



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANTINENSE

LUIZ ANTÔNIO FRANCISCO PINTO

**UM ESTUDO SOBRE A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS SOB O ENFOQUE DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

PALMAS-TO

2017

LUIZ ANTÔNIO FRANCISCO PINTO

**UM ESTUDO SOBRE A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS SOB O ENFOQUE DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, da Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Sérgio Gomes Soares.

PALMAS-TO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

P659e Pinto, Luiz Antônio Francisco.

Um estudo sobre a política de combate às drogas sob o enfoque da criminologia crítica. / Luiz Antônio Francisco Pinto. – Palmas, TO, 2017.
89 f.

Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2017.

Orientador: Paulo Sérgio Gomes Soares

1. Sistema penal. 2. Direitos humanos. 3. Descriminalização da maconha. 4. Proibicionismo. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

LUIZ ANTÔNIO FRANCISCO PINTO

**UM ESTUDO SOBRE A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS SOB O ENFOQUE DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, da Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.



PROF. DR. PAULO SÉRGIO GOMES SOARES
Orientador



Prof. Dr. ANDRÉ LUIZ AUGUSTO DA SILVA
Avaliador Externo



Prof. Dr. TARSIS BARRETO OLIVEIRA
Membro Avaliador

Palmas-TO
2017

Aos meus pais e minha avó *Nacica*.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a oportunidade de ter ingressado neste mestrado que mudou toda uma concepção de vida a este pesquisador em relação às drogas tidas como ilícitas e a seus consumidores. Esta pesquisa me tornou um ser humano diferente, para melhor, quero crer.

Sou grato também à oportunidade de ter e estar convivendo com o Professor Paulo Sérgio, pessoa sensível e doador ao próximo, ativista social.

Não posso deixar de registrar o impacto e o privilégio que é cursar um mestrado, pois seria impensável em determinado período de minha vida, tendo em conta minha origem em contexto econômico-social desfavorável. Mas, isso não seria possível, se não fosse pela dedicação de meus pais por primarem por eu estudar, tanto que mudaram toda a trajetória de vida deles e do que gostavam de fazer para que eu tivesse acesso a uma escola com a mínima qualidade, fugindo das multisseriadas da roça. Neste ponto, rendo elogios singulares especialmente à minha mãe, totalmente analfabeta, a qual sabia a importância dos estudos. Não deixo de pensar na senhora por um dia.

À minha avó paterna, Inácia, carinhosamente chamada de *Nacica*, que me fez ter interesse em modelar pessoas estudadas dizendo frases “*Ainda quero ver você com uma gravata igual a daquele moço ali*”. A senhora deixou um legado. Espero ter a sabedoria de transmitir isso aos meus filhos.

Tenho débito com professores do mestrado UFT/ESMAT, mas não posso deixar de registrar, em especial, a felicidade de ter o professor Tarsis, coordenador do curso, como exemplo de cultura e dedicação, pela sua capacidade de transmitir o desejo de se obter mais e mais conhecimento.

À professora Maria Ângela, servidora da ESMAT, que carinhosamente acolheu meus textos de última hora para correções gramaticais, tornando-se uma amiga.

A Marcela, secretária do mestrado, que, antes mesmo do ingresso no curso, tratava a todos com igualdade, respeito e atenção. Vi que sua sensibilidade, competência e dedicação eram extremas, mesmo em momentos de muita dificuldade pessoal. Obrigado.

Por último, agradeço à minha esposa Gleice por ter tido paciência comigo nos momentos em que furtei da presença dela e de nossa linda filhinha Ana Luísa para poder estudar. Sem essa base familiar eu não teria conseguido chegar até aqui. Amo vocês.

RESUMO:

Este estudo trouxe o debate sobre a Política de Combate às Drogas no Brasil sob o enfoque metodológico da Criminologia Crítica, utilizando autores de referência como Alessandro Baratta e Salo de Carvalho. A crítica vai ao sentido de questionar o proibicionismo, perspectiva que embasa as políticas de combate às drogas no mundo, com grande influência no Brasil. Do ponto de vista histórico é evidente que o proibicionismo não tem evitado o consumo das drogas, muito menos tem contribuído para minimizar os efeitos deletérios sobre a questão social que o tráfico ocasiona, arrebanhando em suas práticas ilícitas uma série de crimes que afetam toda a sociedade, particularmente, nas franjas mais pauperizadas da classe trabalhadora. Nessa perspectiva, a atual Política de Combate às Drogas, por não diferenciar o traficante do usuário apenas contribui para o superencarceramento de jovens das camadas populares. No Brasil o fenômeno do superencarceramento fere os Direitos Humanos. A descriminalização da maconha, nesse sentido, poderá ter forte impacto para evitar a prisão cautelar de jovens usuários ou que portem pequena quantidade da droga. Enquanto a descriminalização não ocorre, mediante amplo debate social, o Estado pode atuar frente à problemática, adotando procedimentos que auxiliam nas decisões judiciais, como a Justiça Restaurativa, a Justiça Terapêutica e a Audiência de Custódia, que se constituem alternativas à prisão cautelar. Por fim, o presente estudo procura trazer algumas reflexões teóricas sobre a política de redução de danos que é uma tendência mundial, adotada por países que aderiram à descriminalização das drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penal. Direitos Humanos. Descriminalização da Maconha. Proibicionismo. Redução de Danos.

ABSTRACT:

This text brings in the discussion about the drug dealing combat policy in Brazil, under the emphasis of Criticism Criminology. The work is based on authors like Alessandro Baratta and Salo de Carvalho. The argumentation goes on questioning prohibitionism, which is the basis of the combat policies over the entire world, including Brazil. Under a historical point of view, it's obvious that prohibitionism hasn't been effective in avoiding drug consumption growth, let alone minimizing the deleterious effects over the social issue generated by the drug market, involving in itself a great amount of crimes that affect all the society, in special, the working masses with low incomes. Under this radar, the current combat policy, while not sorting out drug dealers from consumers, contributes itself for the prison population growth. In Brazil particularly, this phenomenon hurts Human Rights. The Marijuana regulation, in this direction, might be a strong factor to avoid the arrest of young users caught with a small amount of the drug. While the decriminalization is still on debate, the government can face the problem with proactive procedures that would help justice, like Restorative Justice, Therapeutic Justice and the Custody Audience, for instance. All of them alternatives for the arrest. Lastly, this study brings some theoretical insights over the Damage Reduction Policy, a global tendency adopted by many countries that has joined the idea of drug decriminalization.

KEY WORDS: Criminal System. Human rights. Decriminalization of Marijuana. Prohibitionism. Harm Reduction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	16
ASPECTOS METODOLÓGICOS DA CRIMINOLÓGIA CRÍTICA.....	16
1. A Criminologia Crítica na Europa	16
2. O efeito devastador do encarceramento e da rotulagem sobre o exército de reserva dos trabalhadores.....	20
3. A criminologia positivista no Brasil e a política de drogas	25
CAPÍTULO II.....	31
A HISTÓRIA DAS DROGAS: PROIBICIONISMO E REGULAMENTAÇÃO.....	31
1. As drogas e o seu uso: um breve histórico	31
2. As drogas nos EUA: regulamentação e proibicionismo	36
3. A legislação brasileira e o proibicionismo no Brasil	44
CAPITULO III	60
A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA E AS POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS	60
1. O enfraquecimento do proibicionismo e as políticas de redução de danos	60
2. A repercussão do Recurso Extraordinário n°. 635.659/SP sobre a descriminalização da maconha.....	65
3. Mecanismos alternativos à prisão cautelar: Justiça Restaurativa, Justiça Terapêutica e Audiência de Custódia.....	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

Na atualidade, o uso de drogas ilícitas e o tráfico vêm despontando como grave problema social em diferentes partes do planeta. Dentro desse contexto, há várias vertentes de pensamento buscando o enfrentamento ao uso das drogas, sendo o mais popular e o menos eficiente, o proibicionismo, que provoca como punição o encarceramento e, em alguns, países até a pena de morte no caso de tráfico.

O Brasil e a América Latina de maneira geral estão passando por uma crise no sistema penal sem precedentes e os debates sobre a descriminalização e a despenalização das drogas precisam ser enfrentados como medida para minimizar os impactos da superlotação nos presídios dominados pelo crime organizado. Estrategicamente, é necessário que este debate se inicie na academia e em diferentes áreas do conhecimento como condição de se oferecer alternativas viáveis ao enfrentamento do problema, visando à redução de danos, principalmente, aos usuários, portadores de pequena quantidade de qualquer droga. O objetivo desta dissertação é apresentar um estudo sobre a política de combate às drogas sob o enfoque da Criminologia Crítica, procurando contribuir com o debate acadêmico no campo jurídico.

Os fundamentos metodológicos da Criminologia Crítica têm como pressuposto fundamental a divisão de classes sociais antagônicas. Após o advento da Revolução Industrial, com a expansão do capitalismo, as sociedades se dividiram em classes distintas - a burguesia e o proletariado. A Criminologia Crítica trabalha com uma concepção macrosociológica que permite analisar as contradições sociais - a luta de classes - para a compreensão das múltiplas determinações que enredam o fenômeno da criminalidade. Trata-se, portanto, de uma teoria materialista de âmbito econômico-política. Ela se contrapõe à concepção microsociológica das análises positivistas, que consideram a criminalidade uma realidade ontológica.

Essa base metodológica se encontra no pensamento do jurista, sociólogo e filósofo italiano Alessandro Baratta, que foi um dos precursores da Criminologia Crítica na Europa, e também do Professor Salo de Carvalho (UFRJ/Brasil), que trabalha com uma perspectiva de Direito Penal crítica e com temas da criminologia que envolve a relação entre sociedade, punição e encarceramento.

No sistema capitalista, a criminalidade é um “bem negativo” promovido pela desigualdade na distribuição de bens entre as classes sociais. A criminalização da pobreza se fundamenta pela noção de “desvio” em relação aos crimes cometidos contra os bens protegidos (patrimônio) por leis que geram a persecução penal como forma de controle social. A noção de desvio está profundamente ligada ao estigma gerado pelas condições sociais de classe. Dessa forma, a rotulagem e o etiquetamento do comportamento se tornou um (pré) conceito de classe contra grupos pela sua origem social, etnia, crenças e etc. (BARATTA, 2011). Além disso, ganhou força a ideia de que quem comete os crimes são

as pessoas com comportamento desviante e destituídas de bens.

No que diz respeito às drogas, há sempre a prerrogativa do desvio de comportamento, de forma que o uso e o porte são considerados crimes e o usuário alguém que não está preparado para o convívio social. Porém, pelo enfoque da Criminologia Crítica, há uma seletividade que acaba por criminalizar a pobreza, sem considerar a desigualdade social como condição estrutural e historicamente constituída no contexto do próprio país.

Diante dessa perspectiva, a Criminologia Crítica oferece alguns instrumentos teóricos que permitem a crítica ao modelo proibicionista e, também, aponta alternativas à prisão cautelar, considerando as condições historicamente constituídas para avaliar a criminalidade. Nessa perspectiva, o crime não é algo que possa ser atribuído a uma condição humana ontológica.

Empiricamente, de onde deve partir qualquer teoria materialista, os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014) disponibilizados pelo Ministério da Justiça, em 23 de junho de 2014, expõem as informações sobre a população carcerária, que podem ser debatidos pela ótica da Criminologia Crítica, cuja perspectiva enfoca o problema da seletividade para o crime como decorrência da classe social, da pobreza e das próprias relações sociais.

Tal pressuposto se comprova se observado o perfil dos jovens encarcerados no sistema prisional brasileiro. A maioria dos presos é jovem¹ - são pobres, negros e com baixo nível educacional, condições que caracterizam, também, boa parte da população brasileira. Conforme o estudo de Fiore (2012) normalmente esses jovens portam pouca quantidade de drogas.

De acordo com os dados do Infopen (2014, p. 48-50), “56% da população prisional é composta por jovens, essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país”; [...] “dois em cada três presos são negros. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%)”.

Evidentemente, a ausência ou o pouco investimento em políticas públicas, como saúde, educação e segurança, reforçam a sensação de abandono e exclusão da população, sobretudo, dos trabalhadores, cuja precarização da vida incide sobre as condições de existência dignas. Soma-se a isso, o acesso precário aos bens socialmente produzidos e o aprofundamento do fosso na divisão das riquezas. Tais fatores, inegavelmente, podem ocasionar um aumento na criminalidade, bem como produzir o crescimento dos diferentes tipos penais.

No entanto, o discurso do direito penal de igualdade de todos perante a lei é um mito, pois se refere somente à igualdade formal para sujeitos jurídicos no sistema burguês, desconsiderando a desigualdade que assola os indivíduos reais nas relações de produção e reprodução social, - na venda da

¹De acordo com o Estatuto da Juventude, jovem é aquele que se encontra na faixa etária entre 18 a 29 anos.

força de trabalho, na subordinação, na exploração, na expropriação do trabalho, etc. -, procurando ainda criminalizar os comportamentos socialmente perigosos dessa classe social e protegendo a classe que detém o poder, mesmo que esta venha a cometer crimes. A criminologia positiva evoca uma espécie de ontologia da marginalização ao naturalizar que os crimes possuem mais chances de serem cometidos pelas classes menos abastadas, especialmente, em suas franjas mais pauperizadas da classe trabalhadora.

Ao tratar do problema da criminalidade em países como Alemanha e Itália Baratta (2011) aponta que as esferas normativas, judiciárias e executivas, chegaram a um ponto em comum no que tange aos delitos de menor potencial ofensivo, a saber, que é necessário diminuir os custos da criminalização, considerando que o direito penal máximo não funciona, apenas estigmatiza e discrimina. A Criminologia Crítica, nesse sentido, consiste na crítica, em si mesma, ao direito penal máximo e seu sistema de normas estático. Baratta defende o direito penal mínimo e a gradual descriminalização, procurando restabelecer a noção fundamental de Direitos Humanos. Ora, o direito penal máximo associado ao crescimento de tipos penais, sem que haja a diferenciação por potencial ofensivo, sugere que as causas para a superlotação em presídios é a criminalização da pobreza. Portanto, o problema é, sobretudo, social.

Um dos elementos que explicam a superlotação dos presídios brasileiros é o fato de que se somam aos tipos penais de grande potencial ofensivo àqueles de menor potencial ofensivo, como o uso e porte de pequena quantidade de alguma droga, pequenos furtos, problemas com pensão alimentícia, violência doméstica, etc.

Entende-se que é o ajuntamento de tipos penais de menor potencial ofensivo com tipos penais de maior potencial ofensivo, e em condições degradantes, que corrobora para o fortalecimento do crime organizado. Nesse sentido, pode-se afirmar que o encarceramento massivo tem sido uma experiência mal sucedida no Brasil, tanto que o país hoje se tornou uma grande agência policial a serviço do encarceramento massivo (SILVA, 2013).

Observa-se que a população carcerária cresceu 161% (cento e sessenta e um por cento) nos últimos 15 anos, alcançando o número de 607.731 presos. Contudo, o país possui apenas 375.892 vagas (INFOPEN, 2014). O aumento na criminalidade não foi acompanhado pelo crescimento no número de vagas nos presídios. Ainda há que se frisar a injustiça de manter encarcerados em presídios dominados pelo crime organizado os indivíduos sem julgamento, isto é, sem a certeza de que cometeram algum crime.

O presente trabalho trata do problema do uso e porte de drogas, considerando o aumento do encarceramento entre os jovens. Atualmente, “25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico” (INFOPEN, 2014, p. 70), sem considerar as mulheres nesse rol.

O debate acerca da política de drogas no Brasil precisa acontecer para que haja uma revisão na

legislação atual. Sabe-se que uma política malsucedida de combate às drogas com a punição no viés criminal do direito máximo recai sobre as classes sociais menos favorecidas. O foco na proibição, repressão e punição, decorre da hegemonia do pensamento positivista no direito penal (CARVALHO, 2013), que precisa ser revisto.

A história das drogas demonstra o traço marcante do proibicionismo no contexto da radicalização do puritanismo norte-americano em decorrência do interesse da indústria farmacêutica pelo monopólio das drogas, ainda no século XIX (CARNEIRO, 2002; FIORE, 2012).

A vertente proibicionista, após ganhar força nos Estados Unidos, foi adotada como política pela Organização das Nações Unidas (ONU) e, conseqüentemente, pela maioria dos países do mundo, nas décadas seguintes, até o presente momento. Porém, há que se ressaltar que o proibicionismo norte-americano tem conotação econômica não somente devido ao monopólio das drogas por indústrias farmacêuticas. O cigarro, por exemplo, foi considerado uma droga lícita por razões econômicas estratégicas, bem como alguns alimentos, a despeito do malefício que causam à saúde (muito maiores que algumas drogas) como o açúcar, por exemplo. Desde então, a perspectiva proibicionista não foi capaz de conter a expansão do uso de drogas, bem como, o tráfico.

A história da alimentação e das drogas pode desmistificar muitas crenças e auxiliar na quebra de paradigmas em relação ao preconceito às drogas e auxiliar o magistrado a ler o contexto social, considerando as múltiplas determinações que envolvem a vida de um indivíduo.

Portanto, as drogas não podem ser vistas somente pelo prisma do proibicionismo, que cria critérios para se enquadrar uma droga como lícita ou ilícita, sem considerar a história e os parâmetros culturais como forma de avaliar as conseqüências e, por conseguinte, a redução de danos aos indivíduos encarcerados pelo uso ou porte de pequena quantidade.

No momento em que o Estado articula todos os esforços em prol da proibição das drogas e ignora outras formas de enfrentar o problema, a política de drogas apenas consegue dizer que as drogas são proibidas porque são ruins e não o contrário. Essa lógica permite à justiça continuar determinando que consumi-las é errado e, portanto, sujeito à punição (FIORE, 2012).

O proibicionismo às drogas tidas como ilícitas não diminuiu o uso e nem garantiu o uso em condições dignas pelos usuários com políticas públicas de tratamento, pelo contrário, apenas puniu e têm punido, sobretudo, os jovens, transformando um tipo penal de menor potencial ofensivo em problema social, devido ao contato com organizações criminosas no interior dos presídios.

Entende-se que, em caso de acautelamento, os presídios que abrigam criminosos perigosos devem seguir os princípios éticos e de respeito aos Direitos Humanos, coisa que não acontece nos presídios brasileiros. Nesse caso, a prisão precisa ser vista como última fronteira e não como solução para punir os jovens usuários ou aqueles que portam uma pequena quantidade de qualquer droga. Além

disso, há mais de dois séculos que se usa o sistema de privação de liberdade e não se tem visto diminuição na criminalidade, pelo contrário, há o seu recrudescimento (SILVA, 2013).

Acredita-se que os danos causados pelo encarceramento aos jovens e adolescentes, que já se encontram em condições sociais desfavoráveis, devido à vulnerabilidade diante das drogas, possam ser reduzidos. Considerando a experiência vista nos massacres em presídios brasileiros, ficou evidente a falência do sistema penal, bem como a perversidade da própria política de drogas brasileira, que não diferencia usuário de traficante.

Nesse sentido, aumenta a quantidade de jovens encarcerados como traficantes. O usuário de drogas já sofre os efeitos inerentes ao seu consumo das drogas em relação à saúde e sua autoimagem e, uma vez preso, será enquadrado como traficante no sistema penal, sofrendo os mesmos efeitos do sistema repressivo. Muitas vezes, um crime de menor potencial ofensivo acaba ganhando as dimensões que não deveria, pois a maioria dos usuários não está praticando crimes, senão o previsto na lei (LIMA, 2011). Em casos como estes, dependendo do potencial ofensivo, a justiça terapêutica poderia representar uma alternativa. Portanto, a audiência de custódia poderia representar uma alternativa, etc.

É imprescindível que se crie uma política de drogas alternativa ao que está posta, para que os jovens não passem a constar nas perversas estatísticas negativas apresentadas pelo INFOPEN. De se ressaltar que, na atualidade, as alternativas à prisão têm se revelado importantes no mundo todo (BARATTA, 2011; SPOSATO, 2006).

Diante dessa perspectiva, pensa-se que o Ministério Público pode ser a fonte de onde brotam as condições para apresentar alternativas ao encarceramento dos jovens usuários de drogas que cometem atos infracionais. A principal política defendida neste trabalho é a redução de danos ao invés do proibicionismo, que provoca maior encarceramento, cujas consequências para os jovens podem ser devastadoras nas atuais condições em que se encontram os presídios do país.

A perspectiva adotada pela dissertação é a de apontar alternativas que minimizem os impactos do encarceramento, procurando algumas possíveis respostas, que não são conclusivas e, que ainda precisam de amplo debate social na sociedade brasileira: como a descriminalização da maconha, a justiça terapêutica, a justiça restaurativa e as audiências de custódia, que podem servir ao magistrado de recursos no julgamento.

Tais alternativas podem ser pensadas junto a estratégias de prevenção ao uso problemático de drogas a partir do conhecimento científico sobre o tema e das evidências empíricas para implantação e orientação de políticas públicas, seja no tratamento médico-terapêutico dos usuários, seja de educação para a prevenção.

Acerca do Ministério Público, a Constituição Federal de 1988 fortaleceu a instituição ao lhe dar prerrogativas, autonomias e atribuições peculiares e, algumas delas, privativas. Com isso, criou um

órgão público forte, um órgão de Estado, com o objetivo de realizar a defesa da sociedade, especialmente em seus aspectos difusos e coletivos, sem deixar de lado a tutela individual de direitos indisponíveis e a intervenção e atuação do órgão no processo civil.

No primeiro capítulo discutiu-se a Criminologia Crítica como base teórico-metodológica de análise, a partir do pensamento do jurista Alessandro Baratta, abordando um breve diagnóstico que trata da evolução das leis penais contra as drogas no Brasil, até chegar a sua atual configuração, a Lei n.º. 11.343/2003.

No segundo capítulo se fez uma breve história das drogas como forma de compreender o surgimento do proibicionismo em fins do século XIX e seu enfraquecimento no mundo contemporâneo.

No último capítulo discute-se o contexto da descriminalização da maconha e as políticas de redução de danos. O Recurso Extraordinário n.º. 635.659/SP, em voga no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a descriminalização da Maconha, traz o debate com os votos favoráveis dos ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. A descriminalização da maconha é um tema polêmico, mas precisa ser pensado, tendo em vista que a prisão cautelar de jovens pelo uso e porte junto a outros tipos penais de maior potencial ofensivo, em cadeias dominadas pelas facções criminosas, produz danos maiores que o próprio uso da droga.

Diante dessa perspectiva, enquanto não prospera o recurso extraordinário, aponta-se como prerrogativa para minimizar os impactos do problema alguns instrumentos legais como a Justiça Restaurativa, a Justiça Terapêutica e a Audiência de custódia, como forma de reduzir os danos da prisão cautelar e “desafogar” os presídios.

A Justiça Restaurativa é um instrumento utilizado em vários países europeus como forma de compreender os motivos que levaram ao crime sem apagá-lo, mas enfrentando o problema para corrigir as consequências vividas por ocasião da infração e resolução de conflitos, no sentido de evitar o encarceramento e dar ao usuário de drogas a dimensão do dano que sua atitude lhe causa. Ele deve assumir a responsabilidade por seus atos, sendo encaminhado para grupos de apoio (BIANCHINI, 2012).

No caso da Justiça Terapêutica, o usuário é considerado doente e precisa de tratamento, sendo levado a aceitar um conjunto de medidas alternativas à prisão, como o tratamento e participação em cursos educativos (ACHUTTI, 2009).

A Audiência de Custódia é uma resposta possível para minimizar os impactos negativos do encarceramento de presos provisórios, consistindo numa ferramenta importante na preservação das garantias constitucionais do indivíduo preso, pois se verifica a possibilidade de deferimento da liberdade provisória. A imediata apresentação da pessoa presa ou encarcerada ao juiz competente, no prazo de 24 horas após o acontecido permite a verificação da regularidade legal do ato, bem como a necessidade ou

não de manter-se o indivíduo preso (JURUBEBA, 2016).

Estes instrumentos podem minimizar os impactos negativos da superlotação e do contato de quem cometeu algum crime de menor potencial ofensivo com outros presos condenados perigosos. A ideia é evitar que o cidadão, que não seja um criminoso, venha a ser preso provisório, diminuindo a população carcerária e os altos gastos para o Estado em relação ao seu custeio. Evidentemente, o acautelamento de jovens usuários é inconstitucional e perfaz o ideal do tipo penal seletivo, excludente e segregador, preconceituoso e negador do direito de liberdade individual.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS DA CRIMINOLÓGIA CRÍTICA

1. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA EUROPA

Atualmente, uma das vertentes mais importantes da criminologia contemporânea é a Criminologia Crítica, que surgiu em contraposição à criminologia liberal de caráter positivista. Originariamente, possui pressupostos marxistas, constituindo-se em teoria materialista que tem como foco a crítica ao conceito de desvio, típica da Criminologia positivista. O seu principal expoente é o jurista, filósofo e sociólogo Alessandro Baratta, que nos anos 1970 e 80 se dedicou a estudar o conceito de desvio e sua relação com a criminalização da classe operária.

O autor mostra que o termo desvio é utilizado como “sinônimo” de ilícito penal, sinalizando que a criminologia positivista rotula determinados comportamentos, indivíduos, grupos sociais, principalmente, por sua classe social, origem e etnia, atribuindo-lhes a pecha de criminosos pelo comportamento desviante, tido como uma questão ontológica.

A noção de desvio tem o intuito de estigmatizar os indivíduos e tirar o foco de “desvios” cometidos por categorias de pessoas que ficaram, na prática, imunes ao direito penal por serem de classes sociais privilegiadas (ou somente classe dominante). Para a Criminologia Crítica, é evidente a existência da criminalização somente da pobreza, permitindo a uma parcela da população que não se enquadra como pobre a imunidade ao direito penal.

A rotulagem ou etiquetamento ocorre pela seleção em virtude de alguns bens protegidos (geralmente patrimônio) e pela proteção a eles, considerando a sua violação por pessoas destituídas desses bens, cujas leis penais devem proteger e gerar a persecução penal. A criminalidade, nesse sentido, seria um bem negativo, promovido pela desigualdade na distribuição de bens entre os estamentos sociais.

Baratta (2011) mostra que a tese de que o direito penal é igual para todos é um argumento enganador - um mito -, pois não defende todos os bens, mas somente os que a sociedade entende como essenciais e/ou cujo valor possua interesse da classe dominante. A tutela à proteção desses bens também varia de intensidade, de acordo com a importância dos bens protegidos.

Nesse compasso, após uma análise conglobante, verifica-se que a sociedade capitalista dita as regras de quais bens devem ser tutelados penalmente e quais indivíduos devem ser punidos por condutas ilícitas, condutas criadas por esta mesma sociedade. Na mesma esteira, sugere também que

esta sociedade não tem capacidade crítica de fazer a análise para dizer o que é e o que não é desvio, pois ela é massa de manobra de um escopo maior projetado para ela pensar e ter concepções que a ótica capitalista projeta que ela tenha.

Baratta (2011) entende que o sistema capitalista gera em sua base de produção e reprodução social as desigualdades e a ideologia burguesa construída em todos os níveis de organização dessa sociedade serve para esconder a realidade ao defender os valores que convêm aos interesses de uma única classe social. Assim, a criminologia crítica aponta que a sociedade capitalista, como um todo, passou a tomar as decisões legislativas, judiciais e públicas válidas para todos. Porém, em verdade, essa sociedade legitima atitudes que foi levada a apoiar.

Tal sociedade passou a caracterizar como crimes as atitudes que ela mesma poderia sofrer, colocando as leis à sua disposição, no sentido de defender os interesses que pretensamente seriam de todos, mas que são interesses de classe.

Nesse passo, há interessante raciocínio. A igualdade formal na lei existe, na medida em que, em tese, toda a sua violação, por quaisquer indivíduos, gera a mesma sanção. Entretanto, no plano da igualdade substancial demonstra-se que não é qualquer indivíduo que viola quaisquer leis, pois há leis que são feitas para segmentos específicos da sociedade.

Vejam: as atitudes que subvertem o sistema de produção e geração de riqueza, que violam interesses da classe dominante (burgueses, segundo o autor), são criminalizadas. O furto é um exemplo. Assim, a despeito de o crime de furto poder ser cometido por qualquer indivíduo na sociedade, na prática, ele vai ser cometido somente por indivíduos pobres e de estratos sociais de base, aqueles surgidos entre os trabalhadores. Desse modo, apesar da igualdade formal da lei penal, ela não atinge determinados nichos sociais, mas os trabalhadores que, via de regra, são aqueles destituídos dos bens sociais que eles mesmos ajudaram a construir.

Não bastando isso, os crimes direcionados para os trabalhadores são bem delineados, com várias hipóteses de ocorrência, bem abrangentes, ao passo que os crimes cometidos pela burguesia (os ditos de colarinho branco, econômicos etc.), possuem um campo de incidência menor, não dando margem para a incriminação. Assim, estes crimes preveem menos hipóteses punitivas que os dos trabalhadores.

Nesse ponto, Baratta (2011) tem a perspicácia de demonstrar que o direito penal está a serviço da manutenção e conservação da realidade social capitalista ao punir uma classe social específica, estigmatizando os indivíduos e impedindo a sua ascensão social. Assim, a criminalidade incide sobre um estrato pré-determinado para justificar a manutenção da realidade social. Não é interessante que sejam considerados crimes as ocorrências originadas na classe burguesa, ou mesmo que o sejam, não devem ser punidos da mesma forma que as classes inferiores.

Baratta aborda que um dos elementos que reforçam a estigmatização das classes sociais

pauperizadas é a correlação existente entre o sistema escolar e o sistema penal que se evidencia pela extensão. Um sistema escolar seletivo de acordo com a classe social e feito para reproduzir a realidade social é usado como meio de exclusão de classes menos favorecidas ao poder, bem como de acesso a estamentos superiores.

O autor observa que quando uma criança ou adolescente de estrato superior comete uma falta, ele tem maior facilidade de se furtar às sanções administrativas da escola e, dessa forma, ele consegue se sobressair no futuro, pois não fica estigmatizado. Isso ocorre em razão do “susto” da possível punição, o que é melhor que a punição em si, que é o que ocorre nas classes menos abastadas, que não têm a chance de ter somente o “susto”. Uma vez adulto, o cárcere é o meio de manutenção da realidade social com as mesmas características da escola, isto é, não se dá chance para a ressocialização e possível reinserção do indivíduo na sociedade, a despeito de formalmente afirmar fazê-lo. Revela-se, dessa forma, o mito da ressocialização, considerando que não é possível aprender a viver em liberdade sem liberdade (GIACOIA; HAMMERSCHMIDT, 2012).

De volta ao sistema escolar, estigmatizam-se e subjugam-se os alunos que não são enquadráveis dentro dos padrões esperados de desempenho, sendo relacionados a problemas de convivência, problemas sociais ou de cunho cognoscitivos. Isso faz com que um determinado grupo de alunos seja excluído “naturalmente” do processo, como se estivessem sendo preparados para se manter no sistema penal como uma extensão da escola, após atingir a idade necessária.

O sistema escolar, no conjunto que vai da instrução elementar à média e à superior, reflete a estrutura vertical da sociedade e contribui para criá-la e para conservá-la, através de mecanismos de seleção, discriminação e marginalização. As pesquisas na matéria mostram que, nas sociedades capitalistas, mesmo nas mais avançadas, a distribuição de sanções positivas (acesso aos níveis relativamente mais elevados de instrução) é inversamente proporcional à consistência numérica dos estratos sociais, e que, correspondentemente, as sanções negativas (repetição de anos, desclassificação, inserção em escolas especiais), aumentam de modo desproporcional quando se desce aos níveis inferiores da escala social, com elevadíssimos percentuais no caso de jovens provenientes de zonas de marginalização social (*slums*, negros, trabalhadores estrangeiros) (BARATTA, 2011, p. 172).

Embora Baratta esteja revelando a faceta ideológica da realidade escolar em países europeus, se observarmos a realidade escolar brasileira no que tange ao processo de exclusão social no interior do sistema escolar, os pobres, os negros, os indígenas e os pardos fazem parte dessas estatísticas. Haja vista a questão das cotas, hoje, como forma de tentar minimizar os impactos desse problema histórico. A despeito disso, os dados do INFOPEN (2014) mostram que o contingente dos presídios brasileiros se constitui, em sua maioria, de jovens pobres, pardos e negros, isto é, do contingente descrito já excluído na escola devido a questões de classe e da cor da pele.

Dentro desse contexto, o princípio da meritocracia na escola é questionável, pois cumpre uma

profecia autorrealizável (*self-fulfilling prophecy*), que nada mais é que caracterizar o aluno da classe social inferior como incapaz de aprender e, portanto, como incapacitado de ascender e de ser uma pessoa digna aos padrões exigidos pela sociedade capitalista; ao fazer isso, tudo conspira para que ele assim seja, começando pela autoestima diante de seus pares, sendo, aos poucos, inculcado por tudo que o rodeia e faz parte de seu mundo, o julgamento por professores, a mídia, a polícia, etc. Assim, é criado um artifício inicial em que o indivíduo, ainda criança, estaria fadado ao insucesso e essa crença limitante por si só na cabeça do indivíduo funcionaria como sua sina. Concernente a esse fato, há o reforço pela classe dominante, como característica do próprio sistema capitalista, de que esse problema é ontológico, isto é, que as crianças das classes subalternas, desde o seu nascimento, estão condenadas ao comportamento desviante. A criminologia positivista, de enfoque microssociológico, tem como verdade esse pressuposto.

Então, a extensão do fenômeno discriminatório do sistema escolar conduz, sugestivamente, ao sistema penal, pois os fatos tipificados em larga escala, como crimes perseguíveis são justamente os que os estamentos mais pobres e hipossuficientes estão predispostos a cometer.

A tendência, diante desse fato, é que se tira o foco dos mecanismos sociais e institucionais de controle e coloca-se sobre os indivíduos. A violência dos mecanismos de controle estatais passa a ser vista com naturalidade e como necessária para conter a criminalidade. Além disso, o poder público perseguidor, ganha especial forma na figura dos magistrados, normalmente, são formados no âmago da classe dominante, como parte das funções seletivas e classistas da justiça penal. Tal como ajuíza Baratta (2011, p. 177):

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena desses pontos de vista.

Para o autor, então, o magistrado, em casos de crime contra o patrimônio, apresenta uma valoração em relação à culpa dependendo da classe social do acusado, funcionando em desfavor do marginalizado. Em resumo, há uma tendência natural dos juízes a criminalizar de maneira mais áspera indivíduos hipossuficientes em detrimento dos mais abastados, mesmo em crimes em que não há, em princípio, uma predisposição de classe social a cometê-los, como os crimes de trânsito, por exemplo.

2. O EFEITO DEVASTADOR DO ENCARCERAMENTO E DA ROTULAGEM SOBRE O EXÉRCITO DE RESERVA DOS TRABALHADORES

Neste tópico, pretende-se mostrar os efeitos devastadores do encarceramento e da rotulagem como formas de violência promovidas pelas agências estatais e pelas instituições punitivas; a estigmatização se estende para além dos muros dos presídios, conduzindo os indivíduos marcados e rotulados para a reincidência, dado que o processo de exclusão continua e com mais força. Nas sociedades capitalistas, cumpre-se a profecia de que o processo de socialização escolar está envolto por um grave defeito, a saber, a exclusão da maioria. O papel da escola capitalista é selecionar os melhores e excluir o restante, diga-se de passagem, a maioria. Uma parte desses excluídos vai continuar excluída do sistema de produção e consumo, abrindo caminho para a criminalidade.

A criminalidade, por sua vez, termina com o cárcere, onde começa o processo de rotulagem que, num círculo vicioso, produzirá mais exclusão. Baratta (2011) aponta para a impossibilidade de ressocialização como condição do que não foi realizado na escola, dado que o preso passará pela rotulagem, conferindo-lhe uma marca que a sociedade introjetou como negativa. Abre-se, dessa forma, o caminho para mais exclusão.

Também calcado em pesquisas, constata-se que, da mesma forma que no sistema escolar, o mecanismo da *self-fulfilling prophecy* se aplica ao crime e seu autor. As pesquisas apontam que a reincidência no crime tem relações com a exclusão.

Constatou-se que ao cometer um delito o indivíduo já foi estigmatizado, podendo sofrer todas as consequências dessa rotulagem, inclusive, ter dificuldade de se adaptar ao que é esperado socialmente das instâncias de poder. A ideia é que a reincidência tenha origem nos próprios mecanismos de controle social e na violência das instituições sociais, que não somente excluem, mas rotulam, fazendo com que o processo entre num ciclo sem retorno.

Dessa perspectiva, Giacoia e Hammerschmidt (2012) apontam que é falacioso acreditar que a pena termina com a liberdade do apenado, pois a prisão se torna uma pena perpétua e com ela a estigmatização que a acomete. Essa condição se expressa até mesmo no contexto europeu que, em tese, respeitam-se os Direitos Humanos nas prisões,

[...] como é de conhecimento, a esperança dos especialistas na possibilidade de utilizar o cárcere como lugar e meio de ressocialização foi se perdendo quase que completamente. Isso devido em parte aos resultados de pesquisas empíricas que apontaram dificuldades estruturais e aos escassos resultados que a instituição carcerária apresenta quanto à reabilitação (BARATTA, 2006, p. 3).

Não se trata mais de apostar na ressocialização, mas em pensar em alternativas à prisão cautelar. Em verdade, se colocarmos em foco os presídios brasileiros, em que não há respeito aos Direitos

Humanos, qualquer processo de ressocialização é uma mera utopia. Não se trata de pessimismo, mas de considerar os resultados históricos do atual modelo criminal, que até o momento somente produziu superencarceramento, não ressocializa e tem feito aumentar a criminalidade, além de consumir cifras estrondosas de dinheiro público que poderiam estar sendo gastos com políticas públicas para o bem estar social. Corroborar para este pressuposto a seguinte análise: Baratta (2006, p. 4) aponta que:

[...] a crise do *Welfare State*, que se espalhou em todo o mundo ocidental entre os anos 70 e 80, suprimiu boa parte da base material dos recursos econômicos destinados a sustentar uma política prisional de ressocialização efetiva. Portanto, hoje assistimos em muitos países, e, sobretudo nos Estados Unidos, uma mudança do discurso oficial sobre a prisão: de prevenção especial positiva (ressocialização) para prevenção especial negativa (neutralização, incapacitação).

Em resumo, nos EUA se assumiu que a prisão não serve para ressocializar, mas para neutralizar e incapacitar e, como bem se sabe, os presídios norte-americanos movimentam cidades inteiras em torno de si, ou seja, movimentam a economia. No Brasil, além de neutralizar e incapacitar tem provocado mais exclusão e violência.

Os presídios brasileiros consomem cifras enormes de dinheiro público, mas evidentemente, há quem lucre com o caos na segurança pública - as empresas de vigilância, as seguradoras, os órgãos públicos e servidores voltados para a prisão e manutenção de pessoas encarceradas, sem contar a política do medo que é estimulada pela mídia e amplificada pelo senso comum (SILVA, 2013).

Independente da perversidade dessa lógica é necessário ressaltar que a prisão coletiva corrompe e se for individual enlouquece e deteriora; em silêncio total, dissocia e embrutece; com trabalho forçado, aniquila fisicamente; sem trabalho, enfraquece o preso no aspecto moral; além disso, transcende à sua família, fazendo sofrer todos aqueles que têm afeto ao preso, quando não a dissolve (DUARTE, 2013).

Na verdade, a prisão apenas realça os aspectos criminosos e cria a cultura do crime no ambiente carcerário, em que o indivíduo é inserido num mundo totalmente novo, com regras novas e diferentes do mundo externo, fazendo com que ele tenha aquela constituição social como a que ele sabe viver, que é a do crime. Por isso, para Baratta (2011) a prisão deve ser a última fronteira e deve ser solicitada em último caso.

O cárcere gera um desajuste de tal ordem no indivíduo que é praticamente impossível sua reinserção social, pois o isolamento retira-lhe a possibilidade de viver em uma vida normal e o aloca em um ambiente totalmente diferente, especialmente se levarmos em conta a sua necessidade de adaptação à subcultura prisional, regras do “*codigo del recluso*”, o qual prevalece, inclusive em face do ordenamento oficial da prisão (GIACOIA; HAMMERSCHMIDT, 2012). Sendo assim, o cárcere representa a sociedade com as características negativas.

Sua forma final assume as prerrogativas do controle social para conter as massas marginalizadas pelo próprio sistema capitalista, pois este usa o sistema punitivo para controle dos desempregados (o exército reserva) - os hipossuficientes que o próprio sistema criou ao excluí-los da produção e da cultura do consumo. Ou seja, tal sociedade funciona de modo hostil com as classes sociais menos favorecidas, rotulando-as, punindo-as e retroalimentando-as com a marginalização e a pobreza; produz-se, com isso, a degeneração e a degradação, dando vida a um círculo do qual os indivíduos estigmatizados não conseguem sair, prejudicando toda a sociedade. Uma juventude encarcerada representa um país com um futuro incerto. Sob o enfoque da criminologia positivista, a resposta que a sociedade capitalista dá ao fenômeno desviante é o encarceramento massivo.

Esse quadro satisfaz o interesse da massa social desinformada e ávida por mais punições, atizada pelo senso comum do sensacionalismo dos meios de comunicação de massa. O fenômeno da inversão já faz parte até da jurisprudência, pois a mídia sensacionalista e sua linguagem tem encontrado morada na linguagem dos autores jurídicos. Assim, “em inúmeros atos processuais é praticamente impossível notar diferenças substanciais entre a narrativa produzida pelos atores jurídicos e o estilo sensacionalista que caracteriza esta espécie peculiar de jornalismo policial e investigativo” (CARVALHO, 2015, p. 322).

Para tal modelo social, basta retirar do convívio as pessoas que não servem para viver em sociedade, desconsiderando as taxas de desemprego e o aumento no número de “empregados” do sistema punitivo (SILVA, 2013).

Mesmo com todas as evidências do fracasso da atual política criminal positivista e havendo outras formas de sanções penais, a prisão é a pena usada por excelência pelas autoridades judiciais (SILVA, 2013). As condições sociais são desconsideradas.

Para Baratta (2011), o sistema penal se concentra no exército de reserva de trabalhadores, que estão à espera de compra de sua força de trabalho e que se encontra em situação indesejável, social e economicamente. Como forma de manter esse exército controlado, o sistema punitivo atua sobre ele. Isso é sintomático pelo fato de 80% dos crimes reportados serem contra o patrimônio e atribuído àqueles que não possuem bens, senão a força de trabalho para vender em um mercado de trabalho para poucos, devido ao processo de reestruturação produtiva, que promoveu a subsunção do trabalho vivo ao trabalho morto (ANTUNES, 2003). Trata-se do modelo social instituído, no qual as classes sociais em luta produzem as contradições. No caso da criminalidade, ela existe nos estratos sociais elevados, mas não é reportada, ficando sem registro, constituindo a “cifra negra”, enquanto a classe social menos favorecida é mantida sob vigilância, reprimida e punida em caso de desvio de comportamento de seus membros.

Nesse aspecto, o objetivo do capital é atingido ao implementar o sistema punitivo com forças contra justamente quem ele quer que seja atingido. O sistema capitalista pressupõe uma maior

exigência de disciplina e de repressão, para conter a tensão das massas marginalizadas.

Para se buscar meios de atingir significativos avanços na política criminal é necessário, antes de tudo, a mudança do aparato social como um todo e, sobretudo, do controle social e da violência estatal, ou seja, alterando suas próprias concepções; para, além disso, é mister que se puna a criminalidade organizada e econômica criada e sustentada pela classe dominante, que gera reflexos justamente nas classes menos favorecidas, pois fragilizam as políticas públicas que seriam destinadas a elas.

Evidentemente, para diminuir o espectro criminal sobre os indivíduos pertencentes ao exército de reserva da classe trabalhadora há que se romper com a estigmatização e com a rotulagem, apostando em penas alternativas diferentes da prisão, como também em punições civis e administrativas para se evitar a seara penal. Entretanto, tais indicações não eliminarão a perspectiva punitiva do Estado capitalista, mas podem contribuir em alguma medida dentro da ordem estabelecida, para a redução de danos aos apenados, particularmente, aos usuários de drogas ilícitas.

Por fim, a contração do sistema penal ao máximo seria o ideal para a sociedade, pois o desvio (crime) acontece por previsão legislativa. Em havendo maior vácuo criminal, haveria possibilidade de aceitação de maior número de atitudes dos indivíduos, o que seria uma forma de aceitar a adversidade e condutas oriundas de várias formas de pensar, agir e se portar.

Nesse diapasão, uma sociedade que incrimina tudo é uma sociedade fechada ao diferente, característica de uma sociedade intolerante. A Criminologia Crítica, diferentemente da tradicional, não investiga o criminoso vendo-o como ontologicamente propenso e talhado ao crime, como se a criminalidade fosse natural aos indivíduos. Essa perspectiva busca, sobretudo, entender o contexto em que o indivíduo está inserido e pelo qual é levado a cometer o crime. A Criminologia Crítica busca promover alterações na sociedade, propondo que se extinga o direito penal máximo. Com isso, não concorda com a naturalização da ideia de que os crimes são decorrentes das franjas mais pauperizadas da classe trabalhadora, pois há problemas sociais que precisam de atenção.

O criminólogo italiano Alessandro Baratta, que propõe tais ideias, traz em suas reflexões uma análise do sistema prisional e da marginalidade social no sistema capitalista, apontando que o problema está na lógica desse modo de produção e, não necessariamente, somente nos indivíduos. Ele coloca em pauta algumas características importantes do modelo prisional e sua função no processo de estigmatização da classe trabalhadora, bem como a relação que existe entre a sociedade e o preso no que tange à exclusão. O foco do autor é mostrar a realidade europeia e trazer elementos para uma reforma penitenciária naqueles países, mas a sua análise também contribui para olhar a realidade brasileira e seus problemas historicamente constituídos no campo educacional e jurídico, sobretudo, na atual conjuntura em que a superlotação dos presídios tem provocado problemas que tocam diretamente nos Direitos Humanos.

Conforme Baratta (2011, p. 183), “há décadas uma vastíssima literatura baseada sobre a observação empírica tem analisado a realidade carcerária nos seus aspectos psicológicos, sociológicos e organizativos”. Para o autor, mesmo essa literatura não gera resultados unânimes e definitivos, embora tenha consolidado duas teses comuns. Em primeiro lugar, para se definir a realidade do cárcere e interpretar sua história é preciso levar em conta a real função efetiva cumprida por esse sistema. Em segundo lugar, para o fim de individualizar esta função, é preciso analisar os diferentes tipos de sociedade no qual o cárcere apareceu e se desenvolveu como instituição penal. Para tanto, o autor diz ser necessário dois fatores indispensáveis à epistemologia materialista: 1) reconstruir cientificamente a história do cárcere na sociedade capitalista e 2) apontar as suas funções no controle da classe operária.

De maneira geral, num “balanço realístico”, toda a finalidade de socialização e de reinserção do preso na sociedade é vã, pois a natureza das instituições carcerárias não parecem destinadas à transformação (BARATTA, 2011).

Giacoaia e Hammerschmidt complementam tal forma de pensar de Baratta expondo o seguinte raciocínio, que se acredita válido para a realidade brasileira: há fatores materiais, psicológicos e materiais no cárcere que geram efeitos nocivos que afetam gradualmente os presos, dentre eles, a atrofia intelectual, o desvio de condutas, os transtornos psicossomáticos, inclusive de ordem sexual, fanatismo, insegurança, depressão, ansiedade, medo, insônia, pesadelos, alucinações.

No Brasil, há se frisar, ainda, os danos físicos sofridos pelos presos e o desrespeito aos Direitos Humanos, que podem representar danos muito maiores que o próprio aprisionamento. A prisão, por si só é um local em que a dissimulação e a mentira fazem parte da retórica dominante para a sobrevivência, não se constituindo em ambiente reabilitador por não ser o seu interesse.

Conforme Silva (2013), o aprisionamento no Brasil não resolve o problema da criminalidade, pelo contrário, tem gerado como consequências imediatas o aviltamento e degradação do ser humano – do exército reserva de trabalhadores como ressaltou Baratta. Para Silva, não diminui a criminalidade, mas aumenta; tem gerado reincidência, haja vista que não corrige o criminoso, pois o insere em ambiente de mais criminalidade; “fabrica delinquência” em razão dos atos diários de corrupção, violência, exploração, etc.; propicia e fortalece o surgimento e as ações de organizações criminosas; estigmatiza socialmente o indivíduo, colocando-o em situação que acaba facilitando seu retorno ao crime; cria ambiente propício a outros criminosos ao deixar desamparada a família (SILVA, 2013).

A prisão é uma “*institución total*”, isto é, ela tem uma tendência absorvente totalizadora e isso fica expresso pelas barreiras naturais de interação natural com o mundo externo tais como portas fechadas, muros e cercas altas, toda falta de contato com qualquer forma de cultura, etc., absorvendo a vida do segregado em relação à sociedade (GIACOIA; HAMMERSCHMIDT).

Baratta acredita que a comunidade carcerária nas sociedades capitalistas tem uma característica

em comum, independente das diferenças nacionais, a saber, que os “institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado [...]; antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso” (BARATTA, 2011, p. 186). Portanto, cabe ressaltar, que há problemas no processo de socialização nas escolas que não podem ser resolvidos nas penitenciárias. Por trás da criminalidade há sérios problemas sociais de exclusão e pobreza, bem como de violência promovida pelas instituições estatais.

3. A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NO BRASIL E A POLÍTICA DE DROGAS

Especialmente no Brasil, os problemas de exclusão social e do controle das instituições sociais sobre os indivíduos são violentos - sobretudo com aqueles que já passaram pelos presídios para cumprir pena -, acentuando a sensação de que só se pode resolver o problema da criminalidade crescente adotando a perspectiva do direito penal máximo. Vale ressaltar que o direito positivista tem forte influência no pensamento e na jurisprudência do país.

Conforme Carvalho (2013, p. 172-173), tal jurisprudência tem como principal artifício a seleção dos indivíduos, o etiquetamento e a estigmatização. Em suma,

[...] estruturada nas ideias de consenso social, patologia do criminoso, objetividade das estatísticas e gravidade do delito comum, ascende ao enfoque macro proposto pela Criminologia Crítica, no qual a reação social e os processos de seleção, etiquetamento e estimatização demonstram nova forma da violência: a violência estatal das agências penais (CARVALHO, 2013, 172-173).

A violência das agências estatais se assenta no direito penal máximo, que tem mostrado equívocos sérios. Os dados do INFOPEN (2014) podem reforçar essa argumentação. Calcula-se que quatro em cada dez acautelados são presos provisórios, ou seja, 41% das pessoas privadas de liberdade encontram-se encarceradas sem terem sido condenadas por sentença definitiva, enquanto os presídios estão com 1,6 presos por vaga. Além disso, como já aventado anteriormente, o relatório aponta que a população carcerária cresceu 161% (cento e sessenta e um por cento) nos últimos 15 anos, alcançando o número de 607.731 presos para apenas 375.892 vagas (INFOPEN, 2014).

Nesse cenário, destaca-se, ainda, que o número de pessoas presas deve aumentar consideravelmente nos próximos anos, considerando a crise econômica, o desemprego (sobretudo entre os jovens), a precarização do trabalho e a crescente pauperização das condições de vida e sobrevivência da classe trabalhadora, fatores que ocasionam o crescimento dos diferentes tipos penais.

A crítica de Carvalho (2013) incide sob a criminologia positivista, apontando para a necessidade de se pensar numa análise macrossociológica e que estabeleça uma relação entre sociedade, punição e

encarceramento, sobretudo, no que diz respeito às drogas.

Evidentemente, diante do atual contexto de superlotação dos presídios brasileiros, tornou-se fundamental pensar em alternativas à prisão cautelar e, entende-se que o horizonte para as mudanças precisa ser os Direitos Humanos.

As prisões precisam ser encaradas como a última fronteira, quando não há mais possibilidade para os indivíduos que foram devidamente julgados e condenados por crimes de grave potencial ofensivo, devendo cumprir a sentença, conforme estipula a lei, em estabelecimentos que garantam a dignidade da pessoa humana, de acordo com o previsto pelos Direitos Humanos. Entretanto, o que se tem observado é que o cumprimento dessas penas está causando danos irreparáveis aos presos e violando os Direitos Humanos, sobretudo, dos presos por crimes de menor potencial ofensivo.

O ingresso ao cárcere não é somente a entrada em um meio deletério e hostil, mas também a interrupção da vida do preso com o mundo exterior, notadamente com a família, a sociedade, a relação de emprego, etc. Se for jovem, a vida será interrompida e ao sair dificultada, considerando que dificilmente será aceito pela sociedade.

No Brasil, é sabido que os presídios não respeitam os Direitos Humanos. Os presos são amontoados em condições insalubres, sem higiene e estrutura adequada ao processo de ressocialização, isto é, sem acesso a qualquer política universal para reduzir a reincidência ou, ao menos, para garantir os direitos fundamentais da pessoa humana. Há que se considerar, ainda, que a reinserção social é dificultada por diferentes problemas, como o preconceito e a exclusão, gerando um processo insolúvel de problemas sociais.

Dessa perspectiva, os massacres ocorridos recentemente em presídios no Estado do Amazonas e do Rio Grande do Norte mostram que o direito e o sistema penal brasileiro precisam ser revistos, considerando as condições das penitenciárias. Além das péssimas condições, estão favorecendo o crescimento da criminalidade ao cooptar indivíduos não alinhados com o crime organizado, como consequência da própria máquina administrativa que conduz as operações de rotina de forma a violentar a dignidade humana.

Ao ingressar nesse sistema social extremamente complexo, o interno é submetido a uma série de 'rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu', passando por um processo de modificações radicais nas concepções que tem a seu respeito e a respeito das pessoas que são significativas para si. [...] Realmente, o interno é despojado do papel que anteriormente ocupava na sociedade e é codificado como um objeto, ingressando mecanicamente na máquina administrativa do estabelecimento, através de operações de rotina (GOFFMAN *apud* RIBEIRO, 2008, p. 120-121).

Ainda sobre as consequências:

[...] uma pessoa no mundo livre, que conhece a penitenciária apenas através de relatos,

ou de visitas esporádicas, fica difícil avaliar o grau de sofrimento a que os presos estão submetidos em função da impossibilidade de se defender, eficazmente, das agressões, ataques e abusos de toda a ordem, que são lugar-comum no meio carcerário (THOMPSON, 1995, p. 73).

Embora não se possa mensurar o sofrimento de um preso, evidentemente, a perda da dignidade é uma das facetas mais cruéis e visíveis nos presídios brasileiros.

Ao adotar a perspectiva da Criminologia Crítica, com vistas numa epistemologia materialista (BARATTA, 2011), o foco desta dissertação é apontar caminhos para o direito penal mínimo com argumentos que possam ser considerados válidos como prerrogativa para se pensar em penas alternativas, sobretudo, no que diz respeito à condenação por porte e uso de drogas.

Os dados trazidos pelo Infopen, a título de pesquisa empírica, e por onde deve começar qualquer estudo sério que pretenda apontar alternativas ao sistema punitivo, mostra aos pesquisadores que a estrutura do sistema penitenciário se ancora na segregação social, isto é, num modelo específico de política criminal. A maioria dos presos é composta por pobres, mestiços e negros com baixo nível educacional. Percebe-se “[...] que a reação contra o delito conduzida pelas agências oficiais de punitividade caracteriza-se pela seletividade e pela desigualdade, gerando danos muitas vezes superiores aos do próprio delito praticado (violência institucional)” (CARVALHO, 2013, p. 169).

O sistema penal seletivo recai sobre as pessoas já estigmatizadas enquanto classe social. Nesse sentido, a violência estatal representa a violência de classe e a manutenção do poder e da dominação.

A Criminologia Crítica sustenta, portanto, que o modelo de política criminal e de sistema penal máximo é um instrumento de controle social e se organiza ideologicamente conforme os interesses dominantes.

As análises de Salo de Carvalho sobre a Lei n°. 11.343/2006 contribuem para desvelar os problemas relacionados à prisão de jovens por tráfico e uso de drogas. Em última análise, para o autor, a política de drogas no Brasil decorre de compromissos transnacionais, tendo como objetivo única e exclusivamente a punitividade, sem muito se discutir as formas alternativas. Essa política decorre da incapacidade do direito em buscar conhecimentos além do enfoque positivista.

O debate acerca do proibicionismo (discutido no segundo capítulo) precisa ser enfrentado no interior dos diferentes campos do conhecimento se a pretensão é minimizar os impactos do direito penal seletivo que pune a pobreza e promove a exclusão social, bem como para minimizar o problema da superlotação nos presídios e a influência das organizações criminosas que se sustentam com o tráfico de drogas, via cooptação da juventude encarcerada, devido à falta de perspectivas vislumbradas por essa geração.

O proibicionismo tem evidenciado a seguinte questão: há um visível descompasso entre o que se busca combater e o resultado conseguido. Como já aventado, as pesquisas do INFOPEN (2014, p. 70)

mostraram que “25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico”. Cabendo, ainda, ressaltar que “56% da população prisional é composta por jovens, essa faixa etária compõe apenas 21,5% da população total do país” (INFOPEN, 2014, p. 48), faixa etária entre 18 a 29 anos, de acordo com o Estatuto da Juventude.

Quanto ao perfil dos jovens encarcerados no sistema prisional brasileiro, considerando a raça, a cor e a etnia² é o seguinte: “dois em cada três presos são negros. Ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (51%)” (INFOPEN, 2014, p. 50).

Diante desse quadro, é possível aventar que o modelo de combate às drogas brasileiro pode estar equivocado por criar mecanismos seletivos que punem com veemência as frações de classes sociais que compõe as franjas mais pauperizadas entre os trabalhadores, ou seja, o exército de reserva. Tanto é assim, que um dos crimes que mais respondem pelo encarceramento é o tráfico de drogas. Isso ocorre, em grande medida, devido à abordagem inicial que rotula os indivíduos.

O indivíduo é rotulado quando pratica um ato qualificado como desviante, processo chamado de criminalização primária, ou seja, dá-se a criação de uma norma penal que qualifica o ato como criminoso, enquanto a criminalização secundária ocorre quando os agentes de controle social enquadram um ato praticado por um sujeito nas condições da criminalização primária. O sistema penal age de forma seletiva, pois elege características negativas ou ‘atributo[s] profundamente depreciativo[s]’, para serem criminalizados. Com a criminalização, é possível manter o controle social sobre os indivíduos selecionados com base em determinados estereótipos de classe social, raça e gênero (ARGUELLO; MURARO, 2015, p. 3).

Nesse compasso, existe, na atualidade, um grande desafio de apresentar uma alternativa para o Brasil nessa seara.

No caso, o traficante, rotulado dessa forma em razão da proibição das drogas tidas como ilícitas, é visto pelo Direito Penal do Inimigo como alguém que precisa ser encarcerado, Independente da quantidade de drogas que o indivíduo esteja portando, a sua conotação é de traficante. Portanto, trata-se de um inimigo a ser combatido por desestabilizar a confiança social na lei. A ideia é combater o tráfico para restabelecer a confiança social na estabilidade da lei. Como a lei não define quem é usuário e traficante, deixando isso, em um primeiro momento, à polícia e, depois ao Ministério Público e ao Judiciário, a rotulagem a partir do juízo de valor tem grande chance de ocorrer, ocasionando a prisão de jovens, pobres, réus primários e que portem pouca quantidade de drogas (SVISTUN; MARGRAF, 2016).

Corroborando esse fenômeno, Carvalho aduz que:

² O relatório do Infopen entende “raça como o grupo definido socialmente em razão de características físicas” e concebe etnia enquanto “grupo definido pelo compartilhamento histórico, religioso ou cultural e a categoria negra inclui pretos e pardos” (INFOPEN, 2014, p. 50).

[...] os estereótipos criminais não apenas modelam o agir dos agentes da persecução, sobretudo das policiais, como direcionam o raciocínio judicial na eleição de inúmeras variáveis entre as hipóteses condenatórias ou absolutórias e à fixação da quantidade, qualidade e espécie de sanção (CARVAHO, 2006, p. 263-264).

Colocando em evidência o sistema penal como meio de combater as drogas, Carvalho (2013) explicita que existem os cidadãos e os não-cidadãos (inimigos), sendo esses últimos a serem combatidos, frisando que estes fariam parte de grande massa populacional que gera “incômodos” e devem ser eliminados.

Historicamente, sempre houve a distinção de usuário e traficante, mas com base nas diferenças de classe social - nas mais abastadas os jovens são vistos como usuários e os mais pobres como traficantes (ROCHA, 2013). O usuário é aquele que tem condições financeiras para obter a droga para seu uso e que está inserido no contexto social da classe dominante, mas, cruelmente, quem não prova essas condições é considerado traficante (FIOCRUZ, 2016).

Além disso, a pena de prisão da forma que é aplicada, atualmente, principalmente no Brasil, funciona como castigo ao longo da vida, devendo-se afastar a ideia de que a pena privativa de liberdade tenha função de recuperar e reintegrar o homem à sociedade (SILVA, 2009). Em verdade, o que se mostra é que a sanção penal não tem por fim a ressocialização, mas o castigo.

Diante do exposto, torna-se necessário repensar a política criminal pautada no direito penal mínimo, considerando as alternativas possíveis à prisão cautelar. As penitenciárias brasileiras, da forma como estão, apenas induzem ao desrespeito aos Direitos Humanos e representam um grande desperdício de dinheiro público. O ajuntamento de tipos penais de menor potencial ofensivo com tipos penais de maior potencial ofensivo e em condições degradantes, apenas corrobora para o fortalecimento do crime organizado.

Como o debate dessa dissertação caminha para o crime cometido por uso ou porte de drogas, cabe salientar que a reflexão sobre as penas alternativas, nesses casos, após análise judicial, precisam ser um horizonte possível e a prisão cautelar, a última fronteira.

O próximo capítulo expõe uma breve história das drogas e as justificativas, também históricas, para assegurar que o proibicionismo é uma perspectiva que apresenta poucos resultados concretos no combate ao uso, além de promover o encarceramento massivo de indivíduos jovens em países com poucas perspectivas de trabalho e renda, como é o caso do Brasil.

Evidentemente, o Brasil possui uma política de combate às drogas que apenas prevê o encarceramento, seguindo uma tendência social conservadora e autoritária que se arrasta desde a ditadura militar. O debate sobre o uso das drogas precisa ser realizado no interior das instituições de ensino para que fomentem as pesquisas em torno do tema, criando-se alternativas jurídicas

responsáveis e viáveis, mas, sobretudo, para combater o tabu, a exclusão, o preconceito, o senso comum e as injustiças sociais. Encarcerar a juventude significa condenar o futuro do país. Um forte debate macrossociológico sobre as drogas e sua relação com os problemas sociais pode ser um caminho.

CAPÍTULO II

A HISTÓRIA DAS DROGAS: PROIBICIONISMO E REGULAMENTAÇÃO

1. AS DROGAS E O SEU USO: UM BREVE HISTÓRICO

Ao estudar a história das drogas a primeira surpresa encontrada é que elas sempre estiveram presentes na história da humanidade, considerando a sua definição contemporânea aceita, a saber, que droga é tudo que altera as funções do organismo e resulta em mudanças no comportamento ou fisiológicas. A segunda surpresa é que as drogas sempre foram usadas normalmente por todas as civilizações, variando somente os tipos e as finalidades de acordo com a cultura e seu tempo histórico.

Para Carneiro (2002), essa busca de alteração psicoativa por meio de várias substâncias é da essência do animal, não sendo somente do ser humano, pois os animais também se drogam. Eles buscam na flora não apenas o que os nutre, mas também procuram suprir as necessidades subjetivas.

Independente das surpresas, o fato é que com o decorrer do tempo, muitas drogas foram encontrando no caminho as restrições morais, sociais, culturais, religiosas, legais, etc., e saber minimamente as causas de tais restrições e proibições revela a terceira surpresa – há diferentes formas de intolerância cultural e religiosa, o preconceito, a violência e o tabu construídos historicamente, bem como diferentes formas de interesse econômico e ideológico que podem auxiliar na compreensão do fenômeno.

Então, o objetivo dessa seção é escrever um breve histórico das drogas a fim de romper com o estigma e o tabu que rondam inicialmente o tema. Tal percurso se faz necessário como processo formativo sobre o objeto de estudo em questão, no sentido de mostrar a importância histórica das drogas para os povos e como elas foram e são usadas socialmente. Evidentemente, percebe-se que a discriminação em relação às drogas varia de povo para povo e ocorre por fatores religiosos, culturais, econômicos, ideológicos, etc.

Genericamente, a palavra droga tem origem na palavra *droog* - do holandês antigo -, que significa folha seca, porque historicamente a maioria dos medicamentos era feita à base de folhas. Atualmente, o significado do termo droga é muito mais amplo. Sabe-se que são drogas os medicamentos, o tabaco, o álcool (drogas lícitas), a cocaína, a maconha, a heroína etc. (drogas ilícitas). Há ainda aquelas drogas que são insuspeitas aos olhos do senso comum - como o café e os chás - que são as bebidas mais consumidas no mundo e não se tem o menor intuito de proibi-las.

Até enquanto alimentos, as drogas sempre estiveram presentes nas sociedades, desde os tempos mais remotos, encontrando restrições somente pelas políticas proibicionistas em fins do século XIX, nos

EUA, e, depois, com mais ênfase em vários cantos do planeta devido à mundialização do proibicionismo.

A despeito das restrições, hoje, as drogas estão sendo consumidas em várias sociedades, tanto as drogas lícitas quanto às ilícitas, seja para fins recreativos, seja para fins religiosos ou curativos.

Segundo Carneiro (2002), as drogas são necessidades humanas, pois é de uso milenar em praticamente todas as civilizações e corresponde a fatores religiosos, culturais, médicos e de convívio com os demais. “Não apenas o álcool, como quase todas as drogas são parte indispensável dos ritos da sociabilidade, da cura, da devoção, do consolo e do prazer. Por isso, as drogas foram divinizadas em inúmeras sociedades” (CARNEIRO, 2002).

Na América do Sul, por exemplo, o uso de substâncias alucinógenas começou com o consumo de plantas há 11 mil anos.

Na Grécia Antiga e entre os egípcios há registros de farmacologia, uso de ópio e outras plantas que alteram a consciência. Ainda, para os gregos antigos, não havia o estigma moral do uso das drogas, pois a sensação de prazer era uma parte central de como viver uma boa vida. Usar droga não era uma questão de certo ou errado. Os gregos antigos e outras sociedades pagãs tinham as drogas como uma forma de conexão com os deuses. Dessa forma, raras foram as sociedades antigas que pregaram a abstinência. Entretanto, Esparta, que era de uma tradição militarista, condenava o uso do vinho (CARNEIRO, 2002).

O filósofo ateniense Platão, no livro das Leis, dedica os primeiros dois capítulos à embriaguez, afirmando que ela deve ser um estado útil e necessário para a convivência social, para o exercício da política, isso porque o uso do vinho permite aferir o caráter, surgindo daí o adágio *in vino veritas*. Ou seja, quando a pessoa bebe, ela revela aquilo que ela realmente é; dessa forma, se ela é pessoa com tendências agressivas, demonstrará esse estado mais acentuadamente quando beber. A ideia é conhecer a “verdadeira alma” dos indivíduos, haja vista que aqueles que sabem governar a si próprios saberão governar os outros, pois o “bem beber” mostra o bom caráter do governante.

Na história do cristianismo o álcool foi tolerado e chegou a ser sacralizado, como é o caso do vinho. No entanto, esse mesmo dogma religioso não tolerava as drogas que se identificavam com culturas hindus, indígenas e do oriente médio (CARNEIRO, 2012).

Um dos milagres de Cristo foi transformar água em vinho, idealizado como substância útil e necessária, não só como alimentos, mas para nos tornar alegres. Tal tradição continuou mesmo após a Reforma Protestante no século XVI; os reformadores Lutero e Calvino admitiam a bebida para ficar alegre e a fabricação da cerveja caseira (que, em verdade, era tida como um alimento).

Enfim, o álcool, apesar de sua ingestão sofrer algumas restrições morais – sugerindo a sua ingestão moderada - é aceito socialmente na maioria dos países do mundo e com maior ênfase nos de

cultura ocidental. Porém, é rejeitado e proibido entre os muçulmanos. A cultura rastafári aceita a maconha como sagrada, mas abomina o álcool e acredita que o vinho citado na bíblia era suco de uva.

Entretanto, nem mesmo a religião e suas restrições às drogas fizeram com que elas sucumbissem. O combate seletivo às drogas fica evidente como expressões da cultura, variando de povo para povo.

Não há dúvida que o cristianismo emergiu como sistema dominante de valores no ocidente, interferindo sobremaneira na visão sobre as drogas, inclusive no Brasil, desde o período colonial.

Em relação a outras drogas, Carneiro destaca que, por causa do cristianismo, iniciou-se um processo de discriminação contra outros povos não europeus em função das drogas consumidas por eles ter relações com crenças, rituais e devoções, encaradas como idolatria pagã, o que não era admitido pelo cristianismo, porque a fé em Cristo seria a única salvação, logo, a fé nas drogas era a perdição.

Desde o século IV, os primeiros imperadores cristãos criaram leis antidrogas para combater as drogas usadas pelas religiões de cultos secretos. Ora, se as pessoas estão usando drogas e tendo o encontro e comunhão com deus, por que elas precisariam da igreja? As religiões pré-cristãs, por exemplo, usavam drogas para se aproximar a deus e o cristianismo pregava totalmente o oposto, entendendo que elas eram uma concorrente com sua fé.

O escopo de combate às drogas pelos cristãos tem como exemplo maior o da colonização das Américas, na qual se pode afirmar que foi quase toda feita no combate ao uso idolátrico de cogumelos, cactos, flores, raízes, folhas etc. e diversas plantas que os europeus ou consideravam mágicas ou demoníacas. Os cristãos não enxergavam esse uso como uma virtude natural das plantas. Como é o caso do peiote (*Lophophora williamsii*) no México, consumido pelos nativos para ter contato com as divindades (CARNEIRO, 2014).

Desde o século XV, com o advento das grandes navegações, houve a descoberta de “novos mundos” cheios de drogas.

Segundo Carneiro (2014), a busca de substâncias que produzem efeitos mentais se constituiu como grande incremento da época mercantilista, tanto que pode se afirmar que o capitalismo e o mercado mundial nasceram pelo tráfico dessas substâncias que eram mais valorizadas e mais apreciadas que os próprios alimentos. Os ciclos econômicos desse período estavam voltados para o comércio de especiarias, mas, equivocadamente, acreditava-se serem apenas os temperos culinários, sem incluir as drogas.

Conforme Lopes (2011, p. 200),

[...] no período dos impérios coloniais (Séc. XVI à XX) plantas como a papoula eram tratadas como moedas de troca, aumentando consideravelmente o número de dependentes, levando os médicos a começar a alertar sobre os perigos do ópio (Séc. XVII), sendo esta considerada uma das primeiras manifestações contra o abuso de entorpecentes.

No caso da América, existia o tabaco que se tornou uma grande novidade após se inaugurar na Europa uma nova forma de consumo: fumado. O álcool destilado e o açúcar, que eram produtos de botica, isto é, vendidos por um boticário³ (CARNEIRO, 2014), que se popularizaram, deixando de ser luxo para ser de uso geral. Antes da popularização, eram luxos só acessíveis às cortes e vendidos a preços mais altos do que ouro ou metais preciosos. Todavia, aos poucos, com a colonização da América, com o ciclo de produção de cana de açúcar, o açúcar e os destilados foram se tornar os produtos mais disponíveis no mundo. Na Europa, os destilados eram de cereais (CARNEIRO, 2014).

Na mesma esteira de crescimento do uso de drogas, como os chás, o café e o tabaco (de origem americana, sendo uma das drogas mais difundidas no planeta) foram incorporados não só à cultura ocidental, mas mundial e se tornaram os produtos mais importantes para a economia da história moderna. Elas foram o motivo das disputas comerciais entre Estados nacionais e suas rivalidades políticas. A Inglaterra, por exemplo, entrou em choque com a França de Luís XIV devido à proibição da importação de conhaque francês, passando a ser o gim uma opção ao conhaque (CARNEIRO, 2014).

O tratado de Methuen (conhecido como “Tratado dos Panos e Vinhos”), em 1703 submeteu, no plano econômico, a corte portuguesa à inglesa, envolvendo o controle no comércio do vinho, açúcar, tabaco, café, chá, etc. Essa realidade era tão acentuada que a base fiscal dos Estados era predominantemente sobre esses produtos, os quais fizeram o poder e riqueza do Estado absolutista moderno, sendo os principais produtos da arrecadação (CARNEIRO, 2014).

Contudo, no século XIX, teve início o proibicionismo devido à imensa disponibilidade de álcool, que vinha desde o século XVIII, decorrente da revolução do álcool destilado. O século XVII foi tido como a revolução do álcool, o século XVIII foi o momento da sua popularização e no século XIX começaram as restrições (CARNEIRO, 2014).

O excesso de disponibilidade de álcool destilado teve uma importância econômica fundamental, sobretudo pelo fato dele permitir a cristalização do valor de um produto agrícola de uma forma não perecível. No caso do arroz, centeio e milho, entre outros produtos, havia um prazo para o consumo, embora, se fossem transformados em álcool destilado, tornavam-se duráveis, podendo ser armazenado por muito tempo. A produção agrícola que não era consumida, nesse caso, era transformada em álcool destilado. Isso ocorreu muito com o milho nos EUA, levando a uma verdadeira epidemia alcoólica no século XIX. Nos EUA bebia-se no início do século XIX uma média de vinte litros *per capita* anual. Atualmente, é menos de um litro de destilado *per capita*. Naquela época, há indicativos de que as pessoas ingeriam bebidas alcoólicas desde o café da manhã. Da mesma forma ocorreu na Inglaterra com

³ A palavra boticário vem do latim *bodegas*, que são os depósitos de vinho. Depois, vai se referir a um tipo de profissão, a corporação de ofício de boticário ou vendedor de ervas, plantas, etc.

o gim, feito de cereais (CARNEIRO, 2014).

Ante essa realidade, com a Revolução Industrial em sua plenitude, o consumo do álcool destilado fazia com que os operários ficassem embriagados, faltassem ao trabalho, tivessem acidentes e não fizessem o serviço a contento. Todavia, fomentou-se o uso de substâncias que fossem estimulantes como o café e o chá, os quais faziam o trabalhador ter um desempenho melhor. Esse pensamento não se aplicava somente aos operários, mas também aos soldados.

Se por um lado, com a Revolução Industrial, embora o trabalho nas fábricas exigisse a restrição de algumas drogas em prol do desempenho laboral, por outro, havia interesses econômicos para que se mantivesse o consumo, como é o caso do cigarro e do álcool. Os interesses econômicos fizeram com que algumas drogas se tornassem lícitas, que causam tanto ou mais malefícios que algumas drogas que foram proibidas, como é o caso do cigarro.

A família americana Duke patenteou uma máquina de enrolar cigarros, vendidos já pronto para o consumo, evitando o trabalho de enrolar o fumo. Isso facilitou a difusão do consumo. Os exércitos foram responsáveis pela difusão dessa droga, pois o cigarro foi incorporado à ração dos soldados durante as guerras e passou a ser indispensável nas trincheiras. Podia até faltar alimentos, mas não cigarros (CARNEIRO, 2014).

Assim, o álcool e o fumo se popularizaram, bem como algumas drogas vistas pela farmacologia como descobertas importantes, como é o caso da morfina, uma das drogas mais utilizadas ainda hoje, após duzentos anos de sua invenção. O nome desse fármaco – *morphium* - é em homenagem ao deus grego do sono Morfheu, pois o alívio das dores é quase que instantâneo.

A indústria dos “remédios patenteados” nos EUA inseriu no mercado várias drogas para o tratamento de várias doenças, cuja base era a cocaína, a heroína, o ópio e a *cannabis*, fazendo com que as drogas se tornassem solução para “todos os males”. A indústria que tivesse a patente do produto poderia vendê-lo sem regulamentações, sem sequer informar sobre o produto que se estava usando. Sobre isso Lopes (2011, p. 200-201) explica que:

[...] a cocaína (principal alcaloide da folha de coca), considerada a droga mais lucrativa ao tráfico, só foi descoberta em 1859, tendo dois tipos de uso: estimulante e anestésico. Psicanalistas famosos como Sigmund Freud, que chegou a fazer uso do entorpecente por volta de seis anos (de 1884 a meados de 1890), prescreviam tal droga como remédio. A cocaína foi considerada a droga da moda desde a segunda metade do séc. XIX até os anos 30. Em 1900 a bebida coca-cola ainda continha extrato de folha de coca.

A despeito da importância dessas drogas para a farmacologia da época, a estrutura regulatória do uso das drogas teve início devido à venda e uso indiscriminado nos EUA.

A partir de então, o proibicionismo, enquanto perspectiva legal e formal de política de combate

ao uso de drogas se tornou uma realidade. Em princípio, a ideia era a de que existem substâncias que trazem maiores riscos e que necessitam de uso equilibrado, embora se saiba que esse marco regulatório tem relação estreita com o sistema de patentes, dentre outros interesses econômicos, além do combate ao uso e porte de drogas.

A existência de regulação representou, também, o controle colonial de matérias-primas, que antes eram de uso tradicional dos povos, as quais foram substituídas por patentes da indústria farmacêutica. O controle do ópio na China tem essa correlação. Em sequência, houve controle de uma série de outras drogas que tiveram equivalentes mais puros na forma de princípios ativos isolados em laboratório, havendo o combate contra os usos das formas vegetais desses produtos (CARNEIRO, 2014).

Nessa toada, por exemplo, a Bayer, em 1898, inseriu a heroína como remédio para a tosse e substituto seguro e não viciante para a morfina, comercializando-a entre 1898 e 1910, conforme explica Lopes (2013, p. 200):

[...] Em 1874 a heroína, outro derivado do ópio, é descoberta e patenteada pela famosa empresa Bayer, recebendo este nome por ser considerado um medicamento heroico por possuir forte efeito sedante, analgésico e anestésico tendo sua comercialização datada em 1898, inicialmente como remédio para tosse.

A base dos remédios patenteados são as drogas, embora se tenha descoberto, posteriormente, que drogas como a morfina também viciava, fator que levou a fábrica a abandonar a sua fabricação. Atualmente, vale ressaltar, que o THC, um princípio ativo encontrado na *cannabis* – ou maconha -, é reconhecido como medicamento em vários países. Nos EUA é conhecido como MARINOL® (CARLINI, 2005).

Hoje, a maconha, embora vista como droga e discriminada em vários países, inclusive o Brasil, nos EUA tem uso múltiplo para fins de produção de papel, óleos, fibras têxteis e produtos farmacêuticos e alimentícios, sendo alvo de interesse por parte das indústrias por ter um lastro econômico enorme (CARNEIRO, 2012).

Na próxima seção foi discutido com mais atenção a perspectiva do proibicionismo, considerado como um marco regulatório para patentes de drogas e como política de intervenção ao porte e uso indiscriminado como contravenção penal.

2. AS DROGAS NOS EUA: REGULAMENTAÇÃO E PROIBICIONISMO

A Era da Regulamentação, nos EUA, diz Gusmão (2015), teve início com o controle pelo governo sobre o comércio e o consumo de drogas, inaugurado com o *Pure Food Act*, em 1906 e tinha

como meta inibir a venda de produtos adulterados que pudessem fazer mal à saúde, determinando como deveria ser a produção, os rótulos, a venda e o transporte de alimentos, drogas, remédios e bebidas. Assim, obrigava os fabricantes, sobretudo, de remédios a trazer no rótulo de seus produtos a presença de qualquer substância entorpecente perigosa. Em 1914, foi criminalizado o uso recreativo de narcóticos, restrito somente a uso médico.

A partir dessa regulamentação, os médicos passaram a ser fiscalizados. Porém, os contrabandos começaram a ser tão frequentes, que ocasionaram como reação a criminalização da cocaína e da heroína, bem como de substâncias que até então eram consideradas medicamentos e passaram a ser ilícitas.

No esteio da regulamentação das drogas, em 1938, ainda nos EUA, a Lei de Alimentos, Medicamentos e Cosméticos (*The United States Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*, abreviado como FFDCA) estipulou que a FDA tinha de aprovar o produto antes de alcançar o mercado e estabelecer se o produto era seguro. Porém, o álcool e o tabaco ficaram fora dessa perspectiva, tanto por causa da cultura do consumo já enraizada, quanto por questões mercadológicas e de capital, pois o proibicionismo de algumas drogas segmentou a indústria do álcool, tabaco e farmacêutica, além do que fomentou o surgimento de poderosas máfias, tal qual ocorreu com a Lei Seca nos EUA (CARNEIRO, 2002), também conhecida como *Dry Law* (LOPES, 2013).

A Lei Seca, que entrou em vigor em 1920 nos EUA tornou-se o grande promotor de uma ordem internacional que vai ser constituída com tratados internacionais, os quais estabelecem como objetivo a erradicação das drogas, dentre elas o álcool e três plantas, que eram as mais importantes na cultura asiática e na América Latina pela difusão global: a papoula, a coca e a *cannabis*. Essas três plantas, segundo a lei internacional, teriam de ser exterminadas por uma questão de “ecocídio” e, por conseguinte, proibidas à população. Todavia, tal objetivo não era só materialmente irrealizável, mas também era indesejável, pois somente poderia ser feito em um Estado totalitário, em condições de controle da vida íntima de modo absoluto (CARNEIRO, 2014).

O modelo proibicionista, instaurado a partir da vedação ao álcool gerou um fenômeno singular, a saber, uma altíssima demanda na sociedade. A proibição incitou os que apreciavam ingerir bebidas alcoólicas a continuar ingerindo, buscando-as no mercado clandestino (CARNEIRO, 2014).

No mercado clandestino o preço do álcool destilado aumentou, pois era mais difícil de ser obtido e havia riscos. Muitos grupos que aceitaram o ônus de assumir esse negócio exploraram o tráfico e passaram a lucrar e constituir monopólios que se impunham de forma coercitiva e violenta, como a conhecida Máfia de Chicago. Esse foi o efeito colateral da proibição, que levou ao colapso da Lei Seca sob o agravante da crise mundial de 1929.

A crise do capitalismo de 1929, desencadeada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, fez com que o Estado entrasse num *déficit* fiscal indescritível. O álcool destilado deixou de ser proibido

em 1933, depois que os democratas ganharam as eleições. Os republicanos, que tinham sido os agentes da proibição, perderam. Elegeram-se para presidente Roosevelt, que propôs um novo pacto sindical e uma série de medidas para combater a recessão, reintroduzindo o comércio do álcool em geral. Além disso, o fim da Lei Seca também foi o resultado de passeatas imensas. Houve uma famosa em Detroit com operários gritando “Nós queremos cerveja” (CARNEIRO, 2014). O fim da Lei Seca e a legalização das bebidas alcoólicas possuem relação estreita com a crise, pois serviram para retomar a economia com a produção e o consumo das bebidas.

Com o fim da Lei Seca, conforme esclarece Carneiro (2014), era necessário que fosse encontrado um novo “inimigo”. Afinal, o que seria feito com uma máquina policial, jurídica e administrativa, a qual tinha milhares de funcionários, justamente montada para o combate do álcool? Nesse contexto, criaram-se novas proibições no lugar do álcool.

No início das proibições, houve a Convenção Internacional de Haia em 1912, com a restrição ao cultivo e comércio dos derivados de papoula, tendo como pano de fundo o pressuposto de que o trabalhador na produção deveria estar saudável, no sentido de não prejudicar o desempenho e a produtividade no trabalho. Essa ideia teve muita força com a doutrina do fordismo, a qual buscava controlar a vida privada dos trabalhadores e o proibicionismo era uma ferramenta em consonância com o puritanismo.

No tocante à industrialização, o outro vetor é o controle da população, sobretudo, o controle da mão de obra por parte da sociedade industrial. Esta incorporou uma série de drogas que foram combustíveis da Revolução Industrial - o tabaco, o chá e o café.

Dentro desse panorama, se lidas algumas análises de Marx e Engels, verifica-se como o chá era parte da dieta do proletariado britânico, pois ajudava a manter a vigília, era excitante. Assim, fora considerada útil à produção e, portanto, incorporada à cultura. Se de um lado é assim, de outro, as drogas alucinógenas e, particularmente, a maconha vai ser vista como substância que não ajuda o desempenho laboral. Além disso, como dito outrora, no mundo europeu é vista como de origem árabe; na América, de origem africana; para os norte-americanos, especificamente, de influência mexicana.

Da história do controle da população, sobretudo da mão de obra, emerge o chamado fordismo, o qual é uma técnica de gestão do trabalho, que foi em grande parte do mundo mesclada ou até substituída pelo toyotismo, modelo predominante na atualidade. O fordismo, no início da produção em série, foi uma grande máquina de controle da população operária não só no momento do trabalho, mas em sua esfera privada também. Auxiliador do puritanismo sexual, haja vista que as atividades sexuais poderiam perturbar o desempenho laboral e estimular relações não maritais, além do que o indivíduo pode dormir tarde etc.; da mesma forma, auxiliou no controle das atividades de lazer para reduzir o alcoolismo. Desse modo, Ford foi um dos grandes defensores do proibicionismo do álcool nos EUA com a Lei Seca,

que foi implementada em 1920 e durou até 1933, sendo considerado um dos laboratórios mais radicais de tentativa de uma política abstencionista compulsória (CARNEIRO, 2014).

Com essa tendência norte-americana e sua influência mundial, desde 1912, quando ocorreu a Convenção Internacional do Ópio, foram assinados 504 tratados e acordos internacionais sobre narcóticos, registrados e depositados junto ao Secretariado da ONU, sendo os EUA um dos que mais figuram neles, com 218 acordos bilaterais, seguido por México com 149 (devendo-se estes por acordos, em sua maioria, com os EUA). O Brasil, até 2011, tinha 50 acordos, ocupando posição intermediária (GUSMÃO, 2015).

O controle das drogas foi inaugurado com a Convenção Internacional sobre o Ópio, em 1912, em Haia, que estabeleceu forte pressão americana sobre o controle da produção e comércio não só do ópio cru e preparado, mas sobre as indústrias de fármacos que lidavam com a morfina, a cocaína e a heroína, embora prevendo a restrição de uso para fins “legítimos”, os medicinais e os científicos (GUSMÃO, 2015).

Nessa sequência de atos internacionais com o objetivo de coibir o uso e comercialização de drogas, sobretudo o ópio, que naquele momento, ganhava espaço entre os traficantes internacionais de drogas, bem como consumidores em diversos países, na Primeira Conferência Sobre Drogas, em Genebra, em 1924 previram-se algumas medidas de supressão ao ópio oriental; na Convenção de 1925, uma série de medidas foi criada para controlar a oferta, bem como medidas para restringir o comércio da coca e da maconha, sujeitas a controle internacional; em 1931, na Conferência para Limitar a Fabricação de Drogas Narcóticas, em Bangkok, representantes de 57 países se reuniram ainda em meio à crise de 1929, para restringir a produção mundial de drogas ao estritamente necessário para fins médicos e científicos e criar um sistema de controle internacional do comércio (GUSMÃO, 2015).

No contexto da crise internacional do capital, propunham-se medidas para interferir na fabricação e na distribuição das drogas no mercado internacional, discriminando o que poderia ser comercializado para fins médicos e medidas para punir os traficantes de drogas ilícitas. Em 1936, em Genebra, na Convenção sobre Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, o tráfico de drogas ilegais foi tipificado como crime internacional. Vários países se comprometeram a combater o tráfico, aceitando extraditar os traficantes (GUSMÃO, 2015).

Conforme Lopes (2011, p. 202-203):

[...] a maconha foi proibida em 1937, após uma campanha oficial do FBI, encabeçada por Harry Aslinger. Uma lei, Marijuana Tax Law, passou a proibir a planta que era fumada por mexicanos que atravessavam a fronteira em busca de trabalho. O cânhamo foi extinto sem levar em consideração seus benefícios médicos ou o que sua matéria prima poderia produzir, como por exemplo, os estudos que a Ford desenvolvia na época a partir do óleo da semente da maconha para descoberta de combustíveis e plásticos. Em 1948, pós Segunda Grande Guerra Mundial, após uma pressão americana, a Carta de

Princípios da ONU classificou a maconha como uma droga de perigo idêntico ao da heroína, proibindo o seu consumo e combatendo sua plantação em países que integram sua organização.

Em termos mundiais, em relação à maconha, antes da proibição, já havia o preconceito por causa da origem e uso psicoativo, que não era tradicionalmente europeu, mas de outros povos, indianos, árabes e africanos e, tardiamente, os mexicanos. Por causa disso, ela ficou identificada como uma planta de culturas exóticas e que não fazia parte da tradição cristã-ocidental, havendo um elemento de discriminação étnica e religiosa com a maconha. Enfim, a *cannabis* foi proibida em vários países, mesmo sendo uma droga com pouco potencial de periculosidade.

Importante destacar que a maconha não apresenta toxicidade letal e o padrão de consumo mais comum não é problemático (FIORE, 2012).

A despeito disso, no contexto da proibição, em 1937, visava-se combater o tráfico da maconha do México para os EUA. Desde o início da II Guerra Mundial, o proibicionismo só fazia com que a lista de drogas ilícitas aumentasse, tanto que, após a II Guerra Mundial, um Protocolo de Emenda aos acordos anteriores (Haia 1912, Genebra 1925, Bagkok 1931 e Genebra 1936) foi transposto para a Comissão de Drogas Narcóticas sob a orientação da ONU. Em 1948, a lista de drogas proibidas aumentou e a maconha foi comparada à heroína em termos de periculosidade. Em Nova Iorque, em 1953, foi assinado o Protocolo de Limitação à Produção de Ópio, limitando a sua produção para fins científicos e medicinais aos seguintes países: Bulgária, Grécia, Irã, Iugoslávia, Turquia e URSS (GUSMÃO, 2015).

Uma unificação das convenções anteriores ocorreu na Convenção Única sobre Entorpecentes, em 1953, com a Organização das Nações Unidas, exceto a de 1936, mantendo a essência das anteriores, em que os países parte apontariam as estatísticas sobre importação, exportação, manufatura e estoques de drogas para fins científicos e medicinais, a fim de certificar o sistema de importações e exportações de cada país, inclusive o licenciamento de produtores, comerciantes e distribuidores deveriam ter um registro de transações (GUSMÃO, 2015).

A despeito disso, em termos de negociações globais, se a proibição caminhava a passos largos, a prática ia à contramão de muitos segmentos sociais, tanto que,

[...] no fim da década de 60 e início de 70, houve o *boom* da filosofia *hippie*. Os *hippies* viveram uma experiência de alto consumo de entorpecentes, 'propagando a moda dos alucinógenos nos bairros elegantes de Los Angeles, San Francisco e Greenwich, em New York'. Celebraram a liberdade sexual e individual com longas festas, como o *Woodstock*, e viveram a decadência da moda com a peculiar volatilidade das opiniões nas últimas décadas do século XX e primeira do século XXI (LOPES, 2011, p. 203).

Eram anos em que a juventude ousou experimentar. Entretanto, como reação veio a Convenção Única sobre Entorpecentes, em 1953 (já citada), depois implantada mundialmente, dando forma ao

paradigma proibicionista como atualmente se conhece (FIORE, 2012).

Para aumentar a repressão, em 1972, essa Convenção Única de 1961 foi emendada por um Protocolo que estabeleceu maior controle sobre alguns produtos lícitos remanescentes de narcóticos medicinais naturais. Além disso, com o mesmo desiderato de se criar restrições, no ano 1971, em Viena, foram incluídas novas substâncias não narcóticas pela Convenção das Nações Unidas sobre Drogas Psicotrópicas, tais como anfetaminas, sedativos e alucinógenos no rol das drogas proibidas (GUSMÃO, 2015).

Com o decorrer do tempo, na década de 1990, verificou-se que a repressão às drogas não gerava os resultados buscados e os poucos sucessos que houve foram temporários. Com isso, em 1998, na Assembleia Geral da ONU, apesar de muita resistência (GORGULHO, 2009) iniciou uma política de redução de demanda, ocasião em que foi feita uma declaração com Princípios de Orientação sobre Redução de Demanda, tendo como escopo a prevenção do uso de drogas e redução dos danos advindos do abuso de drogas, demonstrando a necessidade de uma política de redução de danos aos toxicod dependentes como meio de equilíbrio e eficácia na repressão às drogas (GUSMÃO, 2015).

Tal enfoque levou Fernando Henrique Cardoso (2013) a expor a ideia de que a extinção do uso de drogas é ilusória. Na verdade, durante muito tempo se viu como modelo ideal de combate às drogas no norte-americano. Todavia, houve desprezo às pesquisas farmacológicas e psicológicas que demonstravam que algumas drogas são menos danosas que o álcool ou tabaco (LOPES, 2011).

Em decorrência dessa realidade, atualmente, há grande discussão entre países produtores e consumidores de quem é a culpa pela proibição às drogas, tal qual ocorreu com a proibição do álcool nos EUA, o que faz com que as drogas se tornem produto caro (CASTRO, 2015).

No caso do Brasil, a repressão às drogas somente levou (e tem levado) ao fomento do tráfico, devido ao constante aumento do número de pessoas que são inseridas, buscando lucros e provocando corrupção de agentes públicos (SVISTUN; MARGRAF, 2016).

Além disso, com o recrudescimento da violência em razão ao tráfico de drogas ilícitas, a questão do enfrentamento às substâncias psicoativas tem colocado no mesmo lado, tanto os conservadores, quanto os progressistas, no que tange à crítica ao modelo norte-americano de combate às drogas (RODRIGUES, 2003).

Com base nessa realidade indiscutível, um dos argumentos contra a proibição é a de que mesmo com ela o consumo vem aumentando (CASTRO, 2015). Assim, a ONU, em 14/9/2015, recomendou que fossem descriminalizadas todas as drogas e fossem respeitados os direitos humanos (ALMANAQUE DAS DROGAS, 2015).

Para uma melhor compreensão do tema, segue uma linha temporal trazendo três fases, considerando os acordos e os tratados internacionais.

I - iniciado em 1912 e até às vésperas da II Guerra Mundial, tendo como maior foco o ópio;

II - de 1946 a 1961, negociações na Comissão sobre Drogas Narcóticas da ONU para consolidação dos instrumentos anteriores em uma Convenção Única das Nações Unidas, com o objetivo de uma Convenção às anteriores;

III - inicia-se em 1970 até a atualidade, em que, com a declaração de “guerras às drogas”, de Nixon, aumentou-se bastante a proporção de acordos bilaterais em que os EUA eram partes (GUSMÃO, 2015). Hoje, a ONU expõe a possibilidade de adoção de medidas alternativas para a descriminalização das drogas como medida de redução de danos, combate ao tráfico e controle sobre o uso e os usuários. Algumas das medidas têm como fulcro a preservação dos Direitos Humanos, outras buscam alternativas para combater o tráfico, que gera mais violência e mortes do que o uso das drogas.

Fiore (2012) ao aduzir que, proporcionalmente, os países da Europa têm mais consumidores de drogas que os da América Latina, afirma que lá o consumo e o comércio de drogas se dão de forma muito menos violenta. O autor mostra que a violência não está associada diretamente às drogas, mas ao contexto em que ela se insere que tem relação com a desigualdade social.

Para minimizar os impactos, hoje, vislumbra-se uma tendência mundial que é a máxima descriminalização em relação às drogas, abrindo espaço para a informação e a educação de usuários e cidadãos sobre elas. Além de abrir espaço para a agricultura racional da matéria prima, bem como espaço para os estudos científicos para aplicação em fármacos e outros diferentes produtos e mercadorias. Estes estudos devem se estender para outros campos do conhecimento, como o jurídico e a educação.

Notadamente, as pesquisas podem apontar caminhos alternativos vantajosos, tanto do ponto de vista econômico quanto social (no sentido da justiça ser menos seletiva), evitando gastos com a repressão aos usuários e aos traficantes e criando políticas públicas que, invariavelmente, podem diminuir a criminalidade (CARVALHO, 2013).

Não obstante, no Brasil, tal empreitada não parece ser fácil em um futuro próximo, pois a mídia se mostra engajada em sentido contrário e a população está disposta a dispor da sua liberdade, de não poder usar drogas, em prol de uma suposta segurança nacional. A ideologia da segurança nacional foi introjetada, sem contar que, por desconhecimento, o sentimento social é de que o preso por uso ou posse de drogas deve continuar preso.

Em discurso, vários presidentes e ex-presidentes de diferentes países, em seus mandatos, começaram a mudar seu pensamento sobre a proibição em relação a algumas drogas consideradas ilícitas e dizem que o combate que fizeram a elas durante suas gestões foi equivocado, podendo ser citados Fernando Henrique Cardoso, no Brasil; César Gaviria, na Colômbia; Pepe Mujica, no Uruguai. Esse modo de pensar tem tomado proporções por causa da realidade evidente e visível de que as pessoas

não estão morrendo por causa do uso, por exemplo, de maconha, mas sim por causa de balas trocadas entre narcotraficantes pelo controle de vendas ou com policiais em repressão ao tráfico. De se notar, ademais, que a atuação das polícias se dá, em regra, sobre o mercado varejista, que é o mais exposto e que lida com os maiores riscos do encarceramento (FIORE, 2012); esse mercado varejista se movimenta a partir da juventude cooptada pelo crime organizado, uma vez que o país oferece poucas perspectivas de emprego e renda.

Diante desse contexto, já são vários os segmentos sociais lutando contra a política proibicionista.

Desde o século XIX, a prisão se converteu em principal resposta penal ao crime, entretanto, verificou-se que ela não pode reabilitar o indivíduo, ao contrário, maximiza a criminalidade, tanto que na atualidade não se tem esperança de ressocializar com a prisão, mormente pelo fato de que se buscam medidas alternativas a ela (GIACOIA; HAMMERSCHMIDT, 2012).

Dentro desse contexto, é de salutar importância clarificar que existe uma relação próxima e de mutualidade entre as drogas, medicamentos e alimentos, pois alguns destes podem ser enquadrados como drogas, todavia, lícitas. Além disso, de se ressaltar que mesmo as drogas tidas como lícitas, se usadas de forma descontrolada, são perigosas e danosas à saúde (FIORE, 2012).

A partir do proibicionismo como medida de combate às drogas disseminado pelos EUA e, depois, internacionalmente, sempre se colocou em discussão a proibição às drogas como algo normal, que desde sempre ocorreu na sociedade, como se fizesse parte das regras sociais mais naturais. Contudo, a proibição ao uso de drogas não é algo natural e surgiu por uma construção histórica que abarca um período, em que algumas substâncias foram retiradas da disponibilidade legal de quem tivesse interesse em consumi-las, sendo (algumas delas) normatizadas conforme tratados internacionais pelas indústrias farmacológicas. Assim, o “proibicionismo é uma forma simplificada de classificar o paradigma que rege a atuação dos Estados em relação a determinado conjunto de substâncias” (FIORE, 2012, p. 09).

Essa normatização como ordem internacional, conforme visto, teve início em 1912, ou seja, há pouco mais de um século. Contudo, afirma Carneiro (2014) que antes do proibicionismo, diversas sociedades, em diferentes tempos, tinham acesso às substâncias psicoativas como condição cultural e uso social. Algumas drogas, inclusive, tinham valor igual ou até superior ao dos alimentos, tanto que muitas das substâncias psicoativas são alimentos também, tal como a maconha, que tem uma semente extremamente nutritiva; da mesma forma, a semente da papoula que, também, pode ser ingerida; a folha de coca tem potencial nutritivo e necessário para suportar a altitude, no caso de povos andinos que a usam para combater os efeitos no corpo.

Não bastando isso, diz Carneiro (2014), elas criam “alteração do estado da alma”. É correto

afirmar que houve, com o decorrer do tempo, uma seleção das plantas que tinham essas características, como alimento ou para uso na forma psicoativa.

As drogas trazem a analgesia, que é um dos trunfos consideráveis da contribuição histórica contra a dor, diminuindo-a ou até eliminando seus efeitos. Os medicamentos industrializados são derivados de plantas com essa finalidade.

Na seção seguinte, discute-se exclusivamente o contexto do proibicionismo no Brasil e sua influência na legislação, bem como, os problemas históricos que gerou e tem gerado ao impedir que se discuta processos alternativos tanto de liberalização das drogas, quanto à prisão cautelar.

3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O PROIBICIONISMO NO BRASIL

Observou-se que no Brasil, desde o final do período imperial o tratamento dado à questão das drogas, principalmente em relação à legislação, foi se enrijecendo devido ao proibicionismo, sobretudo, no período da Ditadura Militar, culminando, atualmente, com a descodificação e com criação de procedimentos específicos e próprios para o julgamento de crimes desse tipo, diferentemente da maioria dos demais delitos, o que tem gerado a violação de vários direitos de indivíduos considerados desviantes (CARVALHO, 2013).

O objetivo dessa seção é mostrar a influência histórica do proibicionismo norte-americano na política de combate às drogas no Brasil, apontando problemas evidentes de descompasso entre a realidade e a ideologia da segurança nacional. Para tanto, faz-se necessário recorrer à história das drogas no Brasil e caminhar aos pouco para a legislação.

Segundo Carlini (2005), a história do Brasil está muito ligada à da maconha, conhecida como fumo-de-angola e banguê, pois os barcos que aqui chegavam tinham as velas e os cordames feitos da sua fibra. Conforme o autor, os escravos traziam bonecas de pano com semente de cânhamo dentro, que eram amarradas nas tangas.

A maconha é um produto originalmente orgânico que faz parte da história da humanidade. Trata-se de um produto da simbiose coevolutiva com a espécie humana como outras plantas que, aos poucos, foram domesticadas. O milho, por exemplo, não existia da forma como o conhecemos hoje, senão na forma do conhecido como teosinto - um milho pré-histórico. O que se quer dizer é que as plantas foram domesticadas e selecionadas até se tornarem o que são hoje. A mesma coisa ocorreu com a maconha (CARNEIRO, 2014).

Há várias espécies de maconha espalhadas por diferentes regiões do planeta. Variam de tamanho conforme a espécie. São plantas muito antigas que fazem parte da história da humanidade. A *Cannabis Sativa* é originária da China, a *Cannabis Indica* é originária da Ásia Central e Himalaia e a *Cannabis*

Ruderalis é originária de regiões da Rússia. Elas chegaram ao mundo Ocidental e ao mundo árabe-africano, a partir do comércio árabe, com a denominação banguê, de origem indiana (CARNEIRO, 2014).

De Moçambique, os portugueses a trouxeram para o Brasil, onde se fazia o uso tradicional. Na Europa, servia a fins econômicos e não se sabia que o banguê e o cânhamo se tratavam da mesma planta, todavia os negros africanos a identificaram. Ela foi plantada no Brasil por portugueses visando à obtenção de material para a produção da indústria naval. Entretanto, ao mesmo tempo, começou o seu uso com finalidades psicoativas, porque os negros começaram a pegar as flores para fumar e virou uma tradição da cultura afro-brasileira, tanto que as denominações maconha, diamba, liamba vêm todas do quimbundo, que é uma língua do tronco banto de Angola.

Seu cultivo foi incentivado pela Coroa portuguesa no século XVIII, todavia, com o passar do tempo, o uso sem finalidades medicinais se disseminou entre os negros escravos e os índios brasileiros. Era feito o uso pelas camadas mais pobres, o que não era motivo de preocupação da Coroa.

Historicamente, a primeira legislação no Brasil ainda Colônia sobre as drogas foram as Ordenações Filipinas, de 1603, que no Livro V, título LXXXIX, fez menção às drogas, nos seguintes termos: “Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso”. O rosalgar é um veneno – o óxido de arsênio. Essa legislação perdurou até meados de 1830.

A legislação de 1830 a 1890 não faz menção ao comércio e nem proíbe o uso de drogas, senão para os escravos no Rio de Janeiro. Havia uma lei da Câmara do Rio de Janeiro, de 1830, que proibia o pito de pango, especificamente para uso de escravos ou negros libertos. O que também identifica um traço racial de preconceito (CARNEIRO, 2014).

Observa-se que na segunda metade do século XIX, apesar do começo do reconhecimento do seu caráter hedonístico, a maconha teve o seu valor medicinal reconhecido, perdurando até a década de 1930, quando ainda era mencionada em literaturas médicas e era prevista entre os produtos farmacêuticos (CARLINI, 2005).

Somente a partir do Código Penal de 1890, art. 159, previa-se a prática de crime pela venda de drogas: “Art. 159. Expor á venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários: Pena de multa de 200\$ a 500\$000”.

A maconha, por exemplo, nesse código penal não era considerada droga, pelo contrário, tinha o reconhecimento medicinal. O conceito de droga estava estritamente ligado às substâncias venenosas.

Em termos históricos, a regulamentação e a proibição do uso de algumas substâncias psicoativas no Brasil são bem recente, devido à influência das políticas proibicionistas norte-americanas durante o século XX, que se tornou um modelo a ser seguido por outros países, conforme já fora abordado neste trabalho. Com isso, a imprensa nacional começou a difundir ideias de combate ao "risco" do uso

recreativo e descontrolado de drogas. Nessa quadra, surgem leis proibindo seu uso e comércio e políticas públicas proibicionistas com o amparo de estudos psiquiátricos e de direito criminal (ROCHA, 2013).

Para fins de delimitação e compreensão do proibicionismo no Brasil, Arguello e Muraro (2015, p. 330), citando Nilo Batista, explanam que:

[...] o período de combate às drogas no Brasil pode ser dividido em dois: o sanitário e o bélico. O período ‘sanitário’ (1914-1964) inicia-se logo após a subscrição do protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, em 1912. Trata-se do modelo higienista de internação compulsória que durou ao menos meio século (o usuário de drogas ou adicto era tratado como doente, não era criminalizado). A partir de 1921, sob influência da Conferência de Haia (1912), surge o Decreto Legislativo 4.294/1921 que revoga o art. 129 do CP/1890, introduzindo o termo ‘substância entorpecente’ no direito penal brasileiro.

O período sanitário foi fruto do alinhamento do Brasil com os tratados internacionais, já o período bélico surge com o golpe militar de 1964, em que a doutrina da segurança nacional pregava que as drogas seriam usadas por nações comunistas para “envenenar” a juventude ocidental, propondo o enfrentamento da questão por meio de “dispositivos bélicos” (ARGUELLO; MURARO, 2015, p. 330-331).

O Decreto n°. 2.861, de 1914 no Brasil aderiu ao tratado internacional criado em Haia em 1912 em sua conferência. Esse decreto previa o seguinte em seu preâmbulo: “Aprova as medidas tendentes a impedir o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína, constantes das resoluções aprovadas pela Conferência Internacional de Ópio, realizada em I de Dezembro de 1911 em Haya” (BRASIL, 1914).

Em seguida, em 1921, foi promulgado o Decreto n°. 4.294, que revogou o art. 159 do Código Penal de 1890. Essa é a primeira Lei antidrogas do país, a qual criminalizava o vendedor ilegal e vitimava o usuário, materializando-se os princípios da Lei *Harrison Narcotic Act*, de 1914, dos EUA que coloca o usuário como doente e necessitado de reabilitação para a vida social (ROCHA, 2013). Rodrigues (2003) salienta que o avanço da política antidrogas estadunidense, e por extensão da ONU, difundiu a ideia de que os consumidores deveriam receber atenção especial na qualidade de enfermos. O problema do proibicionismo é que a meta buscada é a abstinência.

Recorde-se que no final do século XIX, a dependência das drogas era vista “como falta de vontade do ser humano” em abandoná-la. Somente na década de 1880 é que o vício passou a ser atribuído à droga e não ao usuário, tanto que as pessoas que eram viciadas em morfina o eram por causa do uso em decorrência de recomendação médica. Em decorrência dessa visão americanizada, no Brasil os usuários passaram a ser vistos como doentes.

Apesar das previsões incriminadoras em seu bojo, o Decreto n°. 14.969, de 1921, foi considerado

norma de vanguarda, pois criou estabelecimentos para tratamentos de toxicômanos:

Art. 6º O Poder Executivo creará no Distrito Federal um estabelecimento especial, com tratamento medico e regimen de trabalho, tendo duas secções: uma de internandos judiciarios e outra de internandos voluntarios.

[...]

§ 2º Da outra secção farão parte: a) os intoxicados pelo alcool, por substancia venenosa, que tiver qualidade entorpecente das mencionadas no art. 1º, paragrapho unico desta lei, que se apresentarem em juízo, solicitando a admissão, comprovando a necessidade de um tratamento adequado e os que, a requerimento de pessoa da família, forem considerados nas mesmas condições (letra a), sendo evidente a urgencia da internação, para evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral (BRASIL, 1921)⁴.

Esse Decreto regulamentava a criação de sanatórios. Entretanto, foi nesse mesmo período – anos 1920 – que teve início à repressão da maconha no país, provavelmente, por causa da postura tomada por Pernambuco Filho que, como delegado do Brasil na II Conferência Internacional do Ópio, realizada em 1924, em Genebra, pediu a inclusão da maconha nas discussões para proibição juntamente com a proibição do ópio e coca (CARLINI, 2005).

Posteriormente, houve as convenções internacionais de Genebra (1925, 1931 e 1936), que exerceram grande influência no Brasil e demonstrou a preocupação mundial com o combate às drogas.

O Decreto nº. 20.930, de 1932 (BRASIL, 1932), dizia o seguinte em seu preâmbulo: “Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Ópio da Liga das Nações, e estabelece penas”.

Ele foi alterado pelo Decreto nº. 24.505 de 1934, o qual foi revogado pelo Decreto-Lei nº. 891 de 1938, que, por sua vez, “aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes”.

A proibição total do plantio, cultura, colheita e exploração da maconha por particulares se deu em 25/11/1938 pelo Decreto Lei Federal nº. 891, tendo essa proibição efeitos até hoje. Apenas para salientar o equívoco, o tetraidrocannabinol, princípio ativo da maconha, tem efeitos antiemético em casos de vômitos causados por quimioterapia contra câncer e é um "orexígeno útil para os casos de caquexia aidética e a produzida pelo câncer" (CARLINI, 2005). Vale ressaltar que o THC é medicamento em vários países e nos EUA, conhecido lá como MARINOL® (CARLINI, 2005).

Em sequência, foi estatuído o Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), o qual previa em seu art. 281 penalidades para o tráfico de drogas:

Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes. Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez

⁴ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>

contos de réis. § 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis. § 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar. § 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que: I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente; II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente; III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente. § 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

Essa postura repressiva continuou por muito tempo e ganhou força com a Convenção Única de Entorpecentes, da ONU, de 1961, que o Brasil a ratificou. Nessa Convenção a maconha foi comparada à heroína e colocada em duas listas condenatórias (CARLINI, 2005).

De acordo com Carvalho (2013), o enrijecimento da política de drogas se deu com maior intensidade no período da ditadura militar (1964-1985), em que houve o alinhamento do Brasil com o capitalismo norte-americano, cuja política mantinha a perspectiva proibicionista. O Brasil era considerado uma rota de passagem de drogas para os EUA. É necessário ressaltar que há essa época, o Brasil não tinha alta incidência de fatos relacionados às drogas.

Não obstante, foi implementada uma política criminal de drogas que considerou o usuário como doente, o que fez com que ele ficasse à mercê do Estado, diga-se de passagem, do Estado repressor - o policial – para ser estigmatizado.

Em 1968, logo após o Ato Institucional nº. 5 (BRASIL, 1968), o Decreto nº. 385/68, modificou o artigo 281 do Código Penal, acrescentou outros verbos criminalizadores a ele, ficando com a seguinte redação:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacordo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica). Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. § 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica; II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica).

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico dentista ou veterinário: Pena - reclusão, de 2 a 8 anos, e multa de 20 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. (Forma qualificada). § 3º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração de preceito legal ou

regulamentar: Pena - detenção, de seis meses a 2 anos, e multa de 10 a 30 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. (Receita legal). § 4º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que: I - instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; (Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica). II - utiliza local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica; (Local destinado ao uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica). III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. (Incentivo ou difusão do uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica). § 5º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 16 anos. (Aumento da pena).

Além da repressão, outro aspecto que chama à atenção nesse contexto é que o usuário passou a ser visto como dependente e doente, devendo ser tratado como vítima⁵. Por trás dessa formulação estava a ideia de que tais pessoas deveriam ser excluídas do contexto social por estarem doentes e precisarem de tratamento em clínicas psiquiátricas. Ter o usuário como dependente e doente tinha o claro desiderato de fulminar as forças dos movimentos de contracultura que se apoiavam em estilos próprios e característicos para protestar, como o uso de roupas, música, arte e drogas, sobretudo, nos anos de 1960 e 70. Em detrimento disso, o capitalismo teria controle sobre esse contingente populacional.

Observa-se que, no caso do usuário, o controle seria por meio da incidência do discurso médico-jurídico. Já o traficante, do penal mesmo. Ainda no caso do usuário, mesmo o não dependente, era enquadrado como doente, logo seria estigmatizado, o que lhe conferia o *status* de incapacitado para conviver em sociedade (CARVALHO, 2013).

O Decreto-lei nº. 753 de 1969 (BRASIL, 1969) reforçou a fiscalização:

Dispõe sobre a fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, distribuição de amostras desses produtos e dá outras providências.

Em suma, a repressão era sobre os indivíduos e sobre os laboratórios. Em 1971, a Lei nº. 5.726 expunha a ideia de que o problema das drogas era de todos e trazia dentre outros a premiação para as delações. Essa mesma lei estabeleceu a equiparação entre usuário e traficante, com até seis (6) anos de pena privativa de liberdade e trouxe a tipificação da quadrilha composta por dois membros, o que era contraditório, haja vista que quadrilha pressupõe pelo menos quatro indivíduos.

No código de 1940, o consumo de drogas não era considerado crime, o que demonstrava a

⁵ Em verdade, o indivíduo usa drogas porque quer e não por ser vítima. A sua escolha deveria ser respeitada, bem como o Estado deveria oferecer políticas públicas tanto de combate ao uso - ações educativas, - quanto de tratamento para evitar danos. De certa forma, essa é a proposta defendida nessa dissertação.

característica da prevenção sanitária da drogo-dependência, mas este dispositivo foi revogado em 1976 com a Lei n°. 6.368. Esta Lei foi promulgada após a aprovação da Convenção Única sobre Entorpecentes, pelo Decreto n°. 54.216, de 1964, ocasião em que a adesão belicista passou a ser plena, com a expansão da repressão.

Nessa esteira, seja em países periféricos ou centrais, todos tiravam proveito do combate às drogas. Certamente, a justificativa de inserção de agentes e forças bélicas em países estrangeiros soberanos se fazia dessa maneira, o que não seria possível de outra forma senão por meio de invasões. Os países periféricos alinhados com os EUA, nesse contexto de guerra fria, ganhavam força política e armamentista para conter internamente os descontentes. Assim, todos os interessados no combate às drogas ganhavam (CARVALHO, 2013).

A Lei n°. 6.368 de 1976 possibilitou um elevado aumento nas tipificações de tráfico de drogas. Esse diploma retirou o termo combate do primeiro dispositivo legal e o substituiu por prevenção e repressão. Igualmente, distinguiu as figuras penais do tráfico e do usuário, especialmente no tocante à duração das penas. Nesse sentido, as penas podiam variar de 3 a 15 anos de reclusão e multa para o tráfico, e de detenção de seis (6) meses a dois (2) anos e multa para o uso.

No período mencionado - 1964 a 1985 -, o intuito da legislação penal brasileira sobre drogas de punir pessoas de segmentos sociais menos prestigiados ficava evidente, tanto que um jovem abastado, quando pego com certa quantidade de drogas, era considerado usuário. Se pobre, era considerado traficante, sofrendo as mesmas penas que uma pessoa que traficasse toneladas de drogas, o que culminou com o etiquetamento do traficante.

Um fator nada desprezível a se registrar é o de que a política-criminal contra as drogas teve adeptos fáceis entre a população, pois a mídia (*mass-media*) fez a propaganda de seu risco e perigo social, distorcendo de forma qualitativa e quantitativa sua incidência. Conforme Duarte (2013) criou-se uma aura em torno do problema que se cristalizou em preconceito, incrementando o desejo de vingança em relação ao criminoso. Daí, uma aparente preocupação do Estado em prevenir o uso de drogas fez com que se legitimasse a repressão, que era vista como normal e necessária para proteção social, para a segurança nacional.

No período da ditadura ficou evidente o fenômeno da antecipação da condenação de um crime que ainda não havia acontecido, considerando-se o falso consequente, a saber, que o indivíduo que se envolve com drogas pratica outros crimes. Então, segundo esse modo de pensar, é preciso puni-lo de antemão pelo que ele fará, como forma de prevenção, logo ele não cometerá o crime. Essa punição não era formalmente declarada, mas fundada subliminarmente no etiquetamento. Em suma, se o indivíduo usa drogas, melhor tratá-lo logo e extirpá-lo da sociedade para que ele não cometa crimes futuros.

Nesse diapasão, a Ideologia da Segurança Nacional (ISN) se fortaleceu na ditadura militar, sendo

amplamente difundida no Brasil e em toda a América Latina, como fruto de intervenção dos EUA, com o escopo subliminar de violar a soberania de países, bem como pela declaração de combate às drogas. Um dano colateral dessa ideologia foi o fortalecimento no Brasil e no mundo de combate aos crimes políticos junto com o combate às drogas (CARVALHO, 2013).

Para o autor, no entanto, nessa ideologia, diferentemente da do Movimento de Defesa Social, que tinha um discurso humanitário, tinha a da eliminação e intolerância com o diferente, valendo-se de quaisquer meios, legítimos ou não, dignos ou não, para conseguir aplacar o crime, o que caracterizou bem o estilo do Golpe de 1964 no Brasil e outros na América Latina. Seu discurso é o de que, para se ter segurança, não há de se ter barreiras, nem legais, nem morais, nem éticas.

Na mesma esteira, está o Movimento de Defesa Social (MDS), a despeito de esboçar caráter humanitário, em verdade, vale-se de instrumentos penais para atingir seus objetivos de repressão. Ora, o direito penal não tem caráter humanitário, pois tem como pilares de atuação a periculosidade, a reeducação, segundo seus preceitos, sem respeitar as liberdades de ser diferente, personalidade desviante, reincidência ao que ele mesmo considerou infração penal. Assim, não consegue se desvencilhar do contexto punitivo.

Na mesma linha, os Movimentos de Lei e Ordem (MLO) buscaram apoio popular para se firmar, criando pânico social de forma a legitimar a atuação do poder repressivo estatal máximo. Não bastando isso, dentro do próprio Estado, diminuiu ao juiz a possibilidade de individualização da pena, equiparando todos os traficantes a um só patamar, não fazendo distinção entre grande e pequeno traficante. A prática demonstra que esses juízes, mesmo quando tinham a possibilidade de flexibilizar a pena por causa do contexto do indivíduo desviante, não o fazem, sendo extremamente rígidos (CARVALHO, 2013).

As concepções do MDS, ISN e MLO se consolidaram e convergiram para uma só alternativa que se cristalizou na cultura: a punitividade. Havia a convicção de que o proibicionismo é o único caminho possível, sob a influência e incidência do pensamento “superpositivista” na jurisprudência nacional.

A despeito dos estudiosos da área jurídica afirmar que o país não possui uma política-criminal adequada para as drogas, em verdade, tem sim; todavia, totalmente voltada para a punição, bem distante dos paradigmas constitucionais, o que viola os Direitos Humanos.

No Brasil, está em curso o Direito Penal do Inimigo, que é basicamente constituído pelo Movimento da Defesa Social (MDS) – cujo pretensão caráter humanitário incide sobre a ideia de periculosidade e reeducação; do Movimento da Lei e Ordem (MLO) – que originou a lei dos crimes hediondos, em 1990; a Ideologia da Segurança Nacional (ISN) – que se arrasta desde a Ditadura Militar (1964-1985) como influência dos EUA na política de drogas brasileira (CARVALHO, 2013).

As consequências, em longo prazo, se fazem sentir atualmente, dado que a maior parte da

sociedade brasileira é intolerante com o usuário de drogas, sendo inclusive um tabu para o debate acerca da descriminalização. O Direito Penal do Inimigo instaurou na sociedade o temor, fazendo-a autorizar que o poder público haja de maneira abrupta contra os violadores das leis criminais, qualquer que seja o crime cometido e independente de seu potencial ofensivo.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o tráfico de drogas é crime inafiançável e sem anistia, conforme segue:

Art. 5º [...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...].

A Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os Crimes Hediondos reforçou o previsto na Constituição e fez com que o tráfico de drogas fosse tratado de forma mais rígida, proibindo a liberdade provisória aos acusados e o indulto para os condenados, dobrando os prazos processuais de maneira a perdurar mais a segregação provisória. Conforme a lei:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº. 10.409/2002. Essa lei, no seu aspecto penal, foi vetada pelo Presidente da República por causa de vários vícios de constitucionalidade, permanecendo válida somente suas disposições processuais.

A Lei nº. 11.343/2006 definiu os crimes relacionados às drogas em seu capítulo II e eliminou o termo entorpecente que perdurava desde 1921, tratando diretamente no artigo 33, que relaciona ao tráfico a expressão droga. O art. 28, da Lei nº. 11.343/2006, abranda as penas para usuários e endurece para traficantes, mantendo a lógica das legislações anteriores, deixando para o juiz considerar se é tráfico ou usuário, de acordo com as provas contidas no processo. Com isso, há grande margem de subjetividade no artigo de Lei (ROCHA, 2013).

Da mesma forma é o art. 33, que qualifica o tráfico. Também é subjetivo e depende das provas dos autos. O problema é que a ordem subjetiva também o é para quem faz o primeiro contato com o crime, que são os delegados e policiais, “[...] os quais irão descrever o boletim de ocorrência

conduzindo para um lado ou outro” (ROCHA, 2013, s/p). Assim, a Lei de drogas conta com o “olhar” dos agentes da segurança pública e com o “bom-senso” do juiz, sendo extremamente subjetiva essa postura.

Dentro desse panorama, verifica-se que a individualização de condutas entre traficante e usuário não pode trazer benefícios, pois a norma é por si mesmo injusta, além de cruel de um ponto de vista sociológico, pois pode incorrer na discriminação em termos de classes sociais quem será considerado traficante ou usuário. Continua a prerrogativa do Direito Penal do Inimigo. Segundo Silva (2013), o atual estágio de combate às drogas expõe uma confusão nos autores do direito penal do inimigo no que tange a diferenciar conceitualmente combate ao tráfico e processo penal, sem se permitir o uso de métodos específicos para lidar com a questão.

Entretanto a prisão e o encarceramento não são soluções para a diminuição do uso de drogas. Há que se resolverem os problemas causados pelas injustiças sociais como parte da estrutura social capitalista. No Brasil, uma vez encarcerado devido à condenação por porte de pequena quantidade de drogas, um jovem perde a dignidade em presídios que não ressocializam, não respeitam os Direitos Humanos, além de estarem dominados pelo crime organizado.

Hoje, o proibicionismo no Brasil é considerado uma forma de negar o pluralismo e a existência do outro como um ser culturalmente diferente, livre em suas expressões e escolha, reduzindo suas opções pessoais. Desconsidera-se que muitas drogas não proibidas causam muitas consequências médicas e são socialmente problemáticas (CASTRO, 2015), como é o do álcool destilado e do tabaco.

Assim, quando se fala em drogas, não se está discutindo saúde pública, mas sim um problema para o qual se busca o seu controle, que traz graves consequências em todos os aspectos, com mortos e feridos, além de toda uma gama de problemas sociais. O fomento aos crimes financeiros e transnacionais, por exemplo, matam mais que o uso das drogas propriamente dito, o que é totalmente paradoxal, pois envolve o tráfico ilegal.

O Brasil, atualmente, sofre com o tráfico de drogas, associado ao tráfico de armas, e, também, com o tráfico de produtos lícitos, como o cigarro, contrabandeados dos países vizinhos, sem contar os remédios, muitos falsificados.

Evidentemente, tal situação beneficia pessoas e grupos do crime organizado. No entanto, numa comparação do consumo de drogas lícitas com o consumo das ilícitas, o mercado farmacêutico global envolve 700 bilhões de dólares anuais, já o mercado das drogas ilícitas é de 400 bilhões, mais da metade de toda a indústria farmacêutica (CARNEIRO, 2014).

Esse mercado das drogas ilícitas tem lucros exorbitantes não pelo custo de produção ou o custo de distribuição, mas sim pelo da proibição, haja vista que agrega valor na cadeia produtiva clandestina, tanto que esse fenômeno econômico já foi apontado por vários prêmios Nobel de economia.

Assim, se existe uma demanda na sociedade e há tentativa de reprimir essa demanda por meios coercitivos, aumenta o tráfico, o preço sobe e, por conseguinte, a lucratividade aumenta (CARNEIRO, 2014). A economia da droga que entra no Brasil sustenta uma cadeia produtiva em países vizinhos e, também, sustenta e reforça as organizações paralelas ao Estado em termos de poder, como as facções criminosas que dominam os morros cariocas.

O argumento que se procura construir e expor aqui toca numa questão fundamental, a saber, a busca por alternativas ao proibicionismo, considerando que o dinheiro gasto na guerra contra as drogas, caso se optasse pela descriminalização e despenalização, poderia ser usado em campanhas publicitárias e para diminuir os problemas de saúde de quem padece do vício (CASTRO, 2015), bem como, em educação para a prevenção.

De se ressaltar que a despenalização não vai levar os indivíduos, por esse fato, a buscar consumir drogas, pelo contrário, o investimento em políticas públicas pode construir o efeito inverso, como se fez com o cigarro na década 1980, reduzindo o consumo drasticamente. No que tange às drogas, a experiência portuguesa tem se mostrado positiva (FIORE, 2012).

Nesse viés, Carneiro (2014) prega que o valor obtido com as drogas teria de ser revertido para a sociedade. Para ilustrar sua assertiva, explica que, no Estado americano do Colorado, existe um mecanismo em que os primeiros 40 milhões de dólares arrecadados em tributos com a venda legalizada da maconha seja destinado à construção de escolas.

No Brasil, a descriminalização e a despenalização poderia gerar divisas para o financiamento dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPs) - Álcool e Drogas (CAPS-AD), os quais ficam abandonados pelo Estado, que opta por destinar verbas para entidades confessionais ou filantrópicas, as quais se tornaram indústria da internação que geram lucros, tornando interessante manter a proibição e, portanto, não se fomenta o debate sobre a descriminalização ou a despenalização.

Na mesma medida, por mais contraditório que possa parecer, diz Carneiro, o traficante também é contra a legalização das drogas, pois vai eliminar a fonte de seus lucros. A ideia é que quanto mais escasso o produto, maior o preço. Como também, seria um problema para o tráfico de armas, que depende da economia gerada pelo tráfico de drogas e consumo ilegal.

Por isso, as políticas proibicionistas não conseguem diminuir ou acabar com o uso de substâncias psicoativas no Brasil, pelo contrário, geram um efeito oposto, a saber, o estímulo ao uso e a valorização das drogas. Além de ser uma forma de penalizar os usuários. A defesa da descriminalização e da despenalização que se faz nesse trabalho, em função dessa argumentação, é que:

[...] não importa a finalidade, a utilização de droga por uma pessoa não pode transformá-la em uma criminosa. A tendência mundial é a de liberar ao utilizar e proibir

o comércio ilegal. Ao condenar o consumo de drogas, condena-se também a prática cultural de inúmeras minorias étnicas (SVISTUN; MARGRAF, 2016, p. 00).

A despeito de condenar a prática cultural do uso de algumas drogas, o proibicionismo tem respaldo para continuar a vigor, tanto que o senso comum leva a crer que a integralidade dos crimes ocorre por causa dos usuários de drogas e que o seu consumo em demasia é “um dos maiores problemas de saúde pública do mundo”.

Atualmente, a descriminalização do uso das drogas está sendo colocada no centro das atenções e não ocorre porque é mais fácil penalizar que descriminalizar, mas porque a maioria dos cidadãos comuns aprova a penalização (CASTRO, 2015).

O consumo de drogas “sintéticas”, como a cocaína, tem aumentado desde o século passado no mundo e, de fato, tem se tornado um problema de saúde pública. Entretanto, a dependência em relação às drogas é reconhecida em nível mundial como transtorno psiquiátrico.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, os usuários acabam sendo estigmatizados e discriminados, quando deveriam ser tratados (SVISTUN; MARGRAF, 2016). Então, o problema de saúde pública causado pelas drogas se dá por falta do Estado reconhecê-lo como problema social e não como criminal. O Brasil, nesse sentido, precisa reconhecer a existência de um problema de saúde pública e não a existência de um problema jurídico.

A vertente proibicionista não pensa assim: “[...] as duas grandes premissas do proibicionismo são: o uso de drogas causa danos, destarte não deve ser permitida; e, a melhor forma de o Estado fazer isso é perseguir e punir seus produtores, vendedores e consumidores”. Logo, “o grande equívoco do proibicionismo é que o fato é muito complexo, destarte, um simples marco regulatório, que divide as drogas em: permitidas e proibidas, não resolveria o problema” (SVISTUN; MARGRAF, 2016, p. 96).

Entende-se que uma política sobre drogas que tivesse um marco regulatório, tal qual ocorre com o tabaco e o álcool, teria mais chances de ser bem sucedida (FIORE, 2012).

Além disso, é consenso que a grande parte dos usuários disfuncionais não se torna dependente das drogas que consome, bem como não há fator determinante que defina quem tem mais propensão ou não à dependência, tanto que muitos conseguem se manter integrados e saudáveis sob a ótica psicológica e social (LIMA, 2011).

Svistun e Margraf (2016, p. 109) salientam que:

[...] a manutenção do proibicionismo sob as mesmas premissas demonstram-se insuficientes e superficiais para justificar o combate à utilização de substância entorpecente, tornando-se indispensável o avanço dos debates, deixando de lado o senso comum, buscando-se, sempre, a evolução do direito e o respeito às pessoas que compõe (*sic*) a sociedade.

O modelo proibicionista, devido às suas inconsistências, no final do século XX, começou a

entrar em colapso por movimentos que se opõem à própria dinâmica da sociedade ocidental, cujas tendências militaristas, capitalistas, consumistas, alcoolistas, tabagistas, apenas reforçam o consumo. Uma tendência oposta - a biológica, - surgida especialmente nos EUA, nos anos de 1960, na época do movimento da juventude, afirmava ser o álcool e o tabaco piores para a saúde do que outras drogas.

Apesar da falta de consistência em relação à proibição das drogas, há que se considerar as informações científicas de que as substâncias que oferecem o maior risco são as lícitas. No Brasil, o caso da ingestão de bebida alcoólica, por exemplo, gera um número maior de acidentes de trânsito e de violência doméstica. Na mesma esteira, o tabaco é, segundo a Organização Mundial da Saúde, o maior causador de mortes no mundo - aproximadamente cinco milhões de pessoas por ano, totalizando mais de meio bilhão, no último século. Assim, é falaciosa a tese de que a proibição das drogas, até então ilícitas, melhoraria a saúde pública.

Se assim fosse, seria necessário proibir o tabaco a ingestão de bebidas alcoólicas, alimentos como o açúcar e o excesso de gorduras. Na atualidade, é indiscutível no âmbito internacional que o maior problema de saúde das sociedades desenvolvidas é dietético em razão do açúcar e gorduras animais, tanto que a obesidade já atinge metade da população dos países ricos.

Com base nessa ordem de ideias, se forem aplicar os mesmos critérios que se aplicam às drogas aos alimentos poder-se-ia afirmar que um indivíduo que se alimente inadequadamente estaria causando um custo para a sociedade, além de estar prejudicando a si mesmo. Entretanto, ninguém pensa em criminalizar essa conduta, não se cogita em se criminalizar alguém por ser viciado em gordura, açúcar ou outro alimento que não seja saudável ao corpo humano. Ora, se esse proceder não é aplicado aos alimentos, por qual motivo tem de ser às drogas consideradas ilícitas? Sabe-se que elas são produtos de ingestão humana muito similar a alimentos e algumas até são alimentos.

Para responder a essa pergunta, não se deve desconhecer que há um paradoxo institucional, que faz de certas drogas objeto de uma perseguição demonizante, enquanto outras são consideradas o emblema da felicidade, da alegria e dos bons lucros das empresas que as comercializam, como o álcool destilado e o tabaco. Ora, o Brasil é o maior exportador de tabaco do mundo, mesmo que este seja uma das substâncias mais perigosas e venenosas do planeta, seja para quem planta seja para quem consome o cigarro. Porém, ela é tão importante para nossa economia que está inscrita nos símbolos pátrios, brasão, por exemplo, em que há nele um pé de café e um de tabaco (ambos, drogas). Ninguém fala em proibir o tabaco ou o café. Controlar sim, regulamentar, sim, mas proibir não. No caso do tabaco, regulamentou-se que deveria ser usado em locais abertos (CARNEIRO, 2014).

Com base nessa realidade posta e de indiscutível inviabilidade de ser escondida, vem ocorrendo uma alteração no paradigma do âmbito das classes dominantes em relação às drogas ilícitas, minando as ideias proibicionistas.

Assim, o ideal é que se avance mais com um modelo de legalização plena. Nesse ponto, é necessário esclarecer que legalização plena não é igual à ideia de acesso indiscriminado. A legalização das atuais drogas ilícitas se daria da mesma forma que o é para o tabaco e o álcool, que têm uma legalização plena, mas com regras. A título de exemplo, poderiam ser usados os estudos holandeses, que dividem as drogas em quatro núcleos, tendo diferentes níveis de liberação e controle: 1) as totalmente liberadas a qualquer indivíduo, inclusive crianças, sem nenhum controle, como o café; 2) tem controle, que é o da idade, como no caso da cerveja, em qualquer lugar e a qualquer hora, salvo se conduzindo automóvel; 3) controle por idade e controle por local de consumo e publicidade, ilustrado pelo tabaco; 4) controle dos remédios de tarja preta, podendo consumi-los desde que haja uma autorização especial (CARNEIRO, 2014).

Com base nessa classificação, as atuais drogas ilícitas também deveriam ser regulamentadas de forma análoga.

Assim, por exemplo, a maconha se equipararia à cerveja ou ao cigarro, não podendo ser usada em locais fechados e nem usada por menores de idade. Por sua vez, a cocaína, LSD, heroína seriam controladas no nível quatro (4). Nesse caso, em razão das implicações que o consumo causa em termos de saúde pública, a autorização não se daria por um médico, mas sim por um regime de autorização que envolvesse um consumo informado e advertido, tal como se faz com as atividades de risco - o paraquedismo e o mergulho submarino. Para tais atividades deve-se ter treinamento e assistência personalizada. Outro ponto a se levar em consideração é que as formas de regulamentação envolvem a forma de acesso; livre, em lugares controlados ou não, para menores ou não. Para todos os casos de haver o controle do Estado, mas não sobre os indivíduos, mas sobre o comércio no sentido de regulamentá-lo e informar os usuários acerca dos riscos.

Assim, a comercialização, especialmente para drogas como cocaína, teriam regras rígidas de controle, da mesma forma que há para os receituários médicos de venda controlada (FIORE, 2012).

Um fator que deve ser considerado é que entre os males, que sejam os menores: a legalização das drogas em geral pode reduzir o consumo de bebidas alcoólicas. Além disso, a sociedade não ficará refém de um padrão monopolístico para o lazer químico ligado ao álcool. Na Inglaterra, por exemplo, aconteceu isso com o *ecstasy*, que deixou de ser alcoólico e passou a ser droga química, apresentando menos perturbações, pois as pessoas brigavam menos, se envolviam menos em acidentes de carro ou brigas por ciúmes.

A par de toda essa realidade ilustrativa, de se esclarecer que não se está propugnando a liberação do uso das atuais drogas ilícitas de forma indiscriminada. Não! É necessário a responsabilidade e o controle. Atualmente, há a falácia da proibição, mas não se tem controle sobre o consumo das drogas, sejam entre os indivíduos adultos ou adolescentes – todos têm acesso às drogas de forma

indiscriminada, sem controle do Estado.

Há que se ressaltar que os indivíduos ficam expostos a situações de risco para ter acesso às drogas, muitas vezes, contato com o narcotráfico. Para se evitar esse contato, Rosa e Carvalho (2012) apontam que o Estado poderia regulamentar a venda e ser o provedor de um modelo alternativo, combinando vários fatores como a redução de danos, a tributação, o controle da venda, a publicidade, etc., como se faz com o cigarro. Ou ainda, o Estado poderia regulamentar para que qualquer empresa se dedique ao comércio das drogas, priorizando a própria indústria farmacêutica, que já produz e faz o comércio legal das drogas. No Uruguai, com o controle estatal da grande produção e do atacado faz com que o lucro seja integralmente revertido para o interesse social e da saúde pública.

Qualquer alternativa possível tem de haver critérios de arrecadação e reversão da renda para a criação de políticas públicas de combates às drogas e redução de danos, considerando que as drogas trazem malefícios para a saúde pública. Além disso, se combateria as campanhas publicitárias que incitassem o uso, no caso de privatização. A ideia é regulamentar a venda, mas limitar o consumo, isto é, não permitir que a empresa amplie o mercado com campanhas publicitárias. O Estado não incentiva e nem permite, apenas regulamenta, dando acesso à informação aos indivíduos, que depois de advertidos, assumam os riscos do uso, tal como é com os esportes radicais.

No Brasil, o caso do tabaco ilustra bem o sucesso de não se adotar políticas proibicionistas, tendo em vista que as políticas de contrapropaganda fizeram diminuir o número de fumantes (FIORE, 2012).

Enfim, o debate acerca do fim do proibicionismo está tomando uma grande proporção, pois envolve a liberdade de expressão e de disposição de si mesmo, da disposição livre para o uso do corpo. A descriminalização poderia permitir o acesso controlado e limitado às pessoas que queiram exercer sua liberdade dessa forma, sem se expor para ter acesso.

A opinião pública ainda apresenta uma postura conservadora quanto ao uso das drogas ilícitas, mas estas não são piores do que outras drogas legalizadas. A diferença é que o usuário de drogas se preservaria da perseguição jurídica, policial e cultural (CARNEIRO, 2014). Além do mais, a guerra contra as drogas acaba.

No mais o proibicionismo não funciona, haja vista que quem quiser usar drogas vai usá-las, pois na prática elas estão liberadas (GORGULHO, 2004). Nesse sentido, o proibicionismo apenas garante o monopólio do mercado desregulamentado e preenchido pelas organizações criminosas, que lucram com a miséria social, causando vítimas – inclusive crianças e adolescentes (FIOCRUZ, 2016). São vários os autores que apontam a mesma perspectiva sobre as vítimas. Lima (2011) afirma que as políticas de combate às drogas – tráfico, venda e consumo – se tornou uma guerra com um crescente número de vítimas inocentes e o enriquecimento das organizações criminosas.

Por todo o exposto até aqui, procurou-se apresentar argumentos e constatações que apontam que o proibicionismo não se sustenta em termos práticos, de resultados, nem em termos teóricos. A busca por alternativas à atual situação brasileira perpassa pelo debate aberto, sobretudo, pelas pesquisas científicas em diversos campos do conhecimento na produção de respostas que sirvam para orientar as políticas públicas e o próprio Estado na manutenção da existência social voltada para o bem comum. A dissertação, ora apresentada, procura trazer este debate para o campo jurídico. No capítulo seguinte, o enfoque se dá em torno da descriminalização da maconha, procurando trazer à tona os debates que estão em curso na mídia e já em votação no Supremo Tribunal Federal (STF) a partir do Recurso Extraordinário n°. 635.659/SP.

CAPITULO III

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA E AS POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS

1. O ENFRAQUECIMENTO DO PROIBICIONISMO E AS POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS

Nessa seção, o que se discute são as políticas de redução de danos enquanto alternativa ao proibicionismo, que começa a representar um grande problema, no sentido de não se sustentar enquanto política adequada de combate às drogas, sobretudo, por trazer efeitos colaterais muito piores do que o próprio consumo, como é o caso da repressão e do superencarceramento de presos em presídios que não possuem as condições mínimas para a manutenção dos Direitos Humanos, como se assiste no Brasil.

O proibicionismo não erradicou o consumo, pelo contrário, o mercado escuso só cresceu, fazendo-o aumentar. Isso causou violência e consequências nefastas para os usuários que passaram a utilizar substâncias adulteradas e ministradas sem segurança, o que rendeu críticas internas ao proibicionismo. Uma abordagem de ordem prática e realista na questão das drogas, que tem alcançado resultados satisfatórios e vem ganhando credibilidade é a política de redução de danos, principalmente por reconhecer que a erradicação das drogas é utópica (FIORE, 2012).

Em alguns países europeus o debate sobre a problemática envolvendo as drogas faz parte da vida comum, resultando no entendimento de que a melhor opção é a liberalização. Segundo Cavalheiro (2015), os países baixos, por exemplo, descriminalizaram a maconha em 1976 com o objetivo justamente de controlar e diminuir o uso de drogas em seu território, regulando o comércio e o consumo a partir de quatro pilares: informação, prevenção, tratamento e redução do consumo. Assim,

[...] é válido retratar como se dá a política pública neerlandesa direcionada para a descriminalização do uso da maconha e a maneira como o assunto é focado. O governo não impõe penalidades para a posse de pequenas quantidades de *Cannabis*, permitindo a sua venda em *coffee shops*, fato esse que ameniza os riscos tanto para usuário como para terceiros por evitar, em teoria, o contato com traficantes (CAVALHEIRO, 2015, p. 2).

Como já dito em tópicos anteriores, a escolha para uma substância ser formalmente proibida ou não é arbitrária para atender a fins econômicos, sociais ou religiosos, bem como os relacionados aos preconceitos. Então, não é necessário muito esforço para se observar que os critérios para enquadramento de determinadas substâncias como lícitas e ilícitas não são objetivos e científicos, pois,

se o fossem, o álcool e o tabaco seriam substâncias proibidas, haja vista que são mais problemáticas (CARNEIRO, 2014).

Conforme Rodrigues (2003) a política de redução de danos tem uma premissa simples: o uso de drogas é inerente a qualquer povo ou cultura, tanto que sempre fez parte da história da humanidade e não há como extingui-lo. Sendo assim, torna-se necessário criar políticas para minimizar os impactos e não negar as consequências negativas do uso, a começar pela informação para combater o uso e o “mau uso”. Pode haver o uso controlado e o uso descontrolado, sendo o papel dessas políticas públicas, intervir e esclarecer os usuários.

Portanto, a política de redução de danos não faz apologia ou incentiva o uso drogas, pelo contrário, aponta caminhos para a minimização dos impactos pelo uso de drogas, auxiliando na constituição de políticas públicas para o tratamento de dependentes, educação no combate ao uso, informação para os usuários, redução dos efeitos negativos físicos e sociais, etc. Trata-se de uma forma de controle social.

O termo “redução de danos” foi usado pela primeira vez em 1926, na Inglaterra (LIMA, 2011), para designar a diminuição no número de implicações em usuários de drogas injetáveis, ocasião em que se utilizou da distribuição de seringas descartáveis e a disponibilização de equipe profissional especializada para atender aos usuários. Os resultados foram satisfatórios, motivo pelo qual foi usado por outros países.

Posteriormente, a política de redução de danos começou a ser aplicada na Holanda, na década de 1980, como uma política que buscava diminuir os gravames dos danos por uso de drogas, não importando ser o objetivo do usuário a interrupção ou não o consumo. Tal política ocorreu pela criação de um programa estruturado que oferecia atendimento ao usuário mediante alguns requisitos básicos, como a sua própria aceitação a alguma forma de tratamento, inscrição junto aos órgãos públicos voltados para a saúde e assistência social, o contato próximo com servidores que ofertam o atendimento, o acesso a seus endereços, rotinas e suas peculiaridades. Estas informações foram valiosas para o controle da população que usava drogas, sem a necessidade do uso da força repressora do Estado (RODRIGUES, 2003).

Na contemporaneidade, explicita-se que as políticas de redução de danos se iniciam na década de 1980, com mais intensidade, devido à epidemia de AIDS entre usuários de drogas injetáveis.

Ao compartilharem seringas, os consumidores de heroína ou da menos usual cocaína injetável, corriam o risco de contaminação pelo vírus HIV. Frente ao fato de que parecia improvável que os usuários de drogas injetáveis pudessem abandonar seu hábito devido à AIDS, surgem estudos e propostas para a formulação de políticas de saúde que levassem em conta a necessidade em tornar a prática da injeção do opiáceo menos arriscada. Na cidade holandesa de Roterdã foi instituído, em 1984, um programa de trocas de seringas no qual funcionários do Serviço Municipal de Saúde encarregavam-se

de fornecer seringas e material para higienização aos usuários de heroína desde que eles se apresentassem com regularidade aos postos móveis destinados para tanto. O programa rapidamente se desenvolveu para além da troca de seringas: nos pontos de atendimento, os consumidores de heroína passaram a ter acesso a serviço de checagem de pureza da droga adquirida, além de prescrições e aplicações de metadona, opiáceo sintético desenvolvido para substituir a heroína em tratamentos de desintoxicação. Aos programas desenvolvidos na Holanda, seguiram-se outros similares na Austrália, Inglaterra, Alemanha, Suíça, Canadá e, até mesmo no Brasil, quando, em princípios dos anos 1990, a prefeitura da cidade de Santos implantou com grande polêmica um projeto de troca de seringas. (RODRIGUES, 2003, p. 267)

Como expõe o excerto, a política de redução de danos surge num contexto específico visando proteger o usuário e ter controle sobre ele, oferecendo-lhe serviços sociais que preservam o seu direito e escolha, isto é, preservam os Direitos Humanos. Se as drogas são usadas e fazem parte da vida social e cultural, as políticas públicas precisam existir como forma de fomentar a educação, a saúde e a segurança de toda a sociedade. Já há identificação prematura dessa política ainda no século XIX (LIMA, 2011). Então, a ideia não é nova.

Os estudos apontam que é mais importante que os usuários de drogas injetáveis o façam com controle de pureza das substâncias inoculadas e pela constante troca de seringas sem compartilhamento do que deixá-los à própria sorte para se contaminar e contaminar os outros com vírus como o HIV. É uma maneira de controlar a disseminação de doenças infectocontagiosas.

As políticas públicas – no caso a política de redução de danos - podem até interferir no controle da qualidade do produto visando causar menos danos à saúde, bem como pode interferir no preço.

Conforme o excerto: isso, segundo o autor Rodrigues (2003, p. 265),

[...] as táticas de ‘baixa exigência’, no entanto, buscam atrair o usuário das drogas tidas como ‘pesadas’ (heroína, crack e cocaína, principalmente), tendo como arma a promessa de uma acolhida respeitosa, distinta da policial e não destinada diretamente contra seu hábito. Como o princípio assumido pelos defensores da redução de danos é a impossibilidade em suprimir universalmente o uso de substâncias psicoativas, ‘metas intermediárias’ são estabelecidas visando a eliminação dos problemas decorrentes da não-assistência aos usuários criminalizados sob um regime proibicionista. Assim, admitindo o não abandono da heroína, é desejável que o indivíduo tenha acesso a quotas não adulteradas dessa droga, o que evita intoxicação e overdose. A manutenção do uso de heroína de boa qualidade deve ser acompanhada pela troca regular de seringas, o que dificulta a transmissão de AIDS e outras doenças infectocontagiosas. Ao consumidor de heroína, pode ser oferecido um ambiente seguro para o uso da droga (são as salas de uso controlado instaladas em países como Espanha, Alemanha e Austrália), no qual enfermeiros e paramédicos estão de prontidão para socorrer o usuário em dificuldades. Havendo possibilidade, a heroína injetável deve ser substituída por modalidades fumáveis ou ministrada por via oral. Nos postos de atendimento, as equipes multidisciplinares compõem um grande quadro assistencial que procura dar ao consumidor desde suporte psicológico e médico até auxílio para encontrar empregos fixos. Por fim, se for vontade do habitado à heroína, as equipes de saúde podem encaminhá-lo para clínicas de desintoxicação. Assim, o objetivo final de um programa de redução de danos como os instaurados desde os anos 1980 é a abstinência (RODRIGUES, 2003, 265-266).

Entende-se, pelo excerto que a redução de danos é uma forma de respeitar os Direitos Humanos,

pois possibilita a inclusão social dos indivíduos, no sentido de tirar o estigma da marginalização por estarem envolvidos em práticas de risco. Respeitar os usuários como pessoas dotadas de direitos plenos é menos prejudicial para elas e para a sociedade, ao invés de julgá-las como infratoras da lei (RODRIGUES, 2003).

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

Subjacente ao processo de descriminalização, vem se multiplicando, em muitos países, com o apoio da ONU, a adoção de programas e de práticas que visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais. A essa prática tem se atribuído a denominação de políticas de redução de danos e de prevenção de riscos. Quando se cogita, portanto, do deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, está se tratando, em última análise, da conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não de legalização pura e simples de determinadas drogas, na linha dos atuais movimentos de legalização da maconha e de leis recentemente editadas no Uruguai e em alguns Estados americanos. (MENDES, 2015, RE 635.659/SP).

O excerto aponta para a mesma tendência no Brasil, a saber, de que a descriminalização deve ser o horizonte do consumo da maconha, por exemplo, mas acompanhado de políticas públicas para a redução de danos.

A política de redução de danos atende às necessidades práticas sem fazer julgamento moral, auxiliando na redução do uso de drogas lícitas e ilícitas (GORGULHO, 2009). Os propugnadores da redução de danos querem ser vistos como “pragmáticos” e não “apologistas” ao uso de drogas, considerando que somente querem minimizar os impactos negativos do uso inevitável. Evidentemente que isso não significa que o uso seja desejável. Portanto, não prospera o argumento de que a redução de danos incentiva o uso de drogas, da mesma forma que a distribuição de preservativos não fomenta o sexo (RODRIGUES, 2003).

Dessa forma, a redução de danos se aplica à pessoa já viciada ou não e, naquele caso, existem estratégias práticas para usar a droga de forma mais segura, não só na forma de administração da substância química nela mesma, como também no comportamento dela com outros indivíduos, permitindo diálogo com o usuário, dando e recebendo dele informações (GORGULHO, 2009).

Outra característica importante da redução de danos é o Estado se colocar numa relação horizontal com o usuário, reconhecendo sua cultura, comportamento e forma como usa a droga (FIOCRUZ, 2016).

A diferença entre a política proibicionista e a política de redução de danos é que a primeira busca a redução da demanda/redução da oferta e a segunda informa o usuário e auxilia no uso para eliminar o “mau uso” (RODRIGUES, 2003).

Fernando Henrique Cardoso (2013) afirmou que na comissão latino-americana, da qual ele é

integrante, foi pensada a descriminalização da maconha, todavia os especialistas de Portugal disseram que tem de se descriminalizar todas as drogas, não havendo distinção entre droga leve e pesada, pois “a droga leve usada toda hora e todo dia é pesada e a pesada eventualmente não é tão grave”.

Nesse sentido, afirma Fiore (2012), que para cada droga, sob a perspectiva da redução de danos, teria uma política pública desenvolvida de acordo com sua especificidade. Portanto, os usuários possuem necessidades diferentes.

Para Tanto, a redução de danos precisa ser pensada pelo Estado já que se torna um problema de política pública. Principalmente, levando-se em consideração que o dever de o Estado é valorizar o autocuidado por meio de controle social que a política de redução de danos oferece.

Conhecendo os pressupostos inerentes ao uso de determinada droga, suas consequências e forma de tratamento, torna-se possível saber quais são os métodos utilizados para que haja redução de danos para usuários de drogas.

Antes de tudo, é importante destacar que várias atitudes, até as mais pequenas, podem ser de redução de danos. Por exemplo, quando um indivíduo sabe que, ao ir a um bar, vai se embriagar e deixa o automóvel em casa para evitar dirigir alcoolizado, está fazendo uma política de redução de danos (PETUCO, 2014).

Outro exemplo que pode ser dado é o do usuário de *crack* que, uma vez amparado e esclarecido pelo poder público, não usaria hastes metálicas para fumá-lo, pois estas esquentam e ferem seus lábios, criando ambiente propício para gerar doenças e para transmiti-las se ele emprestar materiais contaminados para outro usuário. Assim, substituem-se essas hastes por uma que não seja de metal e descartável, para evitar o empréstimo (CETAD, 2009).

Havendo legalização da maconha, o usuário poderá cultivar a maconha em sua casa, garantindo mais qualidade, haja vista que já ocorreu de usuários morrerem por causa do uso de agrotóxicos lesivos sobre a plantação e ele a fumou. Além disso, com a legalização, o usuário pode usar vaporizador, o que faz de inalar fumaça, pois este não tem combustão, sendo menos danoso ao organismo (PETUCO, 2014). Ele deixará de ter contato com traficantes e com o crime organizado.

O proibicionismo está em colapso no mundo e a razão fundamental é que contribuiu para o crescimento do crime organizado e houve uma expressiva participação da economia ilegal. Diante desse fato, isto é, da importância econômica que assumiu a maconha, no plano internacional, ao se tornar uma *comoditie* de primeiro plano, que a sua legalização para uso e porte seria viável. Observou-se, em alguns países centrais, que o valor da maconha estava à frente de produtos como trigo, tabaco, milho. Fazem-se projeções de 600 bilhões de dólares com a liberalização de seu uso recreacional.

Verifica-se uma espécie de movimento das grandes corporações internacionais e multinacionais em apoiar a política internacional na normalização desse comércio pelo interesse econômico e porque

as consequências políticas da violência ligada ao narcotráfico estão corroendo a credibilidade das instituições, como exemplarmente é o caso do Brasil e do México.

Evidentemente, a legalização e a descriminalização total da maconha precisa ter o Estado como regulamentador e promotor de políticas públicas para atender às prerrogativas das políticas de redução de danos.

Enquanto o Recurso Extraordinário 635.659/SP não prospera no Supremo Tribunal Federal, há que se pensar em redução de danos como redução do contingente encarcerado pelo uso e porte de pequena quantidade de drogas. Os presídios brasileiros, como já descrito em capítulos anteriores, não atende às condições mínimas exigidas que o preso seja tratado conforme estabelece os princípios dos Direitos Humanos. Na seção seguinte discute-se o voto-vista dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à descriminalização da maconha, apontando os principais problemas que precisam ser enfrentados.

2. A REPERCUSSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N°. 635.659/SP SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA

No Brasil, a discussão da descriminalização da maconha para uso próprio está em evidência, atualmente, por causa do julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) em repercussão geral do Recurso Extraordinário n°. 635.659/SP.

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral, em que se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n°. 11.343/2006, que define como crime ‘adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar’, com sujeição 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’ (MENDES, 2015).

O propósito, ao se descriminalizar a maconha, é fazer com que o usuário deixe de ser visto pela sociedade e pelo Estado como criminoso e, se for o caso, passe a ser tratado como um dependente, sendo alvo das políticas públicas e não de punição. As drogas por si mesmas já causam danos sociais e físicos, deve-se dar também um tratamento criminal? Essa é a questão. Criminalmente, a autolesão que elas provocam é irrelevante, senão para as políticas públicas ligadas à área da saúde, mas a lesão causada pela repressão e pelo encarceramento em presídios que não respeitam os Direitos Humanos pode ser muito pior.

Além disso, a disposição do corpo para a utilização das substâncias que entender devidas, faz parte da autonomia do indivíduo, pois, mesmo que se saiba o prejuízo que o indivíduo tem ao usar determinadas substâncias em seu corpo, proibir não é justificável, principalmente porque a proibição

não impede seu uso. Além disso, para ter mais eficiência no controle ao uso de drogas, se o Estado reconhecer seu uso, terá como criar políticas públicas para prevenir e reduzir os danos, que, hoje, são ignorados pela política proibicionista.

O intervencionismo estatal se utiliza da política proibicionista para punir, mas não pode punir quem coloca em risco a própria vida ao fumar maconha, senão teria que punir também quem faz uso de tabaco, álcool, ou o que possui maus hábitos alimentares, pratica esportes perigosos, etc. Portanto, isso não deveria se constituir em interesse legítimo do direito penal. Cabe ao Direito penal impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade, mas não contra si própria.

Conforme o ministro Barroso, “não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima” (BARROSO, 2015, RE 635.659/SP). Pelo contrário, como afirma o ministro, viola três princípios, a saber: 1) **Violação ao direito de privacidade**, um direito fundamental protegido pelo art. 5º, X da Constituição; 2) **Violação à autonomia individual**, que fere o princípio de autodeterminação e a liberdade (um valor fundamental nas sociedades democráticas); 3) **Violação ao princípio da proporcionalidade**, tendo em vista que sendo o consumo da maconha um ato individual, que vai contra o princípio da lesividade, em que obsta que para uma conduta ser tipificada como criminosa exigiria a ofensa a um bem jurídico alheio. Assim:

Temos em jogo, portanto, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada, que se qualificam, no caso da posse de drogas para consumo pessoal, em direito à autodeterminação. Nesse contexto, impõe-se que se examine a necessidade da intervenção, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual (RE nº. 635.659/SP).

O excerto toca numa questão fundamental, a saber, o direito à liberdade, a individualidade e a autodeterminação. O julgamento ainda não foi concluído, mas o voto-vista dos Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Gilmar Mendes é em prol da descriminalização da maconha para uso próprio. Essa seção apresenta o entendimento dos ministros acerca do tema da descriminalização da maconha para uso próprio.

Todavia, o problema mais espinhoso tratado no tocante à descriminalização da maconha é a diferenciação entre usuário e traficante, que não é claramente exposto na Lei nº. 11.343. Conforme o Ministro Luís Roberto Barroso (RE nº. 635.659/SP), a lei “conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes”.

Da mesma forma, em debate anterior, o Supremo Tribunal Federal já havia admitido que na legislação sobre drogas, Lei nº. 11.343, não há a descriminalização do usuário. Conforme se verifica na ementa do RE nº. 430105 RJ (BRASL, 2007), do qual foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, *in*

verbis:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da Lei n.º. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da Lei n.º. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da Lei n.º. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo 'rigor técnico', que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado 'Dos Crimes e das Penas', só a ele referentes. (Lei n.º. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão 'reincidência', também não se pode emprestar um sentido 'popular', especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na Lei n.º. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei n.º. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei n.º. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei n.º. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da Lei n.º. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Diante da lacuna da lei, o voto-vista do Ministro Barroso (RE n.º. 635.659/SP) propôs um critério objetivo para ser utilizado na diferenciação entre o usuário e o traficante: a posse de até 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas seria considerada porte para uso pessoal. Tal parâmetro seria utilizado até que o Congresso legisse sobre o tema de modo definitivo. O ministro ressaltou, porém, que o magistrado, em cada caso, poderia considerar outros fatores para caracterizar uma pessoa flagrada com droga como usuário ou traficante.

Notadamente, as provas são colhidas pelos policiais e servem para condenar as pessoas *a priori*, pois, normalmente, o juiz tende a acatar. Portanto,

[...] é preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes. (BARROSO, 2015, RE 635.659/SP).

No ponto, o voto do Ministro Barroso acentua com bastante intensidade o dever de o Estado respeitar a autonomia do indivíduo, não punindo condutas que possam causar mais danos do que o próprio uso da droga.

O Relatório Mundial 2017, divulgado pela organização não-governamental *Human Rights*

*Watch*⁶, sobre as “Condições das prisões, tortura e maus-tratos a detentos” no Brasil, diz o seguinte:

Um fator chave para o drástico aumento da população carcerária no Brasil foi a lei de drogas de 2006, que aumentou as penas para traficantes. Embora a lei tenha substituído a pena de prisão para usuários de drogas por medidas alternativas como o serviço comunitário – o que deveria ter reduzido a população carcerária –, sua linguagem vaga possibilita que usuários sejam processados como traficantes. Em 2005, 9 por cento dos presos haviam sido detidos por crimes associados às drogas. Em 2014, eram 28 por cento, e, entre as mulheres, 64 por cento, de acordo com os últimos dados disponíveis (HRW, 2017).

Ou seja, independente da lei, usuário e traficante não se diferenciam na prática. É comum que pessoas, que tenham consigo determinada quantidade de maconha, se forem de camadas sociais mais baixas sejam enquadradas pela polícia e pelo judiciário como traficantes, ao passo que se forem de camadas abastadas, são frequentemente vistas como usuárias.

Em todo caso, não é possível negar a existência da criminalização da pobreza como um elemento político e ideológico, pois o usuário contrata um advogado e consegue provar que tem condições financeiras para obter a droga para seu uso, quem não prova essas condições por não ter condições de pagar um advogado é considerado traficante.

O direito penal é seletivo com viés para punição de pessoas pobres ou em condições sociais desfavoráveis, sem considerar que o Estado não oferece condições sociais dignas aos cidadãos. Nesse sentido, há uma tendência ao minimalismo nas políticas públicas e maximalismo nas políticas de intervenção repressiva para a manutenção da lei e da ordem. Essa intervenção repressiva se dá por meio da polícia, que incide com mais força em determinados grupos que estão mais expostos, conforme o estigma criado pela noção de desvio. Nesses grupos especialmente, o combate às drogas atinge com muita força a juventude pobre e negra no país. Há que se considerar ainda, o baixo índice de escolaridade.

No Estado do Tocantins, por exemplo, a condição dos presos apresenta a seguinte configuração em relação à educação (INFOPEN, 2014): 7% dos presos são analfabetos, 9% são alfabetizados (sem cursos regulares), 44% possuem o Ensino Fundamental Incompleto, 15% possuem o Ensino Fundamental Completo, 14% possuem Ensino Médio Incompleto 14%, 9% possuem o Ensino Médio Completo, 1% possui o Ensino Superior Incompleto, 1% possui o Ensino Superior Completo e acima do Ensino Superior Completo o percentual é 0%.

O estado do Tocantins possui 43 unidades prisionais, com um total de 2.284 vagas, contando com a capacidade média de 53 vagas e com o máximo de 432 vagas numa unidade, cabendo ressaltar que há unidades com diferentes capacidades. Quanto ao *déficit* de vagas no sistema prisional, no

⁶ HRW. Relatório Mundial 2017: Condições das prisões, tortura e maus-tratos a detentos. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766>

Tocantins, a taxa de ocupação proporcional de pessoas presas por vaga é de 142%, ou seja, os espaços que são feitos para custodiar dez indivíduos têm, em média, mais de 14. Dos 2.795 presos no estado, apenas 405 estão em estabelecimentos sem *déficit* de vagas, 1.537 estão em estabelecimentos com até duas pessoas por vaga, 1.037 até três pessoas por vaga e 171 mais de quatro pessoas por vaga (INFOPEN, 2014). Esses dados permitem vislumbrar o quadro de superlotação.

Dos sentenciados, 495 estão em regime semiaberto, 748 em regime fechado (o *déficit* ou população excedente é de 586 vagas), provisórios 1.031 (o *déficit* ou população excedente é de 405 vagas). O estado do Tocantins apresenta um total de 58% de jovens encarcerados na faixa etária entre 18 e 29 anos, percentual maior do que a média nacional que é de 56%.

Em relação à raça, cor e etnia, o estado apresenta a seguinte configuração: 15,3% são brancos e 82,3% são negros. Conforme já constatado, a população carcerária é, em sua maioria, jovem, negra e com baixo grau de escolaridade, e no estado do Tocantins a situação se mostra ainda mais evidente (INFOPEN, 2014).

Muito provavelmente, considerando as condições específicas verificadas no estado do Tocantins, ao se descriminalizar o porte de determinada quantia de maconha, haveria diminuição de injustiças, pois os critérios para a caracterização de usuário seriam mais objetivos, já que atualmente os do artigo 28 da Lei n.º. 11.343/2006 não o são.

No Brasil há uma política equivocada de combate às drogas, pois se realça o poder formal, qual seja de polícia, judiciário, Ministério Público e relega as instâncias informais, que são as mais importantes, sendo elas a família, educação, comunidade etc. (ROSA; CARVALHO, 2012).

A Lei n.º. 11.343/2006, evidentemente, apresenta alguns avanços quando instrui que o uso de drogas não é uma questão somente policial, mas sim de saúde, sinalizando para a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), pelo Decreto n.º. 5.912/2006.

Por sua vez, o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 635.659/SP, o qual foi dado repercussão geral, traz interessante debate sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de Leis Penais pela Suprema Corte, concluindo ele que, amparado no ordenamento jurídico pátrio e alienígena, é possível.

Superada essa fase, o Ministro faz digressão sobre os efeitos nefastos das drogas na sociedade, mas pondera que o uso individual é direito da pessoa e tolhê-lo é ferir sua autodeterminação. Isso, em contraponto a direitos da sociedade como um todo, tem de ser respeitado, haja vista que não se está a ferir ou gerar ônus concreto para ela.

O Ministro Gilmar Mendes relacionou os países onde a posse de drogas para o consumo não é considerada crime, distinguindo entre tráfico e uso. Ele elaborou a tabela a partir dos dados coletados pelo *Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho* (CEDD) e pelo *European Legal*

Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addiciton, (emcdda.europa.eu/elddm, 15/8/15), conforme segue:

País	Alternativas à criminalização	Critérios de distinção
Argentina	Sem medidas administrativas	Interpretação do juiz
Bolívia	Tratamento compulsório	Uso equivalente a 48h de consumo
Chile	Medidas administrativas	Interpretação do juiz
Colômbia	Sem medidas administrativas	20g de maconha, 5g de haxixe, 1g de cocaína
Equador	Sem medidas administrativas	10g de <i>cannabis</i> , 2g de pasta base de cocaína
Paraguai	Tratamento compulsório	10g de <i>cannabis</i> , 2g de cocaína, heroína e derivados de opiáceos
Peru	Tratamento compulsório	8g de maconha, 5g de pasta de cocaína, 250g de <i>ectasy</i>
Uruguai	Sem medidas administrativas	40g de maconha por mês
Costa Rica	Sem medidas administrativas.	Interpretação do juiz
Honduras	Internação compulsória	Interpretação do juiz
Jamaica	Somente <i>cannabis</i> . Sem medidas administrativas	2 onças (cerca de 57g) de maconha, 2.8g de cocaína, heroína e morfina
México	Sem medidas administrativas	5g de <i>cannabis</i> , 2g de Ópio, 0.5g de cocaína.
Alemanha	A lei permite a não instauração de processo criminal	Entre 6 e 15g de maconha (14 Estados fixaram em 6g). Cocaína e heroína: 1 a 2g (prática judicial)
Bélgica	Apenas <i>cannabis</i> . Sem medidas administrativas	3g de resina ou da erva
Espanha	Medidas administrativas	25g de haxixe, 100g de <i>Cannabis</i> , 3g de heroína, 7.5g de cocaína
Holanda	Sem medidas administrativas	5g de maconha, 0.5g de cocaína
Itália	Medidas administrativas	1g de THC, 0.25g de heroína e 0.75g de cocaína
Lituânia	Medidas	5g de maconha, 0.2 de

	administrativas	heroína, 0.2 de cocaína
Luxemburgo	Apenas <i>cannabis</i> . Medidas administrativas	Interpretação do juiz
Portugal	Medidas administrativas	25g de maconha (equivalente a 10 doses diárias), 1g de <i>ecstasy</i> e 2g de cocaína
Países Baixos	Sem medidas administrativas	5g de maconha e 0.5g de heroína ou cocaína
República Checa	Medidas administrativas	15g de maconha, dependendo da pureza, 1g de cocaína, 4 tabletes de <i>ecstasy</i>

Fonte: Elaborado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes, a partir dos dados coletados pelo *Transnational Institute e Colectivo Estudios Drogas y Derecho* (CEDD) e pelo *European Legal Database on Drugs/European Monitoring Center for Drugs and Drugs Addicton*, (emcdda.europa.eu/elddm, 15.8.15):Ministro Gilmar Mendes (RE n°. 635.659/SP). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas>>.

A tabela apresentada pelo ministro serve como um parâmetro para o debate, que deve influenciar a política de drogas no Brasil, especialmente no que tange à descriminalização da maconha.

Partindo dessa premissa, o Ministro entende que o caráter penalizador do art. 28 da Lei de Drogas, que é voltado exclusivamente ao usuário, tem de ser retirado. Assim, o Ministro pauta-se pela necessidade de o poder público intervir junto a indivíduos que usam drogas e não ostente condição de traficante, mas que essas intervenções devem ser de ordem administrativa.

Superado isso, com a inconstitucionalidade de quaisquer medidas penalizadoras pelo uso, o Ministro aduz que resta um empecilho em se diferenciar usuário de traficante, haja vista que, diferentemente de vários outros países, no Brasil não há critério objetivo para definir pela qualidade ou quantidade de drogas ilícitas, quem é usuário e quem é traficante.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, no RE 635.659/SP, reconheceu a necessidade da previsão de critérios mais objetivos para tratamento do assunto. Em suas palavras:

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado. Não se está aqui a afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito. O que se critica é deixar exclusivamente com a autoridade policial, diante da ausência de critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante, a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante, dependendo dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem de cada suspeito (RE n°. 635.659/SP).

O excerto mostra que o ministro Gilmar Mendes tocou num ponto fulcral que merece toda a atenção das políticas criminais, que é o fato da triagem dos casos serem feitas, antes, pela polícia – pelo sistema repressivo - sem critérios objetivos, senão aqueles conforme a abordagem de cada pessoa e do que é relatado pelos policiais.

O Instituto Sou da Paz, com base nos Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária, bem como do Núcleo de Estudos da Violência da USP, evidenciam que 67,7% das pessoas flagradas com maconha foram encarceradas por tráfico devido ao porte de menos de 100 gramas, sendo que, desses indivíduos, 14% portavam menos de 10 gramas da droga. O estudo informa ainda que “62,17% dos traficantes presos no país exerciam atividade remunerada na ocasião do flagrante, 94,3% não pertenciam a organizações criminosas e 97% nem sequer portava algum tipo de arma. Ou seja, eram ou microtraficantes ou usuários” (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2014).

As descrições e estatísticas divulgadas pelo Instituto conferem com os dados de um estudo sobre o tráfico de drogas na Justiça Criminal do Rio de Janeiro e de Brasília, que foram publicados na Revista Jurídica, de jun./set de 2009, e citadas pelo Ministro Gilmar Mendes (Relator) durante o julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 635.659/SP. Conforme o ministro, as 730 sentenças condenatórias, analisadas durante o período de outubro de 2006 a maio de 2008, mostraram o seguinte:

[...] por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequena quantidade de droga (inferiores a100g). Outro dado interessante é que, em apenas 1,8% dos casos da amostra, houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas. A pesquisa constatou, também, uma considerável presença de jovens e adolescentes nas ocorrências. A maioria dos apreendidos (75,6%) é composta por jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos. Verificou-se, ainda, que 62,1% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada – formal ou informal. Revela a pesquisa, também, que 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes (MENDES, 2015, RE n.º. 635.659/SP).

Todas estas pessoas devem ser incriminadas e presas, mesmo em face de cometerem um crime de menor potencial ofensivo?

Independente da resposta, o aparato estatal repressor se faz presente junto ao flagrado com drogas, seja para uso pessoal, seja para tráfico, por meio de agentes policiais, e que estes que fazem, em primeira análise o juízo se o indivíduo está portando a droga para uso ou para tráfico. Reconhece o Ministro Gilmar Mendes que, em grande parte dos casos, esse agente enquadra aquele indivíduo como traficante, o que culmina em várias falhas posteriores, haja vista que o magistrado, por várias conjecturas, acaba por condená-lo por tráfico com base no próprio testemunho daquele agente, invertendo o ônus da prova para a defesa, ao passo que o correto é que a acusação faça prova cabal do tráfico.

Desse modo, pondera o Ministro que não se está a descredibilizar o trabalho policial, mas que o juízo se é tráfico ou uso deve ser feito pela autoridade judicial, que é imparcial e está afastada do calor dos fatos. Nesse caso, além do exposto pelo ministro, pode haver o julgamento “apaixonado” e permeado por preconceitos e atitudes moralistas dos policiais, que acaba por causar traumas nos

jovens, considerando que muitos acabam presos em locais “que são mais nocivos à saúde física e mental do que cinco anos de uso continuado de maconha” (CARLINI, 2005).

Um fenômeno social sintomático não pode passar despercebido pelas autoridades: no Brasil, um total de 1,5 milhões de pessoas usa maconha todos os dias. O Instituto Nacional de Políticas Públicas do Álcool e Outras Drogas da Universidade Federal de São Paulo apontou que 470 mil adolescentes com idade entre 14 e 18 anos usaram maconha em 2014, outros 600 mil, ou 4% da população, disseram que já experimentaram a droga alguma vez na vida (UNIFESP, 2015). Será que a nossa juventude deve ser vista como criminosa por fazer uso de um entorpecente que não produz diretamente danos sociais a outras pessoas?

O CNJ recomenda, em conjunto com outros órgãos do sistema de justiça, que faça estudos sobre a audiência de custódia para que o indivíduo, especialmente no caso das drogas, seja apresentado ao juízo imediatamente para verificar se se trata de usuário ou traficante. Em sendo usuário, seja encaminhado na forma do art. 28, todavia, sem o caráter penalizador.

Nessa conjuntura, apesar de louvável o pensamento do Ministro Gilmar Mendes e da evolução que se pretende dar ao tratamento das drogas no país, ainda remanesce, pelo que se vê do seu voto, o pensamento de que o Estado deve intervir na vida privada do indivíduo ao considerá-lo doente ou com fraquezas psicológicas ao usar drogas, tanto que deve receber tratamentos de ordem médicas. Assim, apesar de ter o mérito de tirar o caráter penalizador da conduta, mantém um viés sanitarista em relação ao usuário, considerando-o como um ser doente.

Da mesma forma, o Ministro Edson Facchin, ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário, citado alhures, afirmou que:

[...] o dependente é vítima e não criminoso germinal. Com base neste quadro fático, o usuário em situação de dependência deve ser encarado como doente. Ao necessitar de tratamento para a superação do vício, é estabelecida ao Estado (e mesmo à sociedade) uma obrigação de fornecer os meios necessários para tanto (FACCHIN, 2015, RE n.º 635.659/SP).

Desse modo, entendemos que o pensamento do Ministro Gilmar Mendes e Edson Facchin, se for consolidado no STF, avançam, mas ainda aquém do que é necessário para uma política efetiva sobre drogas. A despeito disso, há vantagens pelo fato de se evitar o encarceramento massivo de jovens em estabelecimentos penitenciários que não respeitam os Direitos Humanos e dominados pelo crime organizado. Entende-se que está em curso um processo de redução de danos somente pelo fato da juventude não ser encarcerada nessas condições.

Da mesma forma, a redução de danos se aplica pela descriminalização e despenalização como forma de evitar a prisão cautelar em presídios sem condições de atender aos preceitos mínimos advogados pelos Direitos Humanos.

Em junho de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal recebeu do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) um pedido de reconhecimento das violações dos direitos fundamentais dos presos e iniciou o julgamento da cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n°. 347. Conforme a reportagem de Moreira (2015), o Ministro Marco Aurélio Mello observou:

[...] que a maior parte dos detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Diante disso, segundo o relator, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. ‘O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema’.

Diante do relato do ministro acerca das condições dos presídios brasileiros, as penas alternativas à prisão cautelar significam, também, redução de danos. O ministro chegou a falar sobre o direito de indenização dos presos por danos morais, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n°. 5.170.

Ora, diante do desrespeito aos Direitos Humanos que ocorre nos presídios, cabe salientar que o encarceramento massivo de jovens pelo uso e porte de drogas contribui para esse estado de coisas, já que “25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico” (INFOPEN, 2014, p. 70).

Ao Ministério Público cabe propor alternativas ao superencarceramento como medida de redução de danos, até que o Recurso Extraordinário n°. 635.659/SP seja votado e possa contribuir para a diminuição das injustiças sociais. Na seção seguinte, procurou-se apontar alguns mecanismos alternativos à prisão cautelar, que podem representar pequenos avanços nas políticas de drogas no Brasil no que tange à redução do encarceramento.

3. MECANISMOS ALTERNATIVOS À PRISÃO CAUTELAR: JUSTIÇA RESTAURATIVA, JUSTIÇA TERAPÊUTICA E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Nessa seção, apontam-se algumas alternativas à prisão cautelar, considerando que a perspectiva adotada ao longo desse trabalho é a do Direito Penal Mínimo e, por conseguinte, do encarceramento como última fronteira. Para tanto, enquanto não seja julgado o RE 635.659/SP, que descriminaliza o uso e o porte da maconha, as alternativas legais para se evitar o encarceramento massivo podem ser utilizadas pelo Ministério Público como forma de promover os Direitos Humanos.

Nesse sentido, há três alternativas possíveis: a Justiça Restaurativa, a Justiça Terapêutica e a Audiência de Custódia.

A Justiça Restaurativa surgiu da necessidade por um novo modelo de justiça criminal, entendendo que o modelo vigente não consegue dar respostas satisfatórias contra e em relação aos delitos cometidos e vem sendo aplicada a vários países europeus (GRECO, 2011).

Esta abordagem busca resgatar os motivos que levaram ao crime sem apagá-lo, retomando o equilíbrio rompido com o delito, com a ressocialização do infrator, deixando a tradicional Justiça Retributiva de lado (BIANCHINI, 2012). Ela visa enfrentar o problema da criminalidade e dar enfoque às ações de caráter individual e coletivas para corrigir as consequências vividas por ocasião da infração e resolução de conflitos (ACHUTTI, 2009). Além disso, procura evitar o encarceramento e dar ao usuário de drogas a dimensão do dano que sua atitude lhe causa, assumindo a responsabilidade por seus atos (BIANCHINI, 2012).

Para que um programa restaurativo seja eficaz é necessário que ele tenha alguns valores e processos. Os valores são: Encontro; Participação; Reparação; e Reintegração. No tocante aos processos, na situação dos usuários de drogas, poderia se citar os Círculos, em que se incluem familiares e grupos de apoio (PRUDENTE, 2011). Dessa forma, a perspectiva restaurativa não tem o intuito de acobertar o crime, mas sim de trazê-lo à luz para que seja entendido o contexto em que ele se deu, seus motivos e a forma pelo qual pode ser reparado.

Assim, nos dizeres de Achutti (2009, p. 97), “a infração, então, deixa de ser um mero tipo penal violado e passa a ser vista como advinda de um contexto bem mais amplo, de origens obscuras e complexas, e não de uma mera relação de causa e efeito”. É usada, via de regra, em relação a crimes que têm uma vítima em específico, levando, voluntariamente, esta e o autor do ato ilegal a se encontrarem para que este tenha consciência de seu ato e possa se redimir, não exclui a participação comunitária e social. Além disso, pressupõe voluntariedade das partes em sua participação (ACHUTTI, 2009).

Esse raciocínio resgata a vítima para seu lugar no processo ao invés de ser relegada a segundo plano como o é no processo penal tradicional (ACHUTTI, 2009). Sobre essa temática, foi editada a Resolução de 24 de julho de 2000, do Conselho Econômico e Social da ONU, que trata sobre os “Princípios Básicos para a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal” (ACHUTTI, 2009).

Apesar de não haver no Brasil legislação que contemple de forma explícita a Justiça Restaurativa, as suas práticas não exigem previsão legal específica. Entretanto, alguns dispositivos legais abrem a possibilidade de sua aplicação, tal como o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (PRUDENTE, 2011).

No caso das drogas, apesar de não haver uma vítima específica, sendo ela entendida como a sociedade que seria lesada pelo uso de drogas pelos indivíduos, aplicar-se-ia alguns princípios da

Justiça Restaurativa ao processo relativo ao usuário. Nesse tocante, foi-se debatido na presente dissertação que os usuários de drogas ilícitas são, geralmente, enquadrados pelas forças policiais, depois mantidos pelo Ministério Público e, posteriormente, julgadas pelo judiciário como traficantes, o que faz com que o cárcere seja destino certo de quem é apanhado com pequenas quantidades de drogas.

Desse modo, partindo do pressuposto de que o usuário seja reconhecido como usuário pelo sistema de justiça, o que se propõe aqui é o uso, no que for possível, da Justiça Restaurativa a este, aproveitando-se do disposto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

Este artigo dispõe o seguinte:

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.

Assim, feitas as devidas adequações conceituais, a Justiça Restaurativa seria aplicada ao usuário de drogas da forma prescrita no art. 28, LD. Entretanto, para isso, é necessário que haja o reconhecimento pelo sistema de justiça de que a pessoa que for flagrada nas hipóteses descritas no tipo penal (adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar), seja de fato considerado usuário.

Todavia, se grande parte das prisões residem justamente no fato de o sistema de justiça não reconhecer isso, especialmente às classes menos favorecidas, qual seria a solução? Bem, nesse ponto, em havendo o conhecimento e esclarecimento necessário das autoridades do sistema de justiça, especialmente do Promotor de Justiça e do magistrado, as provas, durante a instrução criminal, devem ser buscadas no sentido de se verificar se o flagrado é realmente usuário.

Estas provas, pelo contexto processual nacional, em grande parte, são testemunhais. Nesse caso, o membro do Ministério Público, se não arrolar na denúncia (por ainda não ter conhecimento delas), deve, após ouvir o réu e ele as indicar, pugnar ao magistrado que ouça testemunhas para se concluir ou não pelo uso.

Como se sabe, na práxis forense, o membro do Ministério Público, salvo raras exceções, arrola como testemunhas as que foram informadas no Inquérito Policial, que é de autoria (perdoem-me pela redundância) da polícia, que é justamente o órgão quem primeiro tem contato com o flagrado e lhe etiqueta como traficante ou não (quase sempre como traficante).

Fazendo isso, o membro do Ministério Público, depois de oferecida a denúncia, passou o seu momento de arrolar testemunhas, tendo de contar com o beneplácito do magistrado em ouvir

testemunhas “do juízo”, nos moldes do art. 209 do Código de Processo Penal: “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

Assim fazendo, o magistrado terá uma melhor compreensão da história do réu e poderá, de acordo com as circunstâncias, tal qual previsto no §2º do art. 28: “[...] 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”.

Desse modo, apesar de não se tratar de uma forma de Justiça Restaurativa propriamente dita, o magistrado terá a oportunidade de, de acordo com o caso concreto, evitar que uma pessoa que não é traficante tenha acesso ao cárcere e lá se deteriore em todas as suas dimensões e ainda transmita isso de todas as formas à sua rede de relacionamentos, especialmente a família.

Em verdade, tem de se pensar o processo penal de forma diferente da que vem sendo feita até hoje, pois ele não é meio de combater o crime e o criminoso, conforme é a expectativa social e de alguns atores jurídicos, mas, sim, de garantir seu direito de defesa, contraditório, de não ser punido sumariamente, etc. Outro ponto crucial é o de que a preocupação com o usuário, segundo os ditames da Justiça Restaurativa, não será somente durante ao processo, mas também após o seu fim e monitore seus efeitos (ACHUTTI, 2009). Importante salientar que o debate sobre a justiça restaurativa está surgindo, tanto que há decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (PRUDENTE, 2011).

No que concerne à Justiça Terapêutica, parte do pressuposto de que o usuário é doente e precisa de tratamento, sendo um conjunto de medidas que levam a que ele se trate para adquirir comportamentos socialmente adequados e foi pensada levando em conta a falência do sistema prisional da forma que é na atualidade, tendo como objetivo evitar penas privativas de liberdade. Com isso, retiraria o usuário do cárcere e o colocaria em tratamento, reduzindo o encarceramento de pessoas envolvidas com drogas (ACHUTTI, 2009). Nesse ponto, segundo Achutti, há várias hipóteses legais de aplicação pelo magistrado da Justiça Terapêutica, especialmente a de comparecimento a curso educativo (art. 28, III, Lei n.º. 11.343/2006).

As Audiências de Custódia, como alternativa à prisão cautelar estão previstas no nosso ordenamento em razão do prescrito no Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, que diz o seguinte:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Nesse compasso, a Audiência de Custódia cumpre duplo desiderato: 1) evitar que pessoas sejam

presas provisoriamente sem necessidade e 2) se tiver de ser segregadas provisoriamente, que sejam após o aval judicial, em que lhe são oferecidas as garantias mínimas para manutenção da prisão.

A pessoa presa em flagrante delito é apresentada 24h (vinte e quatro horas) após a comunicação de sua prisão ao magistrado competente, em observância ao disposto no artigo 7º, item 5, do Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica.

A Audiência de Custódia/apresentação é um instituto que se relaciona à prisão em flagrante. Esta espécie de prisão ocorre quando o delito ainda está sendo praticado ou acabou de acontecer sendo dispensável qualquer tipo de autorização judicial.

Nesse contexto, pode-se conceituar o novo instituto da Audiência de Custódia como a imediata apresentação da pessoa presa ou encarcerada ao juiz competente, para a verificação da regularidade legal do ato, bem como a necessidade ou não de manter-se o indivíduo preso, diante da possibilidade de deferimento da liberdade provisória.

Está previsto no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Ora, conforme o projeto de Audiência de Custódia, após a prisão, o indivíduo é apresentado à autoridade competente, que lavra o auto de prisão em flagrante, com o depoimento de todos os envolvidos no recolhimento do flagrado. Neste momento caberá ao magistrado converter o flagrante em prisão preventiva ou conceder a liberdade ao agente acusado da prática do crime.

No que tange às drogas, o Ministro Gilmar Mendes diz o seguinte:

[...] a avaliação da qualidade da prisão em flagrante pelo tráfico de drogas e da necessidade de sua conversão em prisão preventiva deve ser objeto de especial análise pelo Poder Judiciário. A apresentação do preso ao juiz, em curto prazo, para que o magistrado possa avaliar as condições em que foi realizada a prisão e se é de fato imprescindível a sua conversão em prisão preventiva é providência imprescindível. Trata-se de medida já incorporada ao direito interno, prevista no art. 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, mas que ainda encontra alguma resistência em sua aplicação, por razões atinentes, sobretudo, a dificuldades operacionais. A apresentação de presos ao juiz é uma realidade em praticamente todos os países democráticos. A simples tradição não sustenta, portanto, a nossa *práxis* atual. (MENDES, 2015, RE nº. 635.659).

O ponto de vista do Ministro concorre para o especificado, desde 1990, como objeto de estudo da ONU, que editou a Resolução nº. 45/110, que trata das “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade” (Regras de Tóquio) (SILVA, 2013).

Então, no caso específico do uso de drogas tidas como ilícitas, o magistrado poderá, de acordo com o caso concreto, determinar a soltura de imediato do segregado, pois, após seu interrogatório,

poderá formar sua convicção motivada se é usuário ou não, o que pode contribuir efetivamente pela descarcerização.

As Audiências de Custódia passaram a ser realizadas na Capital do estado do Tocantins⁷ no mês de agosto de 2015 e apresentaram, em um primeiro levantamento, o seguinte percentual de deferimento de liberdades provisórias, referentes ao total de prisões em flagrante realizadas: agosto de 2015 (73%); setembro de 2015 (56%); e outubro de 2015 (54%).

Tais números podem ser diretamente confrontados com o percentual de liberdades provisórias concedidas no período anterior à implantação da Audiência de Custódia, para que haja um processo de apuração em que se verifique sua eficiência na preservação das garantias constitucionais. No caso de jovens usuários, presos por porte de pequena porção de maconha, a Audiência de Custódia pode evitar que sejam acautelados junto a outros tipos penais com grau de periculosidade maior, bem como impede que haja contato entre diferentes perspectivas do ato infracional.

No estado do Tocantins, o projeto de Audiência de Custódia foi aprovado em 2 de julho de 2015 pelo Tribunal de Justiça do Estado, Resolução n° 17. O Coordenador do Grupo de Trabalho constituído designou através da Portaria n°. 1540/2015 - PRESIDÊNCIA/GABJAPRE, de 24 de abril de 2015, o signatário, Yuri Anderson Pereira Jurubeba, para auxiliar no projeto de implantação.

As Audiências de Custódia em 2015 na capital, Palmas, obtiveram bons resultados, conforme os dados apresentados por Jurubeba (2016): agosto de 2015 (73%); setembro de 2015 (56%); e outubro de 2015 (54%). Tais números serão diretamente confrontados com o percentual de liberdades provisórias concedidas no período anterior à implantação da audiência e custódia, que está em processo de apuração.

Portanto, considera-se que os instrumentos legais – a Justiça Terapêutica, a Justiça Restaurativa e a Audiência de Custódia possam se constituir em alternativas para este tipo penal específico, até que o Recurso Extraordinário n°. 635.659/SP, que está em julgamento no STF, seja concluído, conforme os votos proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Edson Fachin, que demonstram com muita propriedade as vantagens da descriminalização da maconha para o uso próprio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se estudar com isenção o tema das drogas é *mister* que se tenha em mente que, concordar ou não com o uso de drogas, é um aspecto de caráter pessoal e que não pode ser colocado em evidência à luz de preceitos moralizadores de matizes judaico-cristãs, pois interferem na liberdade pessoal de usá-la ou não, preferindo apenas punir.

Dessa forma, no decorrer do trabalho não se quis fazer apologia ao seu uso ou ter uma atitude impensada no sentido de que elas devem ser usadas de maneira desenfreada. O que se buscou, em verdade, foi demonstrar, por meio de argumentos científicos e sociais, que a sua proibição não fez com que houvesse a diminuição do uso, ao contrário, só tem aumentado no decorrer do tempo.

Evidentemente, a permissão do uso de substâncias entorpecentes causa males, mas a sua criminalização causa carnificina, encarceramento, preconceito, esfacelamento de famílias, falta de assistência social e de saúde aos usuários e suas famílias.

Dessa perspectiva, o proibicionismo está em decadência como uma tendência mundial, inclusive entre os países mais repressores. Nos EUA, por exemplo, há uma tendência em flexibilizar gradualmente a normas para uso da maconha em todos os seus estados.

No Brasil, a criminalização da pobreza, os preconceitos de classe e de ordem social têm conduzido milhares de jovens ao encarceramento. O Estado tem se mostrado como promotor das interdições e da repressão, responsável pela criminalização e encarceramento massivo. No caso do uso da maconha para consumo próprio, tem impedido de fazer com que as pessoas usem livremente os seus corpos. O próprio Ministro Gilmar Mendes apontou a inconstitucionalidade da lei nº. 11.343.

Ao se descriminalizar a maconha, o usuário deixará de ser tido por ele mesmo, pela sociedade e pelo Estado como criminoso e passará a ser tratado como um dependente, o qual precisa de tratamento e apoio ao invés de punição. Há que se criar políticas públicas para lidar com a questão e não construir mais presídios. O problema do uso de drogas é de saúde pública e não judicial. O porte de pequena quantidade para uso próprio também precisa deixar de ser um problema judicial. O foco precisa ser a criação de alternativas ao encarceramento massivo. O que se observou nos presídios no estado do Amazonas e do Rio Grande do Norte preocupa a toda a sociedade. Não é normal as pessoas cortarem as cabeças e os corpos umas das outras, ainda mais em instituições penais que afirmam a prerrogativa da ressocialização. O que a sociedade vivenciou foi a falência dos presídios brasileiros e de qualquer forma de ressocialização.

A descriminalização da maconha para uso próprio teria o escopo de diminuir o tráfico de drogas

e, por conseguinte, da população carcerária brasileira. No fundo, é uma questão de tornar oficial um comércio que, clandestino, não gera rendas para o Estado e beneficia somente o crime organizado.

A descriminalização pode eliminar o tráfico. Parece contraditório, entretanto, há uma lógica nisso. Com a descriminalização do porte até determinada quantia da maconha, também seria permitido o cultivo de certo número de plantas para o uso próprio do indivíduo, como bem destacou o Ministro Luiz Roberto Barroso. Assim, o usuário não precisaria se dirigir a traficantes para adquirir a droga.

Não se dirigindo ao traficante, o usuário deixa de ter contato com o submundo do crime e os riscos de ele ter acesso a outras drogas de maior potencial danoso à saúde. Fazendo uso somente da maconha estará dentro da legalidade. Ora, se está dentro da legalidade com a maconha, para que buscar a ilegalidade com outras drogas?

As experiências exitosas em Portugal e na Espanha demonstram que, após a descriminalização, o consumo diminuiu. Então, a ideia é apenas evitar que os usuários, que não são criminosos, sejam presos e, dentro de presídios, entrem em contato com o crime organizado, percam a dignidade e sejam estigmatizados a ponto de não conseguirem mais se inserir na vida social novamente. Evitar essas prisões desnecessárias diminuiria a população carcerária e os altos custos para o Estado em relação à sua manutenção. As prisões devem ser a última fronteira, especialmente as brasileiras, onde não há condições mínimas de dignidade e os Direitos Humanos são desrespeitados. Com a economia feita com essa mudança de políticas em relação às drogas, poderia o poder público despender de melhor forma recursos para encarceramento de criminosos que realmente mereçam a devida reprimenda penal.

O que se propõe é uma política de legalização da maconha com forte controle estatal na regulamentação e comercialização para eliminar o poder do narcotráfico. Ou seja, o Estado poderia regulamentar a produção e o consumo e ser fomentador de políticas públicas.

Dessa perspectiva, o Estado teria a possibilidade de criar políticas públicas de apoio aos usuários e realizar contrapropaganda para buscar a diminuição do uso, tal qual fez e faz com o cigarro, que não é ilícito, todavia seu uso vem diminuindo gradativamente. A redução do consumo de tabaco se deu em razão de forte contrapropaganda e pelo reconhecimento pelo Estado de que o seu usuário é um dependente.

Procurou-se mostrar, ao longo do trabalho, que se houver a descriminalização, não necessariamente haverá aumento no uso, pois experiências de vários países como Portugal, Espanha, Uruguai, demonstram que se terá mais controle para se saber quem são os usuários, como se comportam e como atender às suas necessidades. Evidentemente, não cabe ao Estado, nesse sentido, controlar a vida dos usuários de drogas, mas de promover o bem público em forma de assistência com profissionais preparados para lidar com a questão. O dinheiro investido na repressão poderia ser canalizado para a prevenção, controle e atendimento aos usuários.

A redução de danos aos usuários e às pessoas que convivem com eles acontece imediatamente com a descriminalização, considerando a descarcerização, sobretudo dos jovens. O princípio de autodeterminação seria preservado como um direito. Além dos benefícios, haveria menos gastos do Estado com o sistema de justiça em demandas desse viés e poderiam ser focalizadas nos processos criminais graves que tenham efetivamente repercussão social.

Em verdade, o que falta na sociedade para encarar o problema das drogas - criando alternativas ao encarceramento e à proibição é admitir que a Lei, o Estado, e a maioria das pessoas não podem se utilizar do senso comum para julgar a forma como um grupo de pessoas faz as suas escolhas. O importante é que a busca pelo sopesamento atinja o mínimo aceitável para se respeitar a dignidade do outro, as suas escolhas e que tais escolhas não precisem ser escondidas para se realizar.

O que se defende é o máximo de liberdade para todos, mas com o máximo de responsabilidade. Se as escolhas forem erradas e o indivíduo incorrer em crime, na medida do razoável e conforme a previsão das leis, que pague pelo crime. Porém, no caso dos usuários de drogas que portem pequena quantidade, o que se questiona é a constitucionalidade da prisão, dado que o único mal causado é contra si próprio.

Entende-se, dessa forma que o STF, com o julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 635.659/SP, tem um papel fundamental no avanço da política de drogas no país, no que tange à descriminalização da maconha e, em última análise, na modificação do sistema carcerário, influenciando a sociedade como um todo.

Sabe-se que no Brasil a população mais pobre é aquela que sofre mais com as desigualdades e que o positivismo jurídico tem influência no aparato repressor para puni-la com mais intensidade. Os dados do INFOPEN mostraram que a maioria dos presos, hoje, é jovem com pouco estudo, são negros e mestiços e, muitos, estão em prisão cautelar esperando julgamento, estando tanto à disposição da justiça quanto do crime organizado.

O lugar da juventude precisa ser em escolas que não sejam seletivas e excludentes. A universidade precisa ser o horizonte. Uma juventude encarcerada representa o fracasso da organização social e uma sociedade com poucas chances de ter um futuro promissor, senão o da violência. O acesso aos bens socialmente produzidos tem de fazer parte da vida de todas as pessoas em forma de políticas públicas que atendam às suas necessidades básicas, incluindo acesso à água e saneamento básico, além de saúde de boa qualidade e segurança pública que estabeleça a paz. O Brasil possui graves problemas sociais e punir a pobreza agrava os problemas, pois estigmatiza e rotula.

Enquanto o julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 635.659/SP não prospera no STJ, acredita-se que o Ministério Público possa assumir o compromisso de lidar com a questão da melhor forma possível, isto é, priorizando o desencarceramento dos usuários e portadores de pequena quantia de

drogas. Como já se procurou afirmar em diferentes momentos, a prisão precisa ser a última fronteira. Os Ministros do STF mostraram essa sensibilidade.

Novamente, os dados do INFOPEN são significativos e apontam para um tremendo mal estar social. A população carcerária cresceu 161% nos últimos quinze anos e quase a metade dos 607.731 presos, ou seja, 41% aguardam julgamento. São pessoas que estão presas sem terem sido julgadas e que ficam necessariamente sofrendo as sanções sem a certeza da culpa. Além disso, tipos penais de menor potencial ofensivo se misturam com tipos penais de maior potencial ofensivo – todos à disposição do crime organizado.

Enquanto o recurso não prospera sugere-se, a título de conclusão dessa dissertação de mestrado, que os instrumentos alternativos à prisão cautelar sejam utilizados nos casos que envolvem o uso e porte de maconha, a saber, a Justiça Restaurativa, a Justiça Terapêutica e a Audiência de Custódia. Tais instrumentos não descriminalizam a maconha, mas, pelo menos despenalizam, auxiliando num justo processo que diminui o número de prisões cautelares.

Em termos jurídicos, a justiça precisa ser o horizonte e não a punição. Os brasileiros carecem de justiça social e puni-los devido à pobreza e pelas injustiças sofridas ao longo de toda a história é reproduzir as condições para um futuro incerto.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2009.

ALMANAQUE DAS DROGAS: um guia informal para um debate racional. A ONU recomenda: descriminalize as drogas! Entre outras coisas básicas. 2015. Disponível em: <https://almanaquedasdrogas.com/2015/09/15/a-onu-recomenda-descriminalize-as-drogas-entre-outras-coisas-basicas/>. Acesso em: 2 jul. 2016.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 113, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Ed. Revan; Instituto carioca de criminologia, 2011.

_____. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Universidade de Saarland, R.F.A., Alemanha Federal, 2006. Disponível em: http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf. Acesso em: 23 ago. 2016.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória na criminalização de furto**: da presunção da inocência à antecipação da pena. 2006. 108 f. Dissertação (dissertação de Mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. RE 635.659/SP. **Descriminalização do porte de drogas para consumo próprio**: anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf> Acessado em: 12/05/2016.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa**: um desafio à práxis jurídica. Campinas/SP: Servanda, 2012.

BRASIL. **Ato Institucional n.º 5 de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, 13 de dezembro de 1968; 147º da Independência e 80º da República.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto n.º 2.861 de 8 de julho de 1914**. Aprova as medidas tendentes a impedir o abuso crescente do opio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína constantes das resoluções aprovadas pela Conferencia Internacional de Opio, realizada em I de Dezembro de 1911 em Haya.

Diário Oficial da União - Seção 1 - 10/7/1914. Rio de Janeiro, 8 de Julho de 1914, 93º da Independência e 26º da República.

BRASIL. **Decreto n.º. 20.930 de 11 de janeiro de 1932.** Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas. Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/1/1932. Rio de Janeiro, 11 de janeiro de 1932, 111º da Independência e 44º da República.

BRASIL. **Decreto n.º. 14.969 de 3 de setembro de 1921.** Aprova o regulamento para a entrada no país das substâncias tóxicas, penalidades impostas aos contraventores e sanatório para toxicomanos. Rio de Janeiro, 3 de setembro de 1921.

BRASIL. **Decreto n.º. 24.505, de 29 de julho de 1934.** Modifica as arts. 1º, 3º, 5º, 14, 22, 25, 26 e 58, do decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932. Diário Oficial da União - Seção 1 - 7/7/1934. Rio de Janeiro, em 29 de junho de 1934, 113º da independência e 46º da república.

BRASIL. **Decreto n.º. 4.294, de 6 de julho de 1921.** Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as fórmulas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/7/1921. Rio de Janeiro, 6 de julho de 1921, 100º da Independência e 33º da República.

BRASIL. **Decreto n.º. 54.216, de 27 de agosto de 1964.** Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Diário Oficial da União - Seção 1 - 1/9/1964.

BRASIL. **Decreto Lei n.º. 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República.

BRASIL. **Decreto Lei n.º. 385, de 26 de dezembro de 1968.** Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Brasília, 26 de dezembro de 1968; 147º da Independência e 80º da República.

BRASIL. **Decreto Lei n.º. 753, de 11 de agosto de 1969.** Dispõe sobre a fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, distribuição de amostras desses produtos e dá outras providências. Brasília, 11 de agosto de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

BRASIL. **Decreto-lei n.º. 891 de 25 de novembro de 1938.** Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1938, 117º da Independência e 50º da República.

BRASIL. **Lei n.º. 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

BRASIL. **Lei n.º. 8.072 de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 25 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

BRASIL. **Recurso Extraordinário n.º. 430105 RJ.** Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 Divulgado em 26/04/2007 e publicado em 27/04/2007.

BRASIL. **Termo de abertura de Projeto Audiência de Custódia**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. **Termo de Cooperação Técnica n.º. 007/2015**. Diário da Justiça Eletrônico. Poder Judiciário, edição 68, página 4, de 16/04/2015. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios/acordos-de-cooperacao-tecnica/79069-tcot-007-2015>. Acesso em: 02 jul. 2015.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Dr. Drauzio Varella Entrevista Fernando Henrique Cardoso**. Publicado em 23 de jan de 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=v2wY1I-7Hag> Acesso em: 2 jul. 2016.

CARLINI, Elisaldo Araújo. **A história da maconha no Brasil**. Centro brasileiro de informação sobre drogas psicotrópicas. Departamento de psicobiologia da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP): CEBRID, 2005.

CARNEIRO, Henrique S. As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX. In: **Revista Outubro**, v. 6, IES, São Paulo, 2002.

_____. **História do Proibicionismo e do Movimento Antiproibicionista**. Publicado em 28 de out de 2014. Palestra proferida pelo professor Henrique Carneiro (USP) no I Encontro Nordeste Antiproibicionista, ocorrido em outubro de 2012 na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZYrKqclpNNY>. Acesso em: 12/04/2016.

_____. **Legalização das drogas é inevitável com avanço da democracia**. Entrevista ao jornal Diário Liberdade. Publicado em 12 de Agosto 2012. Disponível em: <http://www.diarioliberalidade.org/mundo/consumo-e-meio-natural/%2030132-henrique-carneiro,-historiador-legaliza%25>. Acesso em: 1 jul. 2016.

_____. **As drogas devem ser legalizadas?** 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=AxHfkWMM_5I&nohtml5=False. Acesso em: 2 jul. 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei n.º. 11.343/06**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Política de guerra às drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. In: **Revista Crítica Jurídica**, n.º. 25, 2006.

CASTRO, Lola A. Formas de *delincuencia organizada en América Latina, la simbología del narcotráfico y técnicas de control*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 112, 2015.

CAVALCANTE, João L. **Pesquisa revela que Ministério Público é a instituição mais confiável do país**. Ministério Público do Estado do Tocantins. Publicado em 22/12/2014. Disponível em: <https://mpto.mp.br/web/portal/2014/12/23/pesquisa-revela-que-ministerio-publico-e-a-instituicao-mais-confiavel-do-pais#page>. Acesso em: 2 jul. 2016.

CAVALHEIRO, Carmela M. C. Países Baixos: o infundável debate acerca da descriminalização da maconha. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 116, 2015.

CETAD. **Projeto de redução de danos:** é de lei. Centro de Estudos e terapia de abuso de drogas (CETAD). O Projeto promove a redução de danos aos usuários de drogas. De acordo com os coordenadores do projeto, a iniciativa de distribuir material adequado visa reduzir os danos e riscos à saúde dos usuários de drogas a partir da prevenção e assim facilitar o tratamento. Publicado em 26 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aEyGrIRCvY4>. Acessado em: 2 jul. 2016.

DUARTE, José Henrique. **Banir o delinquente, salvar o homem:** a mediação penitenciária, uma ferramenta reeducativa ao serviço da convivência e disciplina prisional. Prefácio Germano M. da Silva. Edições Almedina S.A., 2013.

FACHIN, Edson. RE 635.659-RG – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto-Vista Min. Edson Fachin. Plenário. 20/08/2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-fachin.pdf>. Acesso em: 12/04/2016.

FIOCRUZ. Crack, repensar. Videosaúde distribuidora da FIOCRUZ. Publicado em 22 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=K-TFGOdW8RE>. Acesso em: 2 jul. 2016.

FIORE, Maurício. O lugar do Estado na Questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. In: **Novos Estudos**. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP). São Paulo: CEBRAP, 2012.

GIACOIA, Gilberto. HAMMERSCHMIDT, Denise. **La cárcel: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológicas**. Juruá: Lisboa. 2012.

GONÇALVES, Antonio Baptista. A descriminalização do usuário de drogas e do pequeno traficante – a justiça restaurativa. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 30. 2012.

GORGULHO, Mônica. **Drogas:** política de redução de danos (Parte 1 de 5). Entrevistada por Marília Gabriela (GNT, 12/12/2004), a psicóloga Mônica Gorgulho - presidente da IHRA (*International Harm Reduction Association*) - afirma que jamais existirá sociedade sem drogas e defende o consumo consciente de substâncias lícitas e ilícitas. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=T66cL6BnpLg>. Acessado em: 16/04/2016.

GUSMÃO, Luiz A. C. M. **Cooperação e combate às drogas:** o sistema de controle internacional e as políticas sobre drogas em Bolívia e Colômbia 1990-2010. 2015. 296 f. Doutorado (doutorado em Relações Internacionais). Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Universidade de Brasília. Brasília, 2015.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HRW. **Relatório Mundial 2017:** Condições das prisões, tortura e maus-tratos a detentos. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766>

INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN): Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações penitenciárias** (INFOPEN). Brasília, 2014.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **67,7% dos presos por tráfico de maconha tinham menos de 100 gramas da droga**. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/o-que-fazemos/materia/67-7-dos-presos->

por-trafico-de-maconha-tinham-menos-de-100-gramas-da-droga. Acesso em: 07/12/2015.

JURUBEBA, Yuri A. P. **Concretização da audiência de custódia no Tocantins**. 2016. Dissertação (dissertação de Mestrado profissional em prestação jurisdicional e direitos humanos). Universidade Federal do Tocantins (UFT), Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT. Palmas-TO, 2016.

LIMA, Flávio A. F. de. **Justiça Terapêutica: em busca de um novo paradigma**. São Paulo: Scortecci, 2011.

LOPES, Ricardo Ferraz Braidá. Ensaio de uma legalização. In: **Revista Vianna Sapiens**. Revista eletrônica das Faculdades Integradas Vianna Júnior. V. 2, n.º. 1. p. 195-227. Juiz de Fora/MG, 2011.

MENDES, Gilmar. **Voto: Recurso Extraordinário 635.659/SP. Plenário. 20/08/2015**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf> Acesso em: 13/05/2016.

MERCADO, Luís Paulo Leopoldo. **Novas tecnologias na educação: reflexões sobre a prática**. Maceió: EDUFAL, 2002.

MOREIRA, Rômulo A. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347**. 2015. Disponível em: <http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347> Acesso em: 12/05/2016.

PETUCO, Denis. **JC entrevista Denis Petuco: redução de danos**. Publicado em 19 de fev de 2014. Entrevistamos Denis Petuco, sociólogo e especialista em redução de danos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8rWwRjfjXgE> Acesso em: 16/04/2016.

PRUDENTE, Neemias. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. In: SPENGLER, F. M. (Org.). **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Unijuí, 2011.

ROCHA, Andréa Pires. Proibicionismo e a criminalização de adolescentes pobres por tráfico de drogas. In: **Revista Serviço Social e Sociedade**. São Paulo, N.º. 115, Jul/Set., 2013.

RODRIGUES, Thiago. Política de drogas e a lógica dos danos. In: **Revista Verve**. PUC-SP, n.º 3, p. 257-277, 2003.

ROSA, Gerson F.; CARVALHO, Gisele M. Criminalização do Porte de Drogas para Consumo Pessoal: Paternalismo Jurídico ou Proteção da Saúde Pública? In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Vol. 923, Set, 2012.

SILVA, Denival F. da. Custos e lucros do sistema punitivo: quem ganha com a pena de prisão? In: SILVA, D. F. da; BIZZOTTO, A. (Orgs.). **Sistema Punitivo: custos e lucros, qual a dimensão da criminalidade?** Goiânia/GO: Kelps, 2013.

SILVA, Haroldo C. da. **Ensaio sobre a pena de prisão**. Curitiba/PR: Juruá, 2009.

SILVA, Marcos Nunes da; MEDANHA, José Francisco. A importância da ferramenta tecnológica no contexto social e educacional. In: **Revista Científica do ITPAC**. Araguaína, v. 7, n.º.1, Pub.7, Janeiro 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: RT. 2006.

SVISTUN, Meg F.; MARGRAF, Alencar F. A falência do proibicionismo. In: **Revista Aporia Jurídica** (*on-line*). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage. 5ª Edição. Vol. 1, p. 90-111, jan/jul, 2016.

TOCANTINS. **Portaria n.º. 1231/2015**. Tribunal de Justiça. Diário da Justiça n.º. 3552, Poder Judiciário, Tocantins, 06 de abril, 2015.

_____. **Portaria n.º. 1540/2015**. Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça. Diário da Justiça n.º. 3565, Poder Judiciário, Tocantins, 24 de abril, 2015.

UNIAD. **Perfil dos usuários de cocaína e crack no Brasil. Unidade de pesquisas em álcool e drogas** (UNIAD). Publicado em 28 de Novembro de 2013. Disponível em: <http://www.uniad.org.br/publicacoes/cocaina/item/20164-perfil-dos-usu%C3%A1rios-de-coca%C3%ADna-e-crack-no-brasil>. Acesso em: 2 jul. 2016.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2011.