLER, Carlos; FRÍGOLA, Joaquin; ESCUDERO, José Francisco; **Drogas, sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes – Delitos contra la salud pública II.** Barcelona: Bosch, Cada Editorial S.A., 1997;
- GANERI, Anita. **Drogas: do êxtase à agonia.** Trad. Sofia Pereira. Europa-América, 2002;
- GAUER, Ruth María Chittó. **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010;
- GOFFMAN, Erving. **ESTIGMA - Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008;
- GOMES, Octávia Maria Pereira. **Crime e Pena de Morte.** Dissertação de Mestrado FEUC – Orientação prof. Paulo Peixoto. Coimbra, 2003;
- GÓMEZ, Raúl Ángel. **Drogas y Control Social.** Buenos Aires: Las Brujas, 2001;
- GONÇALVES, Marcel Figueiredo. **Sobre a Fundamentação dos Delitos Cumulativos: alguns questionamentos.** São Paulo: Revista de Estudos Criminais, 2010, n. 35, vol. 10, pp. 109-142; *Acesso em 20-06-2013 às 12h Disponível em:* <http://www.cienciacriminal.com/news/sobre-a-fundamenta%C3%A7%C3%A3o-dos-delitos-cumulativos%3A-alguns-questionamentos-/>
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral.** 10ª edição – volume 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008;
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio. Uma Visão Minimalista do Direito Penal.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2009;

- GREENWALD, Glenn. **Drug Discrimination in Portugal – lessons creating fair and success full drugs policies.** Washington D.C.: Cato Institute, 2009;
- HART, H.L.A. **Libert And Morality.** Stanford California: Stanford University Press, 1962;
- HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **La Introducción a La Criminología y al Derecho Penal.** Valencia: Tirant La blanch, 1989.
- HASSEMER, Winfried; **Crítica al Derecho Penal de Hoy.** 2ª edição – 1ª reimp. Buenos Aires: AD-HOC, 2003;
- HASSEMER, Winfried; **Direito Penal Libertário.** Apresentação Gilmar Ferreira Mendes. Berlin: Del Rey, 2001;
- HASSEMER, Winfried; **Persona, Mundo y Responsabilidad – Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal.** Traducción: Muñoz Conde y María Del Mar Díaz Pita. Bogotá: Themis, 1999;
- HASSEMER, Winfried; **Por qué no Debe Suprimirse El Derecho penal.** México: INACIPE – Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003;
- HIRSCHI, T.; GOTTFREDSON, M. **A general theory of Crime.** California: Stanford University Press, 1990;
- HIRSCHI, Travis; GOTTFREDSON, Michael. **Crime & Delinquency – Rethinking The Juvenile Justice System** – vol. 39 n.2. London: SAGE, 1993;
- HULSMAN, Louk; CÉLIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas – o sistema penal em questão.** Tradução Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luan Editora LDTA, 1993;
- HOUAISS, Dicionário. **Diocionário da Lingua Portuguesa.** Temas e Debates: Lisboa, 2003;
- JAKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Sobre la génesis de la obligación jurídica.** Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005;
- JAKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo.** Madrid: Thomson Civitas, 2003;
- JAKOBS, Gunther. **Dogmática del Derecho Penal y la Configuración Normativa de La Sociedad.** Bonn: Thompson Civitas, 2004;
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal - parte geral.** 33ª edição – volume I. São Paulo: Saraiva, 2012;
- JESUS, Damásio E. **Direito Penal, Parte Geral.** vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2002;

- KAISER, Gunther. **Criminologia**. n.1 - Presentazione di Franco Ferracuti. Milano: Giuffrè, 1985;
- LARANJEIRA, Ronaldo. Legalização de Drogas e a Saúde Pública. Revista Científica Ciência & Saúde Coletiva (Vol.15, Nº 3, Rio de Janeiro, Maio/Junho 2010);
- LARRAURI, Helena. **La Herencia de La Criminología Crítica**. 2º edição. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991;
- LARSSON, Maria. **Sweden's Successful Drug Policy: A Review Of The Evidence**. UNITED NATIONS - Office on Drugs and Crime. February, 2007;
- LANUZA, Carmen Tomás-Valiente. **The Justificatio Of Paternalism**. Rechtstheorie. ISSN 0034-1398. Band 30, Heft 4 (1999) p.431-460);
- LLUCH, Reinerio Camejo; PEÑA, Lourdes Agular; **Las Drogas**. Buenos Aires: El Cid, 2005;
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Derecho Penal Mínimo y Nuevas Formas de Criminalidad**. *Revista de Derecho y Criminología*, 2ª Época, nº. 9. 2002;
- MARTIN, Paul. **Sexo, Drogas e Chocolate – A ciência do prazer**. Tradução Maria Georgina Segurado. Lisboa: Bizâncio, 2009;
- MANTOVANI, Ferrando. **Umanità e Razionalità Del Diritto Penale**. Milani: Cedan, 2008;
- MAIA, Marco. **Política Sobre Drogas – Câmara dos Deputados**. Brasília: Biblioteca Digital Deputados, 2012;
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo na Lei de Drogas**. Revista Liberdades nº 2 – setembro/dezembro. São Paulo: IBCCRIM, 2009;
- MEDEIROS, Regina; PAULILO, Maria Ângela Silveira; CARNEIRO, Henrique Soares; LEMOS, Tadeu; FERREIRA, Helder; SOUZA, João Luis; CUBAS, Viviane; LEAL, Fabiola Xavier; GARCIA, Maria Lúcia Teixeira; BASÍLIO, Miriam Cátia Vieira. **Prevenção ao Uso Indevido De Drogas**. Curitiba: Secretaria do Estado da Educação – Governo do Estado do Paraná. SEED, 2008;
- MEYER, Jürgen. **Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa: eine rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des Bundeskriminalamts**. Freiburg i. Br. Eigenverlag Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987;
- MEIER, Julio B. J. BINDER, Alberto M. **El Derecho Penal Hoy – Homenaje al Prof. David Baigún**. Buenos Aires: Del Puerto, 1995;
- MOTT, Mlle. **L'importance des Estupéfiants Par Rapport a la Criminalité - L'abus des drogues et la criminalité**. Strasbourg: Conseil de L'Europe, 1975;

- MOCCIA, Sérgio. **El Derecho Penal Entre Ser y Valor – función de la pena y temática teleológica**. Traducción Antonio Bonanno. Montevideo: B de F Ltda, 2003;
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Jerez: Funcación Universitaria de Jerez, 1984;
- NAÇÕES UNIDAS, **Convenção das Nações Unidas Contra a Delinquência Organizada Transnacional e seus Protocolos**. Escritório das Nações Unidas Contra as Drogas e o Crime. New York, 2004;
- NEVES, Thereza Cristina Coitinho das. **Drogas y (Des)control Penal: la urgência de una política de drogas legítima con especial enfoque en la actual situación brasileña**. Tese de Master - Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2012;
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Partes Geral e Especial**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;
- OEA – Organización de Los Estados Americanos. **Ecenários para el Problema de Drogas en las Américas 2013-2025**. Cartagena de Índias 2012;
- POIARES, Carlos Alberto; **Análise Psicocriminal das Drogas – O Discurso do Legislador**. Porto: Almeira & Leitão, 1998;
- POIARES, Carlos Alberto; **A Descriminalização do Consumo de Drogas: abordagem juspsicológica**. Revista Toxicodependências. Edição SPTT, Vol. 8, n.º2, Ano: 2002 págs. 29-36;
- QUEIROZ, Paulo; **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Locos y Culpables**. Pamplona: Aranzadi, 1999;
- QUINTAS DE OLIVEIRA, Jorge Albino. **Regulação Legal do Consumo de Drogas – impactos da experiência portuguesa da descriminalização**. Prefácio de Cândido Agra. Porto: Fronteira do Caos Editores, 2006;
- RAMIRO AVILÉS, Miguel. **Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos**. Junio 2006, n.15, Época 2, p.211-256 (Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas);
- RICHARDS, Denis. **As Drogas**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997;
- RIGHI, Esteban. **La Culpabilidad en materia Penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 2003;
- RODRÍGUEZ, Carlos Suárez-Mira; **La imputabilidad del consumidor de drogas**. Valencia: Tirand lo Blanch, 2000;

- RODRIGUES, Thiago. **Política e Drogas nas Américas**. São Paulo: EDUC, 2004;
- ROMANÍ, Oriol. **Las Drogas – Sueños y Razones**. Barcelona: Ariel, 1999;
- ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal**. Tradução Muñoz Conde. Madrid: Réus S.A., 1981;
- ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Derecho Penal. 2ª edição** Madrid: Vega, 2004;
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General – Fundamento, la Estructura de la Teoría del Delito**. Tomo I – Traducción Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997;
- ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y Procesal Penal**. Traducción de Carmen Gómes Rivero y María del Carmen. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000;
- ROXIN, Claus; JAKOBS, Gunther; SCHUNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KOHLER, Michael; **Sobre el estado de la teoría del derecho**. Seminário en la Universitat Pompeu Fabrat. Madrid: Civitas, 2000;
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social – princípios do direito político**. Tradução: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999;
- RUSCHE, Georg; KIRCHHAIMER, Otto. **Pena y Estructura Social**. Bogotá: Themis, 1984;
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral – 3ª edição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- SANTOS EBO, Isabel de Jesus dos. **A Geopolítica das Drogas**. Universidade Técnica de Lisboa – Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2008;
- SÁNCHEZ, J. M. Silva. **Política Criminal y Nuevo Derecho Penal – Libro Homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: JM BOSH EDITOR, 1997;
- SÁNCHEZ, J. M. Silva. **La Expansión Del Derecho Penal – Aspecto de la política criminal en las sociedades industriales. 2ª edición, revista ampliada**. Madrid: CIVITAS, 2001;
- SOUZA, Luciano Anderson. **Revista Liberdades – Departamento de internet do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – n. 2**. São Paulo: IBCCRIM, 2009;
- SOLER, Sebastian. **Exposición y Crítica De La Teoría Del Estado Peligroso**. Buenos Aires: Lavallo, 1929;

- SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry. **Handbook Of Restorative Justice**. London: Routledge, 2008;
- SUTHERLAND, Edwin H. CRESSEY, Donald R. **Criminologia**. n.3 - Apresentação di Mario Zanchetti. Milano: Giuffrè, 1996;
- SHÜNEMANN, Bernd. **El Sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50º aniversario. Traducción Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: TECNOS, 1991;
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 22 – nº 2 abril/junho 2012 – Diretor: Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012;
- SILVA, Myltainho Severiano da; **O Livro das Drogas**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1997;
- SILVA COSTA, Lauren Loranda. **Os Crimes de Acumulação no Direito Penal Ambiental**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011;
- SMIT, Jaap. **Mediação enquanto parte do sistema de justiça criminal ou como restauradora da relação afectada?** *In* Vítimas & Mediação. APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. Lisboa: APAV, 2008;
- STUART MILL, Jhon. **On Liberty**. Eletronic Classic Series PA 18201-1291. Jim Manis. Hazleton: Pennsylvania State University, 1998;
- STULIN, Daniel. **Os Senhores da Sombra: como os governos e seus serviços secretos estão em conluio com o tráfico de drogas e terroristas internacionais para benefício e lucro mútuos**. 2ª ed. Tradução Helena Leuschner. Europa-América, 2010;
- TERRAGNI, Marco Antonio. **Culpabilidad Penal y Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Hammurabi, 1981;
- TOMÁS, José Miguel Sánchez; **Derecho de las drogas y las drogodependencias**. Madrid: FAD, 2002;
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994;
- TROUT, J. D., **Paternalism and Cognitive Bias**. Law and Philosophy. ISSN 0167-5249. Vol. 24, n. 4 (2005), p. 393-434;
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal – parte general**. Buenos Aires: Roque Delpalma, 1956;

- WOLTER, Jurgen; FREUND, Georg; **El Sistema Integral del Derecho Penal – delito, determinación de la pena y proceso penal**; Madrid: Marcial Pons, 2004;
- UNITED NATIONS. **Global Report On Crime And Justice**. Office for Drug Control an Crime Prevention – centre for international crime prevention. Oxford: Editor Graeme Newman, 1999;
- VALENTIM, Artur. **O Campo da Droga em Portugal: medicalização e legitimação na construção do interdito**. *Análise Social*, Viseu, Vol. XXXIV nº 153 (Primavera 2000), p.1007-1042;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALÁGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima, 2002;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar** – 1ªed. – Buenos Aires: Ediar, 2011;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal** – 1ªed. – Venezuela: Monte Ávila Editores Latinoamérica, 1993;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – 9ª edição – Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Revista: La Cuertion Criminal**. Nº 5 - Jueves, 23 de junio de 2011 (p. IV);
- ZORILLA, Carlos González. **Legislação Simbólica e Administrativização do Direito Penal: a penalização do consumo de drogas**. *Revista do Ministério Público* – 14º ano – JULHO/SETEMBRO 1993 nº55 - (págs.71-81);