

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AKNATON TOCZEK SOUZA

CRÍTICA À POLÍTICA PROIBICIONISTA ANTIDROGAS

Curitiba - Paraná

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AKNATON TOCZEK SOUZA

CRÍTICA À POLÍTICA PROIBICIONISTA ANTIDROGAS

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação para obtenção do título de Especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: FÁBIA BERLATO

Curitiba - Paraná

2011

Dedico esse trabalho aos meus
pais, Romeu e Iracema.

Die philosophen haben die welt nur verschieden interpretiert, es kömmt drauf an, sie zu verändern.

Karl Marx

Cuán difícil exorcizar relaciones sociales entregadas públicamente al demonio, al repudio y al escarnio.

Rosa del Olmo

... Hemos guardado un silencio bastante parecido a la estupidez.

Proclama insurreccional de la Junta Tuitiva
en la ciudad de La Paz, 16 de julio de 1889

SOUZA, Aknaton Toczek. **Crítica à política proibicionista antidrogas**. 2011. Monografia (Conclusão do curso de Pós-Graduação). Faculdade de Ciências Políticas, Universidade Federal do Paraná.

RESUMO

O presente estudo sobre política criminal antidrogas objetiva compreender as origens e desenvolvimento histórico que fundamentam as políticas repressivas proibicionistas vigentes no Brasil, utilizando-se de meios puramente simbólicos e ideológicos para repressão e solução da problemática das drogas, a saber, a legislação penal. Para tanto, foram pesquisadas as características das políticas proibicionistas antidrogas, bem como os objetivos da legislação penal e política criminal declarados pelos meios estatais, deixando o enfoque crítico da política proibicionista para os dados do fracasso histórico, o que não poderia ser diferente, uma vez que os objetivos reais da legislação penal e política criminal não ambicionaram resolver ou diminuir o mistificado problema das drogas.

Palavras-Chave: Política Proibicionista. Drogas. Sociologia Criminal. Criminologia.

Sumário

1- Introdução	1
2- Um breve histórico da política global antidrogas	3
3- A política internacional antidrogas contemporânea	9
4- Legislação antidrogas	12
4.1-Objetivos declarados do Direito Penal e Política Criminal	12
4.2-Princípios Penais Constitucionais e Lei Antidrogas Brasileira	14
5- Crítica à legislação antidrogas	18
5.1- Objetivos reais do Direito Penal e Crítica à Política Pena	19
6- Conclusão	26
7-Referências bibliográficas	29

1- Introdução

Há muito se discute a problemática das drogas na sociedade, intensificando-se em uma crescente o debate a partir de 1909, quando inicia-se uma política internacional antidrogas. Apesar disso, ela não tornou ainda um tema consensual. Muito pelo contrário, é demonizado, envolto em mitos, preconceitos, incertezas e falsas informações. Tais características, somadas a uma realidade cada vez mais individualista e impregnada de medo, gera uma política de antidrogas ineficaz para os fins propostos.

O principal objetivo da presente monografia é apresentar as origens e as fontes desta política antidrogas e, em seguida, abordar algumas de suas características atuais, a saber, aquelas que têm sua forma mais exacerbada e violenta na legislação criminal brasileira.

A discussão sobre a legislação é crucial para compreender os fatores (políticos, sociais e ideológicos) que envolvem o problema. Entretanto, tal empreendimento seria infrutífero se considerássemos o Direito como uma matéria neutra. Assim, faz-se necessária a compreensão do caráter ideológico do Direito (principalmente na esfera Penal) enquanto instrumento de controle social. Por isso, o Direito é aqui abordado em duas perspectivas: 1. Os *objetivos declarados* do Direito Penal. Consideraremos os princípios - inclusive constitucionais - e funções da pena; 2. As *consequências reais* do Direito Penal.

Tais perspectivas são derivadas da crítica promovida pela sociologia e criminologia crítica, abordadas aqui nos seguintes pontos: 1. Problemática e feitos do controle social policialesco em efeitos como a estigmatização social e self-fulfilling Profecy, em autores como BECKER (2009), TAYLOR, WALTON, YOUNG (2007), GOFFMAN (2009); 2. Ao se tratar dos aspectos históricos e críticos da proibição as drogas utilizamos autores que trabalharam com esse tema de forma específica, como: RODRIGUES (2006), RAMIREZ (1996), DEL OLMO (1998), BATISTA (2003) e ZACCONE (2007), ainda nesse tema, foi discutido aspectos do pensamento eurocêntrico e da indolência do tratamento dado a outras culturas, que acabam por serem suplantadas por pensamentos e morais hegemônicas, como meio fundamental de

propagação do pensamento proibicionista antidrogas pela America Latina, entre eles podemos citar: SANTOS (2007) e QUIJANO (2005).

Ao tratar das críticas ao direito penal e a política criminal, utilizamos autores críticos que demonstram a seletividade do controle social, aspectos ideológicos do discurso proibicionista e a relação direito penal e estrutura social, entre eles: WACQUANT (2007), MELOSSI e PAVARINI (2006), BATISTA (1990), BARATTA (2002); E ao tratar de elementos e críticas específicas ao direito penal utilizamos: SANTOS (2008), ZAFFARONI (2003), ROXIN (2008) e FERRAJOLI (2002), entre outros. É crucial entender que o Direito, aqui, é tomado como objeto de estudo.

Acreditamos que, após compreendida a gênese da política antidrogas e após reconstituir os argumentos do Direito Penal e da Política Criminal declarados institucionalmente, seja possível fazer uma análise crítica do tema apoiada nas teses acima apresentadas.

No primeiro capítulo apresentamos a história da política antidrogas destacando sua fonte moralizadora, religiosa e isenta comprovações científicas. Comentaremos sua abrangência global proporcionada pela pressão dos Estados Unidos da América e, posteriormente, pela Organização das Nações Unidas - ONU. Contudo, estes aspectos serão limitadamente discutidos, pois não são eles os principais objetos do trabalho

Em seguida expomos brevemente a atual política antidrogas preponderante.

Estas seções iniciais servirão para compreendermos como a política antidrogas apresentada reflete no Direito Penal e na política criminal. Torna-se então crucial apresentar os *objetivos declarados* do Direito Penal através da descrição da legislação antidrogas brasileira. Assim fica exposta a política antidrogas contemporânea e suas conseqüências no que diz respeito ao controle social exercido por sua execução.

2- Um breve histórico da política global antidrogas

O acesso à história da política antidrogas é essencial para o entendimento da estrutura do controle social contida na rotulação legal/ilegal das substâncias.

Muitas das substâncias ilícitas consumidas atualmente são utilizadas pelos homens há séculos, mas sua criminalização ocorreu no século XX.

A história do controle internacional de drogas é bastante recente, mas não menos intrigante. Apesar de haver hoje uma relação próxima entre uso de drogas e proibição, o consumo e a circulação de substâncias como cocaína, ópio e *cannabis* eram legais até o início do século XX, quando eram comumente usadas sob a forma recreativa ou medicinal. Nos primeiros anos do século passado, no entanto, essas três drogas mais consumidas foram banidas (RODRIGUES, 2006, p. 26).

A rápida transformação global do tratamento social em relação a essas substâncias resultou da propagação, a partir de um centro específico, de uma política proibicionista que permanece na maioria dos países ocidentais até hoje, sendo o Direito Penal seu principal instrumento estatal de regulação o Direito Penal.

O consumo de substâncias psicoativas, tanto de forma hedonista quanto religiosa, era comum tanto nos cultos de povos tribais como também pelas sociedades européias. De certa forma, pode-se dizer que “a questão do uso de drogas pode ser considerada universal, uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizam de alucinógenos” (GAUER *apud* RODRIGUES, 2006, p.27). Ainda hoje, certas religiões possuem rituais com plantas psicoativas, como, por exemplo, o chá de Santo Daime. Na Bolívia, o plantio e consumo da coca tiveram de ser legalmente amparado devido às pressões internacionais constantes para a eliminação de todas as plantações de coca, o que resultaria na falência de atividades culturais milenares. A Colômbia se apóia na lei 1008, de 19 de julho de 1988, artigo 1^a:

La coca, cuyo nombre científico corresponde al genérico *erithroxilum*, constituye un producto natural del subtrópico de los departamentos de La Paz y Cochabamba. Se presenta en estado silvestre o en cultivo agrícolas, cuya antigüedad se remonta a la historia precolombina boliviana. (RAMÍREZ, 1996, fls.1)

E continua em seu artigo 2º:

El cultivo de coca es una actividad agrícola-cultural orientada tradicionalmente en forma lícita hacia el consumo, uso en la medicina y rituales de los pueblos andinos. (RAMÍREZ, 1996, fls.1)

Segundo Rodrigues (2006), o colonizador afirmava sua cultura como superior e forçava a adoção da religião católica como oficial, catequizando os nativos das terras americanas, banindo “plantas sagradas”, costumes, rituais e crenças. Sem dúvida o aspecto religioso deve ser visto como um dos principais elementos para a origem do proibicionismo.

Este caráter monocultural, ou seja, a ideia de que existe um único saber válido, aquele da sociedade ocidental moderna, elimina de pronto a legitimidade das realidades que com ele conflitam (SANTOS, 2007).

Se, por um lado, houve uma forte pressão moral, cultural e religiosa para o desenvolvimento do proibicionismo como política internacional, particularmente influenciada pelo protestantismo e seu ideal de abstinência.

Por outro, do ponto de vista econômico, houve um desafio exercido pela moral religiosa referente ao controle social que, com a expansão comercial e cultural das grandes navegações e as descobertas de novas substâncias e fármacos - tais como *cannabis*, ópio e o tabaco.

Além de especiarias que auferiram valor comercial elevadíssimo, levou ao aumento das viagens e a descobertas de novas terras, culturas, etc., cada uma com suas substâncias e utilização, alternando entre uso religioso, descanso ou puramente hedonista (RODRIGUES, 2006).

Na Idade Média a proibição do consumo de substâncias restringia-se a alguns limites morais impostos pela religião católica. Limites flexibilizados ou endurecidos conforme o momento histórico. Um exemplo é o ópio. Durante os séculos XVIII e XIX esta droga se tornou um produto de elevada importância social¹, sendo amplamente aceito inclusive pela igreja católica. Contudo, o consumo de alucinógenos, fortemente ligados aos rituais pagãos, era objeto de proibição.²

Assim, pode-se perceber que o modelo hegemônico de proibições em relação às drogas tem referências morais, religiosas ou econômicas, e não ao seu suposto caráter

¹ Durante esse período o ópio passa a ser amplamente utilizado na medicina, terapias e de modo recreativo.

terapêutico, medicinal, ou nocivo à saúde. Foi esse o modelo que predominou mundialmente.

Não se deve esquecer que a definição de droga *sempre foi um conceito antes de tudo moral*, que vai acarretar, posteriormente, seu conteúdo ilícito e criminal. O novo Estado Moderno, portanto, une o poder religioso ao poder médico para guardar um conjunto de normas reguladoras da vida pessoal, em especial do consumo de drogas. (RODRIGUES, 2006, p. 31).

É forte o uso de argumentos do discurso sanitarista na proibição das drogas. Tal discurso, no entanto, coexistiu com a produção industrial em larga escala e a ampla veiculação publicitária de substâncias consideradas terapêuticas. Mesmo que estas sejam responsáveis por inúmeras mortes todos os anos.

Os sociólogos da UC em San Diego examinaram quase 50 milhões de atestados de óbito entre 1983 e 2004, e centraram a atenção em 224 mil mortes atribuídas a erros no uso de remédios, segundo o estudo publicado na revista da Associação Médica Americana (AMA).³

Essa diferenciação entre as substâncias, se lícitas ou ilícitas, é feita a partir do critério político-legal. Isto dá a ela características controversas. A própria definição da palavra “droga” é polêmica, uma vez que sua origem não é clara. A respeito disso, Rodrigues (2006, p.16) aponta a provável origem do holandês antigo “droog”, que significa “folha seca”, possivelmente por ser esta a forma da imensa maioria dos medicamentos antigos. A confusão aumenta com a frequente utilização da palavra “droga” como uma maneira genérica de se referir às substâncias que alteram ou modificam as condições psíquicas ou físicas do homem, quase sempre associadas à ilegalidade.

Algo sí parece estar claro: la palabra *droga* no puede definirse correctamente porque se utiliza de manera genérica para incluir toda una serie de sustancia muy distintas entre sí, incluso en “su capacidad de alterar las condiciones psíquicas y/o físicas”, que tiene en común exclusivamente el haber sido prohibidas. Por otra parte, la confusión aumenta cuando se compara una serie de sustancias *permitidas*, con igual capacidad de alterar esas condiciones psíquicas y/o físicas, pero que no se incluyen en la definición de droga por razones ajenas a su capacidad de alterar esas condiciones, como por ejemplo el caso del alcohol (DEL OLMO, 1998, p 3-4).

3 Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL704844-5602,00-CRECEM+MORTES+POR+USO+INDEVIDO+DE+MEDICAMENTOS+ALCOOL+E+DROGAS.html>>. Acesso em: 09 fev. 2011.

As primeiras políticas internacionais antidrogas aparecem no começo do século XX, após a Guerra do Ópio. Em 1909, aconteceu na China a Conferência de Xangai, cujo objetivo era discutir os limites referentes à produção e ao comércio de ópio e seus derivados. Estavam presentes representantes de diversos países, tendo se destacado a posição proibicionista dos Estados Unidos da América. Apesar da posição contrária dos europeus, decidiu-se restringir o uso do ópio a fins medicinais. Entretanto, esta restrição não teve aplicação concreta. Segundo Rodrigues, “a importância da Conferência de Xangai está na criação de um esboço de um sistema de cooperação internacional em assuntos de droga, que inspirou a primeira convenção sobre o ópio de 1912, [...] motivados pelo *ímpeto proibicionista norte-americano*” (2006, p. 38, grifo do autor). Tal convenção teve grande repercussão e resultou na elaboração de um documento exigindo a limitação do uso do ópio. Além disso, pela primeira vez passou-se a problematizar o uso da cocaína. Estabeleceu-se aí a busca por uma cooperação internacional do controle de narcóticos.

Em 1931 ocorreu a 1ª Convenção de Genebra, destinada a limitar a fabricação e regulamentar a distribuição das drogas narcóticas. Outra convenção se realizou em 1939 com a finalidade de discutir a supressão do tráfico ilícito de drogas perigosas. Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, foram estabelecidas as diretivas do controle internacional de drogas, até hoje utilizadas (RODRIGUES, 2006).

Foram realizadas outras convenções que buscaram sedimentar a posição criminalizante, ampliando o rigor das medidas para combater o tráfico e as drogas. A convenção de 1961 promovida pelas Nações Unidas, por exemplo, ampliou o controle internacional e passou a atribuir a responsabilidade pelo tráfico aos países produtores. Neste momento tentou-se alcançar a erradicação completa do consumo e produção de substâncias existentes há milênios. Os argumentos que sustentam a tentativa de erradicação valoram negativamente culturas do tipo presente na população dos países Andinos que utilizam a folha de coca. Segundo Ramírez, a coca serviu como fator básico para a coesão social nesta sociedade. Vejamos:

El consumo de coca constituyó, por tanto, en la población indígena un factor básico para su cohesión social. Como dice Prada: “La coca juega en este ‘amarre’ de regiones diversas un papel a la vez mitológico como a la vez ‘objeto’ de consumo, en la ámbito de reciprocidades y complementariedades (1996, p. 5-6).

Ainda completa:

La coca no sólo aparece como un producto tradicional, sino también como una actividad agraria importante y, por tanto, vinculada con la defensa de una fuerza social relevante dentro da Bolivia, que no puede ser ignorada por ningún gobernante (1996, p. 14).

Por fim, em 1988, noutra convenção promovida pelas Nações Unidas, estabeleceu-se um comprometimento dos governos internacionais em participar, implementar e ratificar os tratados propostos. O consenso foi de repressão e criminalização global das drogas, evidenciando quem consome (vítima) e quem produz (narcoterrorista), desafio coletivo, baseado na cooperação e corresponsabilidade. Vários países foram estereotipados através desta política. Rosa del Olmo explica:

(...) *el estereotipo delictivo*, presente desde que existen legislaciones sobre drogas; pero que en la actualidad se ha convertido en *estereotipo político-delictivo*, al recurrir al *discurso político* para legitimarse como discurso jurídico (producto de la difusión del modelo *geopolítico*). A la droga se la ve como “enemigo”, y al traficante – objeto central de interés de este discurso – como “invasor” “conquistador”, o más específicamente como “narcoterrorista” y “narcoguerrillero”, aunque el traficante puede bien ser ya no un individuo sino un país (1998, p. 6-7).

Nao há unanimidade. Essa política defendida pela Organização das Nações Unidas vem sendo questionada por países europeus que optaram por alternativas de prevenção e redução de danos e outros métodos que não os repressivos⁴, atingindo, assim, dados positivos na redução e prevenção ao consumo de drogas. Contudo, a ONU condena qualquer alternativa com o argumento de que incentivariam o aumento do consumo de drogas. Contraditoriamente, os países que seguem a linha repressiva

4 Esses métodos preventivos e alternativos têm apresentado excelentes resultados. Entre os diversos exemplos, podemos citar a Alemanha que, desde 1998, não processa criminalmente os usuários, sendo arquivados casos em que a quantidade de maconha *e.g.* é inferior a 10 gramas. Ocorre também a diferenciação entre condutas dentro do tráfico, para amoldar punições penais proporcionais a cada ato; as medidas alternativas de redução de danos são amplamente desenvolvidas na Alemanha como *e.g.* as *injecting rooms*, criadas para utilização controlada de entorpecentes por viciados, e distribuição de seringas descartáveis. Na Áustria existe uma punição menor para os traficantes que comprovem vender drogas para sustentar o próprio vício, bem como punição inferior aos traficantes de substâncias psicotrópicas, havendo apurada diferenciação entre substâncias e separação do traficante-dependente, na aplicação da sanção. Diversos outros países como Portugal, Espanha, Dinamarca, Bélgica, Holanda, Irlanda, Itália, trazem respostas penais diferenciadas ao traficante em relação ao traficante-dependente; tipo da substância; havendo pesadas políticas de prevenção de riscos, incluindo a permissão para cultivo de maconha (variando a quantidade de espécimes), utilização de *injecting rooms*, distribuição de seringas, substituição de Heroína por Metadona, entre outros métodos, e, em todos, o uso pessoal de maconha foi descriminalizado ou legalizado. (RODRIGUES, 2006).

apresentam, eles mesmos, índices cada vez mais altos de consumo e violência atrelados ao tráfico. Muitos países mantêm a postura repressora e criminalizante pela força da influência estadunidense e pelo medo de sanções econômicas (RODRIGUES, 2006).

Diante desse quadro histórico, resta-nos analisar a atual política repressiva a princípio, em dois vieses: 1º- quanto à sua origem e motivação; e 2º- quanto ao seu resultado na atualidade.

3- A política internacional antidrogas contemporânea

A política antidrogas que “busca dissuadir o uso de determinadas substâncias através da coação e da ameaça de punição, em especial com pena de prisão, e tem por objetivo alcançar o ideal da abstinência” (RODRIGUES, 2006, p. 46) apoiada pela ONU através de tratados internacionais vinculantes sobrepôs-se a todos os demais métodos alternativos sem dar chance a uma análise crítica por parte da sociedade.

La confusión se agrava cuando se observa cómo se intenta difundir un mismo discurso universal, atemporal y ahistórico sobre “el problema de la droga” como, si la situación de cada país y de cada droga fueran similares. Es más, como si los condicionantes estructurales dentro de un mismo país fueran estáticos y nada tuvieran que ver con el tema. (DEL OLMO, 1998, p. 10).

É necessário que políticas internacionais procurem respeitar as especificidades de comunidades, nações, povos e culturas, ao invés de uniformizar o posicionamento repressivo que não tem gerado resultados positivos. Muito pelo contrário, “[a] dependência da política de drogas é algo mais perigoso do que a dependência da própria droga, até porquanto os malefícios não se circunscrevem a uma só pessoa.” (BATISTA, 1990, p. 59).

Segundo Rodrigues (2006), a política proibicionista possui seu modelo baseado fundamentalmente em duas premissas: a moral e a sanitáriosocial. Ela adota como única solução a repressão, fundada na ideia de supressão de toda a oferta, uso, comércio, produção, que passaram a ser previstos como crimes. Vale lembrar que tal política não foi embasada em dados científicos que pudessem justificar a repressão a apenas algumas substâncias entorpecentes; mesmo as substâncias a serem valoradas como ilícitas o foram sem nenhuma conclusão médica definitiva, da mesma forma que nunca se buscou uma solução alternativa à repressão jurídico-penal. Tudo ocorre por conveniência política.

O discurso punitivo que fundamenta o modelo considera a proibição como única opção para se lidar com os malefícios da droga. Trata-se de uma escolha simples em teoria, mas extremamente difícil na prática, pois se presume, sem nenhuma base empírica, que a interdição pela lei penal, sob ameaça de pena, fará as pessoas mudarem seus hábitos gostos e escolhas e deixar de consumir determinadas substâncias, apenas pelo fato destas serem ilícitas. (RODRIGUES, 2006, p. 48).

Esse modelo proibicionista amparado pelos tratados internacionais e sem justificativas médicas-científicas (uma vez que a legalização de certas substâncias demonstra profunda incoerência no sistema) possui seu fundamento umbilicalmente interligado à “moral protestante do século XIX, que vê na abstinência um ideal de virtude, não sendo à toa que os principais sistemas proibicionistas tenham se inspirado no catecismo das igrejas anglicanas” (RODRIGUES, 2006, p.47). Vejamos o que Rosa del Olmo diz a respeito:

Cuán difícil exorcizar relaciones sociales entregadas públicamente al demonio, al repudio y al escarnio. Las más de las veces no bastan la convicción, la ilustración y el coraje individuales dirigidos contra el maniqueísmo. Se suele requerir además de fuerzas sociales colectivas que cuestionen activamente la carga moral y legal atribuida a una relación; o de rupturas históricas que reviertan el sentido de esa carga (...) (1998, p. X).

E Rodrigues completa explicando que:

O modelo proibicionista, ao defender como modelo a cultura branca protestante anglo-saxã norte-americana, além de desconsiderar a diversidade étnica, cultural e religiosa de outros povos, pretende se sobrepôr a culturas tradicionais diversificadas, como a dos países andinos, que faz uso de produtos naturais como a folha de coca, como expressão da cultura ancestral. (2006, p. 48).

Esse menosprezo cultural é reflexo da acultura eurocêntrica⁵ de origem colonial. O que não pertencia à cultura hegemônica era considerado inferior, não tendo então direito à produção cultural.

Esse resultado da história⁶ do poder colonial teve duas implicações decisivas. A primeira é óbvia: todos aqueles povos foram despojados de suas próprias e singulares identidades históricas. A Segunda é, talvez, menos óbvia, mas não é menos decisiva: sua nova identidade racial, colonial e negativa, implicava o despojo de seus lugares na história da produção cultural da humanidade. Daí em diante não seriam nada mais que raças inferiores, capazes somente de produzir culturas inferiores. (...). Em outras palavras, o padrão de poder baseado na colonialidade implicava também em um padrão cognitivo, uma nova

5 Referente à cultura eurocêntrica, pode-se dizer que “a elaboração intelectual do processo de modernidade produziu uma perspectiva de conhecimento e um modo de produzir conhecimento que demonstram o caráter do padrão mundial de poder: colonial/moderno, capitalista e eurocentrado. Essa perspectiva e modo concreto de produzir conhecimento se reconhecem como eurocentrismo. Eurocentrismo é, aqui, o nome de uma perspectiva de conhecimento cuja elaboração sistemática começou na Europa Ocidental antes de meados do século XVII, ainda que algumas de suas raízes são, sem dúvidas, mais velhas, ou mesmo antigas, e que nos séculos seguintes se tornou mundialmente hegemônica percorrendo ao mesmo fluxo do domínio da Europa Burguesa. (QUIJANO, 2005, p. 246-247).

⁶ C.f. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

perspectiva de conhecimento dentro da qual o não-europeu era o passado e desse modo inferior, sempre primitivo (QUIJANO, 2005, p. 249).

A ideologia liberal foi outra força motriz tanto para o mercado legal e ilegal de drogas quanto para o incremento da política proibicionista. “Há uma determinação estrutural no caso das drogas, reguladas por leis de oferta e de demanda, concomitante a uma carga ideológica e emocional que criou ‘o mito da droga’, disseminado pela mídia e acolhido pelo imaginário social” (BATISTA, 2003, p. 81). Vera Regina Pereira de Andrade sintetiza a política criminal de drogas do Brasil:

É senso comum a idéia de que o combate à criminalidade e particularmente ao uso e tráfico de entorpecentes são fortemente obstaculizados, no Brasil, pela inexistência de uma adequada política criminal. A hipótese aqui desenvolvida e fundamentada rompe com este senso comum precisamente ao afirmar que tal política ‘existe’ e tem uma coerência interna. Trata-se de uma política de guerra, combate ou beligerância (genocida) que, inserida num processo de transnacionalização ou globalização do controle social – gerenciado pelo capitalismo central- é potencializada, no Brasil, por uma tríplice base ideológica: a ideologia da defesa social (a nível dogmático) completada pela ideologia da segurança nacional (a nível de segurança pública), ambas ideologias em sentido negativo instrumentalizadas (a nível legislativo) pelos movimentos de lei e ordem (como sua ideologia em sentido positivo). (...). O mote que sustenta toda a argumentação é o da distinção entre o discurso oficial (declarado) e a funcionalidade real da política criminal de drogas (não declarada) pondo a descoberto esta última e situando o primeiro como o seu discurso legitimador, o que remete, diretamente, para o conceito e o funcionamento da ideologia no interior do sistema de controle penal (ANDRADE *apud* BATISTA, 2003, p. 82-83).

A política antidrogas fundamentada na moral religiosa e desenvolvida a partir do interesse ideológico do liberalismo, em que ocorre um alinhamento dos demais países ocidentais com a diretiva norte-americana, produz uma visão esquizofrênica das drogas. Se de um lado estimula sua produção internacional devido a alta rentabilidade no mercado internacional, de outro desenvolve um arsenal jurídico e ideológico de criminalização e demonização. Tal repressão estatal auxilia na regulação econômica das drogas (gerando alta rentabilidade), fazendo com que o comércio ilícito faça parte do sistema financeiro lícito e institucional, uma vez que as centenas de bilhões de dólares gerados pelo tráfico não ficam nos guetos (BATISTA, 2003; ZACCONE, 2007).

4- Legislação antidrogas

4.1. Objetivos declarados do Direito Penal e Política Criminal

O objetivo declarado do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Ou seja, a proteção de bens relevantes para vida humana individual ou coletiva. Exemplo: quando se criminaliza alguma conduta, faz-se porque existe um interesse em proteger um ente, e funda-se assim uma valoração e consequente punição a quem violá-lo (SANTOS, 2008). Todavia, Claus Roxin (1997) afirma ter caráter subsidiário a proteção penal aos bens jurídicos, sendo utilizada somente em *ultima ratio*. Segundo ele, essa limitação se desprende do *Princípio da Proporcionalidade*, um dos princípios do Estado de Direito: o Direito Penal, sendo a mais dura intromissão Estatal na vida de um cidadão, só se pode impor quando todos os outros meios forem ineficazes.

Sendo a proteção do bem jurídico o principal objetivo (declarado) do Direito Penal, supõe-se que condutas que não firam bens jurídicos não sejam punidas. Não se pode utilizar o Direito Penal no intuito de impor uma moral à custa de violência e da repressão penal.

La protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los metidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica (ROXIN, 1997, p. 63).

Genericamente, o Direito Penal representa um sistema de normas definidor de crimes e determinador de penas e princípios para sua aplicação; já a Política Criminal constitui o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade, e é legitimada pela teoria da pena. A teoria da pena é estruturada pelos discursos de retribuição do crime e de prevenção geral e especial da criminalidade, funções estas atribuídas à pena criminal pelo discurso oficial (CIRINO, 2008). Ou seja, os objetivos ideológicos aparentes do sistema punitivo são a repressão da criminalidade, o controle e redução do crime e a ressocialização do criminoso (CIRINO, 2006).

O discurso oficial da teoria da pena a pensa como *retribuição da culpabilidade*, consistindo-se esta na retribuição do crime que, no sentido religioso, segundo Cirino (2008), representa a expiação. No sentido jurídico, a pena seria uma *compensação da culpabilidade*. Esta é uma característica do Direito Penal clássico e simboliza a

imposição de um mal justo em decorrência do mal injusto contido no crime. A compensação da culpabilidade é necessária, segundo o discurso oficial, para restabelecer a ordem, justiça ou o Direito, baseando-se na fórmula célebre de Sêneca: *punitur, quia peccatum est*⁷.

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. (...) La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad (...). Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del talión: ojo por ojo, diente por diente (ROXIN, 1997, p. 81-82).

Já a pena como prevenção especial tem a *ressocialização* como aspecto positivo. Verificamos que essa é a função dominante no Direito Penal dos séculos XIX e XX. Cirino explica que “o programa de prevenção especial é definido pelo juízo no momento de aplicação da pena, através da sentença criminal individualizada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime;” e “o programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da execução da pena criminal (...) com o objetivo de promover a harmônica integração social do condenado.” (2008, p. 464-465). Percebemos isso claramente na Lei de Execuções Penais do Brasil, que diz em seu artigo 1º: *A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*

O Estado atua de duas maneiras simultâneas no programa de prevenção especial, através do qual pretende evitar crimes futuros: de um lado a *prevenção especial negativa* de segurança social, que se dá através da privação de liberdade do delinquente, procurando impedir que ele cometa mais crimes (na sociedade) durante o cumprimento da pena; e por outro, a *prevenção especial positiva* de correção ou ressocialização do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros “funcionários da ortopedia moral” do estabelecimento penitenciário, seguindo o preceito antigo que diz: *punitur, ne peccetur*⁸ (CIRINO, 2008). Foucault, em seu célebre livro *Vigiar e Punir*, explica:

7 SÊNECA: “Punido, porque pecou” *apud* CIRINO, 2008, p. 462.

8 SENECA: “Punido, para que não peque” *apud* CIRINO, fl. 465, 2008.

E acima dessa distribuição dos papéis se realiza a negação teórica: o essencial é procurar corrigir, reeducar, “curar”; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. Existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, que nem sempre exclui o zelo; ela aumenta constantemente: sobre esta chaga pululam os psicólogos e os pequenos *funcionários da ortopedia moral* (1987, p.13, grifo nosso).

A neutralização (prevenção especial negativa) dos criminosos é baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz a segurança social, pois incapacitaria indivíduos considerados perigosos. Esta seria uma das funções declaradas do Direito Penal assim como o é a ressocialização (prevenção especial positiva).

Outra função declarada da pena é a *prevenção geral*, cujo objetivo consiste em evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e outra positiva pós-moderna. Em sua forma tradicional, a prevenção geral surge simplesmente como uma intimidação penal, expressa na famosa Teoria da Coação Psicológica, de Feuerbach. Tal intimidação representa a dimensão negativa da prevenção geral: o Estado espera desestimular pessoas a praticarem crimes pela ameaça da pena (CIRINO, 2008).

Contudo, no final do Século XX, a função da prevenção geral tomou uma nova forma positiva. Roxin (1997) a define como demonstração da *inviolabilidade* do Direito, necessária para preservar a confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo (CIRINO, 2008).

Esses são, basicamente, os objetivos declarados do Direito Penal moderno. A política criminal do Estado decorre e se fundamenta neste discurso oficial.

4.2. Princípios Penais Constitucionais e Lei Antidrogas Brasileira

Serão levantadas aqui algumas questões jurídicas para demonstrar que existe uma flexibilização dos Princípios Penais Constitucionais em relação à aplicação da legislação antidrogas no Brasil. Essa redução de garantias acontece em decorrência de um modelo proibicionista que expande a atuação do Direito Penal para outras esferas antes não criminalizadas, buscando solucionar através do direito penal problemas sociais, saúde e educação.

Com base no marco teórico do garantismo penal, de Ferrajoli (2002), serão examinados os Princípios Penais violados pela lei de drogas brasileira. São dez os princípios básicos, ou axiomas do garantismo penal, elaborados por Ferrajoli:

i) princípio da retributividade; ii) princípio da legalidade; iii) princípio da necessidade; iv) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; v) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; vii) princípio da jurisdicionalidade; viii) princípio do acusatório (separação entre juiz e acusação); ix) princípio do ônus da prova ou da acusação; x) princípio do contraditório ou da defesa (2002, p. 75).

O ponto mais polêmico é a criminalização do porte de drogas, pois ele viola o *Princípio da Intimidade*. A posse de substâncias ilícitas para consumo próprio, ou quando seu consumo se dá em circunstâncias que não acarretem perigo concreto a outras pessoas, são condutas privadas, situadas na esfera individual, protegidas pela Constituição Federal brasileira em seu Artigo 5º X: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*.

Existem alguns poucos acórdãos que sustentam essa posição, porém a jurisprudência majoritária recusa o argumento do Princípio da Intimidade com base na alegação de que se trataria de um delito de perigo abstrato à saúde pública. Rodrigues (2006) ironiza o fato de os crimes de perigo abstrato estarem citados expressamente por Ferrajoli como característica de *modelos subjetivistas de Direito Penal autoritário*, uma vez que punem “puramente o desvalor social ou político da ação, para além de qualquer função penal da tutela” (FERRAJOLI *apud* RODRIGUES, 2006, p. 220). Segundo Rodrigues, a forma com que se pune o usuário não sanciona uma ação, mas uma personalidade, um estereótipo. Rodrigues chama este modelo de “tipo penal de autor”, característico de um Direito Penal autoritário, pois se pune por periculosidade social (RODRIGUES, 2006).

O crime de perigo abstrato, sozinho, viola os *princípios garantistas*, uma vez que presume o perigo e ainda impede que se prove o contrário, o que viola o *Princípio da Lesividade* ou da *Ofensividade*: é punida uma conduta sem que essa cause qualquer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. O *Princípio da Insignificância* deveria não só ser aplicado a pequenas quantidades de entorpecentes, como também a outros delitos leves. No Brasil, não são poucos os casos de pessoas presas por furto de bolachas de um supermercado ou enquadradas no crime de tráfico por portarem três pedras de crack. Quando ocorre quebra do Princípio da Insignificância, quebra-se também a estrutura do crime. A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos

bens jurídicos protegidos, e nem sempre a ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Se a violação do Princípio da Proporcionalidade contradiz os princípios de um Direito garantista e democrático, existe ainda o Princípio da Retributividade, violado simultaneamente ao haver desproporcionalidade e inadequação entre delito e pena. Quando se opta em punir a tentativa de cometer crime, os atos preparatórios e a consumação com sujeição constituem a mesma pena, embora sejam fundamentalmente diferentes, inclusive na gravidade (RODRIGUES, 2006).

Mesmo o princípio mais clássico do Direito Penal, o Princípio da Legalidade⁹, é colocado em xeque pela lei de drogas brasileira. Isto porque ela prevê normas penais em branco¹⁰ e ausência de descrição da conduta proibida com todas as circunstâncias.

Até a utilização da lei penal em branco, no caso da legislação antidrogas, desconsidera o critério da *lex certa* ou da taxatividade e, conseqüentemente, da legalidade, quando admite que uma portaria ou regulamento defina o objeto do ilícito. Mesmo com a alegada necessidade de flexibilização da norma proibitiva da lei de tóxicos, não se pode aceitar que o cidadão perca o direito de conhecimento prévio das proibições a ele dirigidas.

No mesmo sentido, a lei penal de tipo aberto, ou sem descrição típica precisa, viola o Princípio da Legalidade. É o que ocorria na Lei 6.368/76, em seu Artigo 12, § 2º, III. Ela equiparava ao tráfico “qualquer tipo de contribuição ao incentivo ou à difusão do uso ou do tráfico de entorpecentes”. Este exemplo demonstra o absurdo da total ausência de descrição dos elementos típicos necessários na legislação. Como consequência, diversos grupos musicais e artísticos foram processados por terem estimulado a discussão acerca da descriminalização da maconha. Até a defesa da utilização do cânhamo na fabricação de roupas e calçados por parte de empresas do setor foi entendida pela justiça como ilegal (RODRIGUES, 2006). A participação do então Ministro do Meio Ambiente, Carlos Minc, na “marcha da maconha”¹¹ de 2009,

⁹ Princípio da legalidade foi incorporado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), sendo um dos mais importantes instrumentos constitucionais de proteção individual, porque proíbe que a lei retroaja para punir crimes anteriores a ela; a utilização do costume como fundamento ou agravamento de crimes ou penas; o uso da analogia como método de criminalização ou de punição de condutas; e a indeterminação (leis amplas, vagas ou obscuras) dos tipos penais ou das sanções.

¹⁰ Normas penais em branco são aquelas que necessitam ser complementada para ter sentido, como a lei de drogas que define apenas condutas, necessitando de uma portaria do poder executivo com uma lista de quais são as substâncias entendidas como droga.

¹¹ Marcha a favor da legalização da *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, que é anualmente realizada em diversas capitais do Brasil.

o forçou a prestar esclarecimentos à Assembleia dos Deputados. Seus colegas entenderam que, ao expressar sua opinião publicamente, o Ministro fazia “apologia às drogas”. Assim, percebemos que a própria manifestação de pensamento é atingida pelos perigosos tipos penais abertos.

A justiça e o Direito Penal antidrogas brasileiros descartaram os princípios mais caros ao modelo garantista conforme elaborado por Ferrajoli. Isso, porém, não é tudo: as violações ficam mais notáveis quando é levada em conta a proibição de fiança; a prisão cautelar obrigatória; a proibição de apelar em liberdade; a progressão de regime por um sistema mais rigoroso (antes da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, nem mesmo se permitia a progressão); a impossibilidade de aplicação de pena alternativa em crimes de drogas. Todas violam os Direitos Constitucionais à Ampla Defesa, ao Duplo Grau de Jurisdição, à Presunção de Inocência, à individualização da pena, dentre outros (RODRIGUES, 2006).

É perceptível que há uma forte pressão midiática e um agigantamento da insegurança pública vinculado às drogas. E não só a elas. Vemos movimentos e projetos de lei para endurecer e penalizar cada vez mais condutas humanas. Lembremos do eterno retorno da discussão sobre a redução da capacidade penal.

Nota-se que o Legislativo tem usado esse medo coletivotante para ampliar seu poder de legislar (porém, com responsabilidade contestável), quanto, e principalmente, para produzir projetos de lei objetivando votos. Esse movimento é perceptível principalmente quando ocorre comoção social, como, por exemplo, no caso João Hélio¹². Diversos deputados e senadores conseguiram visibilidade pública através da mídia propondo reformas legislativas para reduzir a maioria penal.

¹²Criança arrastada pelo cinto de segurança durante o roubo de um carro por assaltantes menores de idade, ocorrido no dia 7 de fevereiro de 2007, na cidade do Rio de Janeiro.

5- Crítica à legislação antidrogas

O aumento contínuo e gradual tanto do consumo quanto do tráfico drogas aponta para a ineficácia de sua persecução. Segundo uma estimativa da ONU, os lucros decorrentes do tráfico de drogas no mundo alcançaram US\$ 322 bilhões em 2004, sendo que, em 2005, foi detectado um aumento na produção de cocaína no Peru e na Bolívia (RODRIGUES, 2006).

Percebemos que depois de quase um século de proibição das drogas não houve diminuição, mas um agravamento dos riscos à saúde de seus usuários: com a proibição, ele se afasta da sociedade e é estigmatizado¹³. A proibição impede o fortalecimento de políticas redutoras de danos, sem falar da interligação eterna entre a proibição das drogas e a corrupção e lavagem de dinheiro.

Os efeitos perversos da política antidrogas são potencializados no Brasil devido à forte desigualdade e exclusão social. No entanto, tais efeitos não devem ser vistos como um mero descuido, nem como decorrentes da má operação do sistema penal, mas sim, como Zaffaroni afirma:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (1991, p 17).

Entre os impactos sociais decorrentes da legislação antidrogas, são mais graves aqueles que implicam negativamente na saúde pública, no sistema jurídico-constitucional e na ótica socioeconômica.

No que se refere à saúde pública, nota-se uma total e completa ausência de controle sobre o conteúdo das drogas, podendo estas serem adulteradas e comprometerem ainda mais a saúde dos usuários. Rodrigues (2006) faz notar o alto nível de contágio pelo vírus HIV e outras doenças entre os usuários de drogas injetáveis que vivem na marginalidade; o contínuo enfrentamento do sistema penal pelos usuários e traficantes, mesmo à margem da lei e; por fim, o número de mortes decorrentes do tráfico e de sua repressão.

13 BARATTA, 2002, quando trata do *Labeling Approach*.

Nas questões jurídico-constitucionais, vê-se o reforço excessivo do sistema policial em detrimento do sistema judicial, bem como a utilização dos meios penais e processuais penais violadores de Princípios garantistas e constitucionais. As medidas de exceção que deveriam ser destinadas aos grandes traficantes, são destinadas aos pequenos e aos traficantes-usuários que, por serem selecionados pelo sistema penal, abarrotam as penitenciárias com a nefasta consequência da superlotação e desumanização das penas e do sistema penitenciário (RODRIGUES, 2006).

Sobre a problemática sócio-econômica, pode ser citado o aumento da vigilância, do controle e da violência imposta aos pobres, costumeiramente suspeitos de tráfico. Ao tráfico ainda se relaciona o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro, os altos preços derivados da ilegalidade, o aumento da corrupção, etc.. (RODRIGUES, 2006).

Esses poucos exemplos da ineficácia da legislação antidrogas resultam em uma expansão contínua do Direito Penal e, com isso, em uma flexibilização de princípios tão precisos e caros à nossa sociedade. A crítica à política antidrogas no Brasil deve ser interpretada também como uma crítica à atual política penal brasileira e aos objetivos reais do Direito Penal.

5.1. Objetivos reais do Direito Penal e Crítica à Política Penal

A definição dos objetivos reais do discurso jurídico, como ensina Cirino (2008), permite compreender o significado político do setor de ordenamento jurídico como o centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas.

O Direito Penal e o sistema de justiça criminal formam o centro gravitacional do controle social do Estado, tornando-se o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantido a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo.

Os objetivos declarados do Direito Penal, legitimados pelo discurso jurídico da igualdade, da liberdade, do bem comum etc., consistem na proteção de valores essenciais para a existência do indivíduo e da sociedade organizada, definidos pelos bens jurídicos protegidos nos tipos legais (CIRINO, 2008, p. 9-10).

É no processo de criminalização que a posição social dos sujeitos criminalizáveis revela sua função determinante. A variável aqui é a posição social dos indivíduos: selecionados por estereótipos, preconceitos e outros mecanismos ideológicos portados pelos agentes de controle social. Isso é menos importante do que a

gravidade do crime ou a extensão social do dano. Quando Baratta (2002) desmascara o Princípio da Igualdade, revela a natureza ideológica do Direito Penal. Isso é visível nos crimes previstos pelas leis antidrogas: ao se permitir uma total discricionariedade por parte da polícia na decisão de quem é o usuário e quem é o traficante, a seleção é feita sempre nos estratos sociais mais baixos, já que os grandes traficantes são protegidos por sua imensa capacidade financeira e conexões políticas.

Em países periféricos, a política criminal do Estado exclui as políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas capazes de reduzir as condições adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos Direitos de cidadania estruturantes do crime e da criminalidade. Desse modo, o que deveria ser uma política criminal do Estado é, na verdade, uma política Penal instituída pelo código Penal e leis complementares. Em última análise, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade são meramente as definições de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos na política penal do Estado que representam uma única resposta oficial para a questão criminal (BARATTA, 2002; CIRINO, 2008).

Seguindo o marco teórico da Criminologia Crítica, a análise da pena criminal não pode se limitar ao estudo das funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções declaradas ou manifestas da ideologia jurídica, muito pelo contrário. Segundo Cirino (2008), há a necessidade de se rasgar o véu da aparência das funções declaradas ou manifestas, para somente assim identificar as funções reais da aplicação penal. De um modo geral, as formas ideológicas de controle social possuem uma dimensão real pela qual a função de reproduzir a realidade é cumprida, e uma dimensão ilusória na qual ocultam ou encobrem a natureza da realidade reproduzida.

O Direito – ou a circulação – é intermediário necessário da produção capitalista, no qual nada ocorre, mas pelo qual tudo ocorre: a ideologia jurídica da proteção geral de sujeitos livres e iguais, vigentes na esfera do Direito-circulação-mercado, oculta a desigualdade das relações coletivas de produção (relação de classes), a coação das relações econômicas sobre o trabalhador e a exploração do trabalho pela apropriação de mais-valia, como trabalho não-remunerado. Essa relação entre aparência (liberdade e igualdade da esfera do Direito-circulação) e realidade (coação e exploração das relações de produção) explica as funções de mistificação (ou de representação ilusória) e de reprodução das relações sociais realizada pela ideologia: a aparência de igualdade e de liberdade do Direito-circulação reproduz a realidade da coação e exploração das relações de produção, que produzem aquela aparência (CIRINO, 2006, p. 99-100).

Ao trabalharmos com a crítica do discurso oficial que afirma o caráter retributivo da pena criminal, percebemos que a retribuição, como método de expiar ou compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença, e, assim sendo, um ato de fé, e não um ato democrático ou científico. Tampouco, a tese de uma culpabilidade de retribuição pode fundamentar a pena por si somente, pois a culpabilidade individual está ligada à existência de uma liberdade de vontade, cuja a impossibilidade se demonstrar se faz inadequada como único fundamento das teses repressivas (ROXIN, 1997).

En contra de la teoría de la retribución también hablan sus consecuencias indeseables desde el punto de vista de política social. Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia (ROXIN, 1997, p. 84-85).

Ou seja, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado não demonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade e presente nas fórmulas famosas como, por exemplo, o poder de agir de outro modo, de Welzel, a falha de motivação jurídica de Jakobs, ou mesmo a moderna dirigibilidade normativa de Roxin, não admite prova empírica (CIRINO, 2008). Sendo assim, a pena como retribuição se baseia no mito da liberdade, ou no religioso livre arbítrio, que é um pressuposto de culpabilidade do autor.

Já a crítica referente à prevenção especial positiva, funda-se na premissa de que a pena criminal preserva todos os direitos não atingidos pela privação de liberdade e afirma que programas de ressocialização devem respeitar a autonomia dos presos. Por isso, deveriam ser limitados aos casos individuais à disposição de autoajuda do encarcerado, considerando o fato de que não se pode mais aceitar a ideia de justiça restauradora, uma vez que qualquer livro de psiquiatria ou psicologia moderna revela a necessidade da aceitação do tratamento. O encarcerado, portanto, não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, e o Estado não possui direito de “melhorar as pessoas” segundo os seus próprios critérios morais (geralmente das classes hegemônicas).

Fica aqui demonstrado que a prevenção especial negativa é talvez a única fundamentada, pois ao neutralizar as pessoas selecionadas pelo sistema penal, impede-se que as mesmas voltem a cometer delitos. Cabe ressaltar, porém, o caráter

discriminatório e seletivo da justiça criminal; por mais que a neutralização funcione no caso individual, jamais terá efeitos em larga escala, pois além de não impedir que as pessoas não neutralizadas não cometam outros crimes, há ainda aquelas que passeiam livremente entre os limites da ilegalidade, ou seja, os criminosos políticos sistêmicos (geradores do conflito social). Mesmo supondo que as classes hegemônicas possam ser vítimas da criminalização secundária, nenhum órgão repressor do mundo terá condições de promover a persecução penal em 100%, devido à fração de cifra negra¹⁴.

No que se refere à prevenção geral negativa, destaca-se a ineficácia inibidora de comportamentos antissociais da ameaça penal, como indica a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e das nocivas penas privativas de liberdade do Direito moderno. Ou seja, se as pessoas tivessem medo da pena, deixaria de haver crimes; já na Idade Média, as pessoas sofriam martírios assustadores¹⁵ em praça pública. Na relação das drogas isso é tão visível empiricamente quanto na questão das penas, pois cem anos de proibição não impediram seu consumo ou tráfico. Quanto à pena, Foucault (1987) afirma que duzentos anos de prisão foram mais que suficientes para demonstrar sua inaplicabilidade e ineficiência perante os objetivos propostos. Portanto, talvez o único benefício que a proibição das drogas e a pena de reclusão trouxeram nesse tempo de existência, foi a própria experiência empírica da sua ineficácia.

A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do Direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu, que se privou do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente, como inútil, o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança. Daí que o passo da prevenção geral nunca seja de todo claro e que sempre encerre um conteúdo vingativo (ZAFFARONI, 2004).

Existem também dois obstáculos insuperáveis de prevenção geral negativa fundados na ameaça penal. Não existe um critério limitador da pena que transforma a prevenção geral negativa em verdadeiro terrorismo estatal, como indica a lei de crime de drogas e, em geral, a de crimes hediondos. Ademais, a natureza exemplar da pena com prevenção geral negativa viola a dignidade da pessoa humana, porque acusados reais são punidos de forma exemplar pra influenciar a conduta de acusados potenciais,

¹⁴ Cifra Negra segundo Cirino: “representa a diferença entre a *aparência* (conhecimento oficial) e a *realidade* (volume total) da criminalidade convencional, constituída por fatos criminosos não identificados, não denunciados ou investigados” (2006, p. 13)

¹⁵ Ver FOUCAULT (1987), ao relatar o Martírio de Damians.

ou seja, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.

Cabe ainda revelar a natureza real da retribuição penal nas sociedades contemporâneas, considerando que essas não apresentam resquício metafísico de expiação do mal injusto do crime pelo mal justo da pena, como pretendem os teóricos defensores da prevenção positiva geral e especial, muito menos ser explicada através de argumentos filosóficos do tipo imperativo categórico ou dignidade do ser humano, assim como não se confina aos argumentos legais da pena necessária e suficiente para reprovação do crime (CIRINO, 2008). Uma análise através da teoria criminológica materialista/dialética introduz uma explicação política da emergência histórica da retribuição equivalente como um fenômeno socioestrutural peculiar das sociedades capitalistas. A função de retribuição equivalente da pena criminal corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital-trabalho assalariado, na justificativa de uma forma de equivalência jurídica fundada nas relações de produção das sociedades capitalistas contemporâneas (PASUKANIS, 1989).

A explicação da retribuição equivalente da pena criminal inaugurada por Pasukanis inicia uma tradição no pensamento crítico em teoria jurídica e criminológica, na qual se insere contribuições fundamentais da teoria marxista sobre crime e controle social. Nessa tradição crítica, encontramos autores como Rusche/Kirchheimer em *Punishment and social structure*¹⁶, que formula a tese de que todo o sistema de produção tende a descobrir punições que correspondam às suas relações produtivas, demonstrando, assim, a relação de mercado de trabalho/sistema de punição. O trabalhador, então, integrado no mercado de trabalho, é controlado pela disciplinada fábrica, enquanto que o trabalhador fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão. Seguindo essa linha de raciocínio em relação ao mercado de trabalho/sistema de punição, percebe-se a seguinte lógica: se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, os métodos punitivos do sistema penal preservam a força de trabalho; se a força de trabalho excede as necessidades de mercado, os métodos punitivos do sistema penal destroem a força de trabalho (CIRINO, 2008). Da mesma forma, Foucault (1987), em sua obra *Vigiar e Punir*, define o sistema punitivo como fenômeno social concreto ligado ao processo de produção, menos pelos efeitos negativos da repressão do que pelos efeitos políticos positivos de

16 Punição e Estrutura Social.

dominação/exploração, originando uma economia política do corpo programada para produzir corpos dóceis e úteis como disciplina de força de trabalho.

(...) o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais. Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); *o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso* (FOUCAULT, 1987, p. 25-26).

Em seguida, Melossi/Pavarini, na célebre obra *Cárcere e Fábrica* (2006), trabalham e definem a relação entre o cárcere e a fábrica como a matriz histórica do capitalismo, demonstrando que a relação de trabalho da fábrica, principal instituição da estrutura social, depende da disciplina do sistema penal, principal instituição do controle social do capitalismo, para manter e reproduzir as relações sociais de dominação/exploração de classe, sendo a origem da prisão a produção de um novo tipo humano, o chamado capital variável, representado pelo trabalho assalariado. Outro referencial teórico fundamental foi o de Baratta (2002), na obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, a qual integra as contribuições da tradição materialista/dialética em uma concepção unitária de Criminologia Crítica para sociedade capitalista, mostrando a função de reprodução social do sistema Penal. Propõe, ademais, uma política criminal alternativa de redução do Direito Penal desigual e de ampliação da democracia real, cujo significado político aparece na perspectiva de abolição do sistema penal, condicionada à superação do capitalismo como modo de produção de classes (BARATTA, 2002; CIRINO, 2008; MELOSSI/PAVARINI, 2006).

Ao tratar da prevenção especial negativa, que funciona basicamente como uma garantia das relações sociais por neutralizar o condenado mediante a privação de liberdade (incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos) (CIRINO, 2008).

Tal argumento, torna-se fato incontestável, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão; de igual maneira possui aspectos contraditórios, como demonstra a moderna crítica criminológica. Podemos perceber que a privação de liberdade produz maior reincidência (portanto maior criminalização), seja pelos reais

efeitos nocivos da prisão, ou pelo controle seletivo fundado na prognose negativa da condenação anterior. A privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante desclassificação social objetiva, com redução das chances de futuro comportamento legal, bem como uma formação subjetiva de uma imagem de criminoso, portanto habituado à punição. A execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado. A subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que o excluem da reintegração social, e realiza a chamada *self fulfilling prophecy*¹⁷, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas. As prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle. Por fim, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labeling approach*¹⁸ (CIRINO, 2008).

A crítica criminológica, na função de prevenção especial positiva da pena criminal (baseada na justiça restaurativa e no problema individual do crime), é quem, empiricamente, pode constatar o fracasso histórico do projeto técnico-corretivo da prisão (BARATTA, 2002). E as distorções do projeto técnico-corretivo de prevenção especial positiva abrangem os momentos de aplicação e de execução da pena criminal.

A crise na aplicação da pena reside na contradição entre o discurso do processo legal devido e a realidade do exercício seletivo do poder de punir. Temos, por um lado, o discurso do processo legal devido, regido pela dogmática que vê o crime como realidade ontológica pré-constituída e tem um sistema de justiça criminal que identifica e processa. Por outro lado, temos a realidade do exercício seletivo do poder de punir, encoberta pelos discursos do processo legal devido, que permite compreender o crime

17 A profecia que se cumpre (tradução livre).

18 [Estigmatização social.](#)

como realidade social construída pelo sistema de controle social, bem como definir a criminalização como um bem social negativo distribuído desigualmente pela posição social do autor e identificar o sistema de justiça criminal como instituição ativa na transformação do cidadão em criminoso (CIRINO, 2008).

A crise da execução da pena como realização do projeto técnico-corretivo da prisão é inegável. E a explicação da crise é simples: a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de aculturação pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social e de aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a violência e a corrupção (ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão). Em poucas palavras, a prisão “prisionaliza” o preso que, depois de aprender a nela viver, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior (CIRINO, 2008). Esse processo simultâneo descrito por Baratta (2002) designa mecanismos de adaptação pessoal à cultura da prisão desencadeados pela rotulação oficial do cidadão como criminoso, que transforma sua autoimagem e deforma a personalidade do condenado, recondicionada como produto de nova (re)construção social e orientada pelos valores e normas de sobrevivência na prisão, como indica o *labeling approach*. Uma vez cumprida a pena, o retorno do condenado prisionalizado para as mesmas condições sociais adversas determinantes da criminalização anterior encontra um novo componente: a atitude dos outros. Sempre se conta com uma expectativa da sociedade com o fim de que o rotulado se comporte de acordo com o seu rótulo, ou seja, que ele assuma o papel de criminoso praticando novos crimes, acabando com as supostas possibilidades de reinserção social, completando o modelo sequencial de formação de carreiras criminosas. O condenado assume as características do rótulo, concretizando a previsão de autorrealização e confirmando a teoria da construção da personalidade no processo de interação social (BARATTA, 2002; CIRINO, 2008).

6- Conclusão

O estudo das políticas antidrogas, passando pelos objetivos das legislações penais e seus resultados é altamente polêmico, principalmente se considerarmos que este tema aciona regulamentações morais e religiosas. Buscando delimitar o tema, abordei a história da proibição das drogas para entender o que é a política proibicionista. Em seguida evoquei os discursos declarados ou oficiais do Direito Penal para entender a

política criminal antidrogas. Vimos então que a maioria dos autores reconhece como sendo o objetivo oficial do Direito Penal a proteção a um bem jurídico. Subentende-se, então, que uma conduta que não seja capaz de ferir um bem jurídico não pode ser considerada crime, no sentido axiológico da palavra. Roxin (1997) defende que a proteção do bem jurídico deve ter um caráter subsidiário, sendo necessário apenas ser defendido penalmente em *ultima ratio*. Do contrário, o Direito Penal assumiria um caráter moralizante, o que é incompatível com uma sociedade democrática de Direito. Porém, é exatamente este o problema verificado.

Sendo assim, podemos perceber que não existe uma intervenção mínima do Direito Penal na proteção de bens jurídicos, muito pelo contrário; a crítica demonstra que o que corre no Brasil não é propriamente uma Política Criminal, mas sim uma Política meramente penal, tornando o Código Penal um regulador das políticas de prevenção da criminalidade, ademais pela facilidade de se abordar problemas sociais com leis (muitas vezes ineficazes, porém impactantes midiaticamente) que impedem o uso de políticas sociais, educacionais, de emprego, entre tantas outras formas de se lidar com problemas sociais crônicos. A inabilidade dos políticos viola o caráter científico que deve haver na edição de uma lei. Ao se propor a proibição de qualquer ato, deve-se antes estudar profundamente o fato; caso não se tenha certeza, há, pelo menos, certa ideia do que será feito e quais serão os resultados. Nada disso, infelizmente, ocorre; existe uma alienação (voluntária ou não) por parte dos políticos, que somente trabalham com a expansão contínua do Direito Penal¹⁹.

Mesmos os objetivos ideológicos da repressão penal (repressão da criminalidade e ressocialização) se atingidos pelas críticas. Curiosamente, hoje não se discute mais a prisão como uma ferramenta de ressocialização (prevenção especial positiva), porém essa continua sendo um dos fundamentos do cárcere.

Mesmo o discurso mais clássico e básico da função de retribuição da pena se torna insustentável nos dias atuais. Duzentos anos de prisão nos ensinaram que o encarceramento só aumenta a reincidência, a estigmatização social (*labeling approach*), a criação de uma cultura criminosa, de grupos criminosos e a pressão social dentro da prisão para que o encarcerado se adapte aos novos códigos de convivência, assumindo o rótulo de prisioneiro. Alhures já disse que “É impossível não acabar sendo o que os outros querem que você seja”, isso é realmente demonstrado pela criminologia crítica.

19 Ver SILVA SANCHES, 2002.

A ideia de prevenção geral negativa tampouco é convincente; dados comprovam empiricamente que o problema da criminalidade nunca foi resolvido com prisão. Pelo contrário, nos países onde existe uma menor repressão punitiva e maior trabalho de inclusão, divisão de renda, etc., há uma crescente queda na violência. Isso é expressivo quando tratamos das drogas, pois além de a política proibicionista não conter qualquer categoria científica, (pois a repressão é baseada somente na moral da abstinência), ela não traz nenhum efeito positivo de resolução de conflitos. Pelo contrário, ela gera mais violência, mais corrupção.

Devido às características deste trabalho, foi-me permitido apenas discutir questões referentes às violações aos princípios basilares de um Direito democrático e garantista, nos moldes de Ferrajoli. Mesmo nessa simples análise, percebi uma aplicação do Direito Penal completamente distorcida do original.

Dessa guerra, quem se torna mais prejudicado são os cidadãos, que veem seus direitos (conquistados através de lutas, guerras e revoluções) tão caros à democracia e à justiça, serem rasgados como se fossem insignificantes, como se houvesse justificativa racional para tal fato.

Os Princípios Penais Constitucionais se veem violados no Brasil quando se fala em legislação antidrogas, por isso as críticas quanto ao proibicionismo (de influência norte-americana) se alastram cada vez mais pelo mundo. Porém, elas não se limitam a questões princípio-lógicas, pois brotam em outras questões e discussões sobre o assunto, principalmente acerca da eficácia em proteção ao bem jurídico tutelado. Como dito anteriormente, a única coisa boa que se pode retirar da proibição foi a nossa base empírica: os mais de cem anos de proibição apenas pioraram a situação.

Por fim, foi possível perceber através da criminologia crítica que o poder punitivo, pelo menos no Brasil, tem como resultado prático a manutenção do poder das classes hegemônicas. Esta última crítica foi crucial para a compreensão da aplicação de uma política penal em todos os seus âmbitos, percebendo-se, assim, que tal aplicação cumpre um objetivo ideológico de classes e repercute na lei antidrogas. Seguindo essa lógica, a lei anti-drogas torna-se um poderoso instrumento de controle social, manutenção do *status quo*, reproduzindo a violência e garantindo cada vez mais a divisão de classes e estratos sociais.

Referências bibliográficas:

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito direitopenal: introdução à sociologia do direito direitopenal*. 3ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECKER, Howard. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito direitopenal*. 13ed. v.1. Parte Geral. 5vols.. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CRESCEM mortes por uso indevido de medicamentos, álcool e drogas. 29 jul. 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL704844-5602,00-CRESCEM+MORTES+POR+USO+INDEVIDO+DE+MEDICAMENTOS+ALCOOL+E+DROGAS.html>>. Acesso em: 09 fev. 2011.
- DEL OLMO, Rosa. *La cara oculta de la Droga*. Bogotá: Temis, 1998.
- DEMO, Pedro. *Metodologia científica em Ciências Sociais*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 21ed. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 32ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: la identidad deteriorada*. 2ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.
- KUNZ, Ana; CARDINAUX, Nancy. *Investigar en derecho: guía para estudiantes y tesistas*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones; Facultad de Derecho; Universidad de Buenos Aires, 2005.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução: Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução: Paulo Bessa. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Eduardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. Bogotá : Temis, 1996.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Tese de doutorado. Faculdade de DireitoDireito, Universidade de São Paulo, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penalpenal: parte general, fundamentos*. La estrutura de la teoría del delito. Traducido por Miguel Díaz, García Conlledo y Javier de Vicente Remensal Diego-Manuel Luzón Peña. Madri: Civitas, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2ed. Curitiba: Lumen Juris/ ICPC, 2006.

_____. *Direito DireitoPenal: parte geral*. 3ed. Curitiba: Lumen Juris/ ICPC, 2008.

_____. *Teoria da pena*. Curitiba: Lumen Juris/ ICPC, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito direitopenal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

WACQUANT, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial, 2008.

ZACCONE, Orlando. *Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas?* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito DireitoPenal brasileiro: teoria geral do direito direitopenal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: REVAN, 1991.

_____. *Manual de direito direitopenal brasileiro: parte geral*. 5ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.