

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
ICPC – INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

O MODELO POLÍTICO-CRIMINAL DE DROGAS ADOTADO NO BRASIL

CURITIBA

2005

AUDREY SILVA KYT

O MODELO POLÍTICO-CRIMINAL DE DROGAS ADOTADO NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2005

AUDREY SILVA KYT

O MODELO POLÍTICO-CRIMINAL DE DROGAS ADOTADO NO BRASIL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Curitiba, _____ de _____ de 2005.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	01
1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICA CRIMINAL	03
2 COMPOSIÇÃO IDEOLÓGICA DA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL	06
2.1. A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL	06
2.2. A IDEOLOGIA DA SEGURANÇA NACIONAL	09
2.3. MOVIMENTOS DE “LEI E ORDEM”	11
3 O DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL SOBRE DROGAS NO SÉCULO XX	15
3.1. OS DISCURSOS CONSTRUÍDOS SOBRE AS DROGAS	15
3.2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL	16
3.2.1. Do Início do Século XX á Década de Sessenta	16
3.2.2. Década de Sessenta	21
3.2.3. Década de Setenta	24
3.2.4. Década de Oitenta	29
3.2.5. Da Década de Noventa á Atualidade	33
4 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NA ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	40
4.1. A LEI 6.368 DE 1976	41
4.2. CRIMES HEDIONDOS	52
4.3. CRIME ORGANIZADO	54
4.3.1. O Discurso Sobre o Crime Organizado	54
4.3.2. A Lei 9.034 de 1995	60
5 PROPOSTAS ALTERNATIVAS EM MATÉRIA DE DROGAS	64
5.1. AS CONSEQÜÊNCIAS DO MODELO REPRESSIVO	64
5.2. POLÍTICAS CRIMINAIS ALTERNATIVAS AO MODELO REPRESSIVO	70
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

RESUMO

O modelo político-criminal de drogas, de cunho repressivo, adotado no Brasil provém da submissão do país ao processo de transnacionalização do controle social, capitaneado pelos Estados Unidos da América, através de tratados internacionais e da exportação de discursos e estereótipos. Dessa maneira, a política penal no Brasil está conformada sobre as bases autoritárias da ideologia da Defesa Social, da ideologia da Segurança Nacional e dos movimentos ou campanhas de “Lei e Ordem”. Tal política se concretiza na vigente legislação de drogas. A Lei 6.368/76, aliada às Leis 8.072/90 e 9.034/95, com o fim de tutelar a saúde pública, acaba por lesionar princípios constitucionais e da teoria do direito penal. A submissão do Brasil à globalizada política proibicionista de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de drogas, vulnera princípios essenciais do Estado de Direito, provoca a violência institucional e é causadora de graves danos associados àquelas substâncias tornadas ilícitas. É indispensável o rompimento com o modelo repressivo de drogas adotado no Brasil, através da descriminalização, e a adoção de políticas criminais alternativas, tais como programas de redução dos danos eventualmente causados pelo consumo abusivo de qualquer substância psicoativa, visando efetivamente preservar e proteger a saúde pública.

Palavras-chave: drogas, política criminal, controle social, discursos, estereótipos, proibicionismo, descriminalização.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a questão das drogas, a criminalização ou não de seu consumo e comércio, é um dos temas mais polêmicos do direito penal. Os danos sociais decorrentes da qualificação de determinadas substâncias como ilícitas estão demonstrando que abordagem repressiva tem falhado. Recentemente, o tema ganhou destaque nos meios de comunicação com a divulgação pela Universidade de Harvard de um estudo segundo o qual os Estados Unidos da América economizariam quatorze bilhões de dólares se a maconha fosse legalizada.

O estudo de presente tema terá como base a pesquisa bibliográfica interdisciplinar nas áreas penal, criminológica e sociológica, de forma que não se pretende a análise meramente exegética e sistemática da legislação de drogas vigente no Brasil.

Trabalha-se com a hipótese de que há um modelo político-criminal de drogas no país, mas que melhor seria denominado de político-penal, uma vez que se concentra nos aparelhos estatais de controle social.

Em primeiro lugar, tratar-se-á do substrato ideológico da política de drogas adotada no Brasil. A importância desta análise está em entender as razões da adoção no país de um modelo político-criminal repressivo em matéria de drogas. Este substrato ideológico é composto pela ideologia da Defesa Social arraigada na dogmática penal tradicional, pela ideologia da Segurança Nacional que promoveu uma militarização da segurança pública e pelos movimentos de “Lei e Ordem” que instrumentalizam aquelas ideologias em termos de plano de ação.

Em segundo lugar, cabe uma breve análise histórica da criminalização das drogas no Brasil, ocorrida a partir do século XX, de forma a perceber que o modelo repressivo brasileiro sempre atuou consoante às tratativas e orientações dos organismos internacionais. Estes através de seus “especialistas” promoveram a difusão de discursos e estereótipos que permitiram a construção do “mito da droga”.

Na sequência, pretende-se uma análise pontual da legislação de drogas no Brasil. Em direito penal material a lei que descreve as condutas relacionadas às drogas é a 6.368 de 1976. Cabe aqui ressaltar que a análise desta lei ficará restringida aos arts. 12 e 16 que criminalizam as principais condutas relacionadas às drogas, o tráfico e a posse para uso próprio de “substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.

Aliadas à Lei 6.368/76, estão as Leis 8.072/90 e 9.034/95 que ocasionaram um recrudescimento no tratamento às condutas relacionadas às drogas. A primeira rotulou o crime de tráfico de drogas de crime hediondo, lesionando uma série de direitos e garantias fundamentais dos agentes envolvidos com o referido delito. A segunda criou o delito autônomo de “organização criminosa”, cuja ênfase no presente estudo decorre da constatação de que a principal modalidade de crime organizado a ser atingida pela lei é o tráfico de drogas.

Por fim, confrontar-se-á o modelo repressivo vigente com a proposta da criminologia crítica de criação de políticas criminais alternativas.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICA CRIMINAL

A expressão política criminal é empregada desde o século XVIII. Conta Salo de Carvalho (1997, p. 12) que o saber denominado política criminal surge na segunda metade do século XVIII na Itália, principalmente através da publicação da obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Beccaria, na qual este indagava quais seriam as formas eficazes de prevenção do delito e o conteúdo legislativo para alcançar tal finalidade¹. Esse questionamento “projeta a teoria do direito penal, até então meramente descritivo e submisso às funções declarativas, à ênfase projetiva” (CARVALHO, 1997, p. 12).

Já no século XIX, Feuerbach, citado por Salo de Carvalho (1997, p. 13), define a política criminal como “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime.”

Mas será Franz von Liszt, no início do século XX, que determinará as balizas, o ponto limítrofe e a autonomia entre direito penal e política criminal. Em Liszt se encontra a noção de política criminal cientificamente orientada, segundo o qual a aplicação da pena deveria corresponder à personalidade do delinqüente, ou seja, é neste autor que a política criminal se torna autônoma enquanto ciência. Para ele, a política criminal traria princípios e diretrizes para o entendimento da complexa e mutável vida social e teleologia da legislação penal. Sendo assim, a crítica da legislação penal vigente, à luz dos fins do direito penal e da pena, e proposições para a reforma do Direito Penal atual seriam as duas funções mestras desta ciência (CARVALHO, 1997).

Das primeiras noções de Política Criminal (Beccaria e Feuerbach) e sua independência científica (Rocco e, principalmente, Liszt), obtemos algumas premissas estruturantes, as quais serão fundamentais para a visualização dos hodiernos movimentos. Primeiramente, percebemos a importância da crítica de *lege lata*, seus diagnósticos e projeções que deverão estruturar o câmbio legal. Em segundo lugar, notamos caráter eminentemente preventivo e, finalmente, a noção restritiva aos aparelhos formais de controle (estatais) à repressão (combate) da delinqüência (situações definidas em lei) (CARVALHO, 1997, p. 15).

Percebe-se, nesse sentido, a estreita ligação entre os aparelhos repressivos e ideológicos do Estado e política criminal. Esta exprime somente uma orientação dada pelos

¹ “É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhe possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência” (BECCARIA, 2004, p. 101).

responsáveis políticos aos aparelhos repressivos dentro da situação legislativa do momento, que, por sua vez, é produto de uma decisão política dos grupos que exercem o poder (democraticamente ou não), em cada momento histórico (DIMOULIS, 2000). O Estado pretende monopolizar toda e qualquer forma de reação ao delito e necessita da política criminal para orientá-lo na criminalização, repressão e prevenção de condutas. Portanto, na concepção tradicional, política criminal será definida como “os princípios e recomendações para a reação ao fenômeno delitivo, através dos instrumentos estatais (aparelhos de Estado)” (CARVALHO, 1997, p. 15).

A concepção tradicional de política criminal sofreu um grande abalo a partir das concepções críticas e do estudo do sistema penal decorrente das correntes do paradigma da Reação Social. Através delas percebe-se que o monopólio reativo contra o delito não se reduz apenas ao âmbito estatal, mas sim a toda estrutura social, e com isso propõe-se a criação de modelos alternativos de controle social.

Entende Nilo Batista (1997) que na expressão política criminal, para evitar distorções idealistas, deve ser incluído o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidiana não só dos critérios diretos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação.

No mesmo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni (2003, p. 275) entende que:

(...) não se pode falar em política criminal sem levar em conta o modo de exercício *real* do poder punitivo, pois seria absurdo que essa política se limitasse a precisar as disposições que o legislador deve plasmar na lei, como se atuasse à margem das características estruturais e eventuais (concretas) de um sistema penal determinado e segundo as quais será concretamente exercido o poder punitivo que tais normas habilitam.

Impõe-se, na lição de Alessandro Baratta (2002), uma distinção entre política penal e política criminal, entendendo-se a primeira como uma resposta à questão criminal circunscrita no âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Para ele, “entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado” (BARATTA, 2002, p. 201).

Observa Juarez Cirino dos Santos (2005) que no Brasil e, de modo geral nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade. No Brasil, o que deveria ser política criminal é, na verdade, política penal.

Feitas estas considerações, cabe assinalar que o presente estudo trabalha com a hipótese de que existe em nosso país um modelo político de repressão às drogas, de caráter evidentemente jurídico-penal.

Juarez Cirino dos Santos (1984) alerta para o fato de que nas sociedades capitalistas (fundadas na propriedade privada dos meios de produção, e, portanto, na divisão entre proprietários do capital e proprietários da força de trabalho) a análise das formas superestruturais do direito e do Estado deve sempre distinguir as aparências generalizadas das realidades ocultas sob as aparências.

Freqüentemente, os pesquisadores que procuram criticar o modelo repressivo e preventivo adotado no Brasil argumentam não existir programas e ainda menos uma política de drogas. No entanto, quando se identifica a real função dessa política, observa-se que há efetivamente um modelo de controle às drogas, que dependente das articulações internacionais, gera uma política penal beligerante e genocida.

2 COMPOSIÇÃO IDEOLÓGICA DA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL

No Brasil, a política criminal (ou penal), particularmente a política criminal de drogas, advém de processo de transnacionalização (globalização) do controle social² e potencializa-se, no país, por tríplice base ideológica: Defesa Social e Segurança Nacional, enquanto ideologias em sentido negativo, e pelos Movimentos de “Lei e Ordem”, entendidos como ideologia em sentido positivo³ (CARVALHO, 1997).

2.1. A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

A política criminal de drogas adotada no Brasil coaduna-se com a ideologia da Defesa Social em nível dogmático.

A ideologia da Defesa Social nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, assumindo o predomínio ideológico na ciência penal. Nasce como sistema de controle social de reação contra a criminalidade.

Conta Alessandro Baratta (2002) que as escolas positivistas herdaram-na da Escola Clássica (Beccaria e Carrara), transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade com as exigências políticas que assinalavam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social. Tal ideologia seria o ponto de chegada de uma longa evolução do pensamento penal e penitenciário.

A Defesa Social reivindica o mérito de haver libertado a política criminal das velhas interpretações transcendentais e míticas e de a haver reconduzido a uma prática científica através da qual a sociedade se defende do crime. É por isso uma ideologia extremamente sedutora no sentido de que é capaz de enriquecer o sistema repressivo com legitimidade e cientificidade. Dessa forma, o sistema penal pode justificar-se em termos de “defesa

² Na perspectiva das teorias conflitivas, o controle social visa favorecer os interesses da minoria que detém o poder e a riqueza. O controle social denota uma preocupação em condicionar as pessoas para aceitarem a distribuição desigual dos recursos sociais, apresentando a ordem social como “justa” e intimidando quem a coloca em dúvida (SABADELL, 2002).

³ O termo ideologia, segundo o criminólogo Alessandro Baratta (2002), em um significado positivo se refere aos ideais ou programas de ação; em um significado negativo, se refere à falsa consciência, que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções diversas das realmente exercidas.

necessária”, pois protege os interesses sociais gerais da agressão de uma minoria criminosa (PAVARINI, 1998).

“O conceito de Defesa Social corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e aistórica da sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses” (BARATTA, 2002, p. 47).

A ideologia da Defesa Social além de conquistar o predomínio na ciência jurídico-penal foi apropriada pelo senso comum (*every day theories*), perfazendo o consenso do homem de rua sobre a criminalidade e a pena.

Adotando-se a lição de Alessandro Baratta (2002, p. 42-43), a ideologia da Defesa Social pode ser resumida em uma série de princípios:

- a) *Princípio de legitimidade.* O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e normas sociais.
- b) *Princípio do bem e do mal.* O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) *Princípio de culpabilidade.* O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) *Princípio da finalidade ou da prevenção.* A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente.
- e) *Princípio de igualdade.* A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- f) *Princípio do interesse social e do delito natural.* O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns de todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).

Esta ideologia, dominante na dogmática penal até nossos dias, tem a função de justificar e racionalizar o sistema de controle social, mais especificadamente o sistema penal de cunho repressivo.

A estrutura principiológica da ideologia da Defesa Social permitiria, assim, função legitimadora do *establishment*. Legitimaria o Sistema Penal – racionalizado pelo discurso oficial das instituições – induzindo o consenso no qual o Estado, através do legislativo, tutelaria bens jurídicos universais e monolíticos, compartilhados por toda a sociedade de determinado local, em determinada época; e instrumentalizaria os aparelhos repressivos, determinando atuação letal que visa a manutenção da estrutura

hierarquizada e seletiva, a partir da atuação do modelo repressivo (CARVALHO, 1997, p. 137).

Juarez Cirino dos Santos (1984, p. 48), percebe, com nitidez, que o sistema de imposição da ideologia da Defesa Social está inserido no processo de transnacionalização das relações de produção, e conseqüentemente, do controle social:

Na época da transnacionalização das relações de produção e de comercialização, com a formação dos monopólios e a hegemonia econômica e política de países imperialistas em escala universal, e correspondentes problemas de controle social e criminal nas áreas de atuação do capital internacional, a ideologia da Defesa Social foi oficialmente institucionalizada através da criação da “Seção de Defesa Social das Nações Unidas”, preocupada, exclusivamente, com a temática da “prevenção do delito e do tratamento do delinqüente”, realizando congressos internacionais quinquenais, o primeiro em Genebra, em 1950, e o último em Caracas, em 1980.

Consolidou-se, no período pós-guerra, um movimento político criminal conhecido como “Defesa Social” (Filippo Gramatica) e, depois, como “Nova Defesa Social” (Marc Ancel). Este movimento se instrumentalizou através da ideologia da Defesa Social e com esta, no entanto, não pode ser confundido, apesar de trabalharem com os mesmos pressupostos e princípios.

Salienta Salo de Carvalho (1997) que apesar da mesma nomenclatura atribuída à ideologia e ao movimento, estes apresentam diferenças fundamentais. A ideologia da Defesa social nasce com o direito penal moderno (estabelecendo os consensos sobre crime e criminalidade dentro e fora do sistema penal), enquanto o movimento da Defesa Social se consolida na década de quarenta. Ainda, o movimento rejeita as premissas periculosistas da ideologia, apresentando-se, na maioria das vezes, como solução inovadora e humanista, quando, na verdade, é a exteriorização da ideologia presente desde a formação do direito penal como ciência.

Este movimento postularia um novo modelo integrado de ciências criminais: enquanto a criminologia investigaria a ação criminosa como fenômeno individual e social, o direito penal estabeleceria regras de interpretação e aplicação. A política criminal apareceria como ciência capaz de organizar e dar diretrizes aos legisladores, juizes ou ao sistema penitenciário na reação contra o crime.

No entanto, como afirma Alessandro Baratta (2002), o encontro do direito penal com a mais avançada criminologia e teoria social não teria ocorrido, apesar da afirmação de um novo modelo de ciência penal integrada. Para o criminólogo, na realidade, em todas as

edições de um modelo integrado de ciência penal não se encontra alguma alternativa crítica, mas somente uma modificação ou aperfeiçoamento da ideologia da Defesa Social.

Esta não só não resulta prejudicada, mas acima de tudo, vem reafirmada nestas escolas, em todo o seu alcance, tanto no sentido da ideologia positiva (programa de ação) quanto, e principalmente, no sentido de ideologia negativa (falsa consciência, idealizações misticantes das funções reais dos institutos penais) (BARATTA, 2002, p. 46).

Ainda, os objetivos desse movimento ao propor uma “política criminal humanizadora” através da prevenção do crime (prevenção geral) e da ressocialização (prevenção especial positiva) do criminoso, situam-se, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, no plano de um “idealismo moral”:

Uma política criminal de “proteção da sociedade contra o crime”, com o foco dirigido para o indivíduo criminoso submetido à remoção, segregação, cura e educação, sob o fundamento do estado “perigoso”, mesmo que acene com um Direito Penal “humanizado” pela “ciência do crime e do criminoso”, não deixa de constituir a forma mais exacerbada da violência repressiva, como “defesa social” da ordem capitalista. Dourar a pílula como fez M. Ancel ao caracterizar a política criminal preventiva (elemento central do defensivismo) como “humanismo científico”, porque subordinado à lei e à justiça e enraizado na criminologia antropológica e sociológica, não altera o significado repressivo de uma política criminal definida como “profilaxia do crime”, orientada pelo estado de “perigosidade” do indivíduo, mas que, na verdade, protege e reproduz uma *ordem social criminosa* contra medidas estruturais efetivamente “profiláticas”, capazes de erradicar as injustiças e desigualdades sociais, bases permanentes (e intocadas) de produção e reprodução do crime, a resposta dos “resistentes”, irracional e inadequada (mas inevitável), em face de condições sociais adversas, que só podem ser transformadas pela ação coletiva organizada do conjunto das classes trabalhadoras (SANTOS, 1984, p. 51).

2.2. A IDEOLOGIA DA SEGURANÇA NACIONAL

A ideologia da Segurança Nacional manifestou-se mais fortemente na América Latina a partir da década de sessenta. No Brasil, a ideologia foi elaborada pela Escola Superior de Guerra, fundada em 1949, sob a inspiração do *National War College* e com a ajuda de uma missão militar norte-americana. O autoritarismo dessa ideologia foi expressamente adotado na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar.

Esta ideologia teve, a princípio, como objetivo específico a eliminação do denominado “inimigo interno” (o subversivo que questiona a ordem posta), mas associada à ideologia da Defesa Social passou a visar o “combate” a toda criminalidade.

Enquanto a ideologia da Defesa Social tem como objetivo uma política penal através da prevenção do crime (prevenção geral) e da ressocialização (prevenção especial positiva) do criminoso (princípio da finalidade ou da prevenção), a ideologia da Segurança Nacional tem por fim evidente a neutralização do criminoso (prevenção especial negativa).

Segundo Salo de Carvalho (1997), a potencialidade transnacional de ambas as ideologias propiciou que ocorresse, a partir da década de setenta, total agregação dos modelos jurídicos penais ao “sistema de guerra” direcionado à eliminação da criminalidade (comum ou política).

A ideologia da Segurança Nacional teve a sua gênese no período pós-guerra, com a instauração da Guerra Fria e a divisão do mundo em dois pólos, capitalista e socialista. Através da noção de bipolaridade, constrói-se a categoria geopolítica. Com a divisão do mundo em dois poderes antagônicos, a América Latina deveria inevitavelmente se integrar a um destes.

Conceitos como geopolítica e bipolaridade estão centrados na razão principiológica maniqueísta (princípio do bem e do mal) da ideologia da Defesa Social. “Contudo, enquanto na Defesa Social o antagonismo se reflete na separação entre indivíduos (criminosos e cidadãos), para a ideologia da Segurança Nacional, são diametralmente opostas nações e blocos políticos” (CARVALHO, 1997, p. 145).

Nesse sentido, a visão de um mundo dividido em pólos antagônicos é incorporada pela América Latina e aplicada no panorama interno:

Além da avaliação da existência de um inimigo externo, que pretende corromper a ‘democracia’ e os valores morais e cristãos da sociedade nacional, haverá, indubitavelmente, um inimigo interno, com as mesmas intenções, que também deve ser eliminado (CARVALHO, 1997, p. 145).

A política criminal baseada na ideologia da Segurança Nacional se caracteriza pela transferência de conceitos próprios do direito penal militar para o direito penal comum. Dois deles se tornam fundamentais: “segurança nacional” e “inimigo interno”.

Se o Princípio do bem e do mal é potencializado com a divisão da sociedade entre subversivos e defensores da Nação, através da Doutrina da Segurança Nacional, a idéia de modelo unívoco de valores maximiza os princípios da culpabilidade, legitimidade, interesse social e delito natural, estabelecendo Política Criminal beligerante, estruturada a partir da idéia de guerra total – interna e externa (CARVALHO, 1997, p. 148).

Apesar da ideologia da Segurança Nacional ter se manifestado mais fortemente no contexto do regime político militar, sua influência encontra-se arraigada no modelo político criminal adotado em nosso país na atualidade.

O discurso de combate ao inimigo interno pelas Forças Armadas foi incorporado pela polícia militar e civil. No regime político ditatorial, os militares passam a manter o controle e subordinar as polícias dos estados-membros, antes subordinadas ao poder dos governos estaduais. A formação do policial civil e militar seguia, e ainda segue, processo pedagógico similar ao das Forças Armadas, baseado, fundamentalmente, na hierarquia e disciplina.

Neste sentido, “as policias tornam-se aparelhos repressivos do Estado e sub-aparelhos das Forças Armadas, reproduzindo a ideologia militarizada inscrita na Doutrina da Segurança Nacional” (CARVALHO, 1997, p. 151).

A consequência deste modelo repressivo bélico é o estabelecimento de um sistema penal de caráter beligerante na América Latina.

2.3. MOVIMENTOS DE “LEI E ORDEM”

“Lei e Ordem” consistiria em um dos contemporâneos movimentos de política criminal ou uma ideologia em sentido positivo (programa de ação), cuja influência se manifesta fortemente na esfera legislativa.

É modelo político autoritário que vê na implementação de estatutos penais e penalidades severas, as quais restringem direitos e garantias constitucionais (devido processo legal, presunção de inocência *et coetera*) o instrumento eficaz para conter a ação dos criminosos que ousam desrespeitar a lei e harmonia social resgatada pelo Estado Democrático de Direito (CARVALHO, 1997, p. 153).

Para os defensores dos movimentos de “Lei e Ordem”, a sanção penal traduz-se no remédio necessário de todos os males. Pugnam, portanto, pela criminalização de condutas e por medidas repressivas cada vez mais severas.

Tais movimentos instrumentalizam-se a partir do *mass media* (ou meios de comunicação de massa), nos quais encontram sua principal arma de produção de consenso, no que diz respeito aos malefícios ocasionados pela criminalidade e a necessidade de desenvolver e maximizar o sistema criminal, assim como na produção e reprodução de estereótipos criminais (CARVALHO, 1997).

É incontestável a enorme importância que tem a opinião pública nos processos de criminalização e descriminalização de condutas.

Segundo Alessandro Baratta (2002) o conceito de opinião pública, em sentido amplo, refere-se, antes de tudo, aos estereótipos de criminalidade, às definições e às “teorias de senso comum” sobre aquela. Estes processos ativam os processos informais de reação ao desvio e à criminalidade e, em parte, integram os processos ativados pelas instâncias oficiais, concorrendo com estas para realizar os seus efeitos.

A opinião pública não se constrói livremente. Como a representação que o sujeito tem do mundo exterior é reflexo do modo como ele o conhece, na sociedade moderna, em que a principal maneira de conhecer o mundo exterior é através do *mass media*, as informações obtidas através destes são o principal elemento de construção da “realidade” social do indivíduo.

A sociedade atual trocou a comunicação entre pessoas pela comunicação pelos meios eletrônicos, os quais se limitam a proporcionar uma falsa realidade. Eles não informam sobre o mundo, eles o refazem à sua maneira, “hiper-realizam” o mundo, transformando-o num espetáculo (J.F. SANTOS, 2000). Muitas vezes, ainda, descontextualizam os fatos e os recontextualizam na informação, assim como selecionam aqueles que irão chegar ao público.

Em relação às drogas o *mass media* não atua de forma diferente, propagando os discursos e os estereótipos da droga, que legitimam a concentração do sistema penal nos grupos mais vulneráveis da sociedade. A imagem consensualmente elaborada do sistema de drogas caracterizar-se-ia por quatro elementos:

- a) existência de vínculo necessário entre consumo e dependência;
- b) localização sistemática dos ‘adictos’ em sub-culturas que compartilham de sentido diverso e alterado da realidade;
- c) o comportamento dos integrantes da (sub) cultura isolando-os da vida produtiva e inserindo-os em carreiras criminais; e,
- d) irreversibilidade no que tange à dependência (CARVALHO. 1997, p. 72).

Não se pode esquecer que a imprensa moderna escrita, oral ou televisiva é uma atividade empresarial e, portanto visa o lucro. Nesse sentido, o apelo sensacionalista e folhetinesco das notícias sobre crimes é encarado como um modo de aumentar a audiência e conseqüentemente a sua lucratividade.

Os meios de comunicação, especialmente a televisão, são hoje elementos indispensáveis para o exercício do poder coercitivo do sistema penal. Eles propagam a ideologia dominante, que legitima o sistema penal, perpetuando uma imagem fictícia

dominada pelo mito da igualdade. Além disso, potencializam a idéia de que o sistema penal repressivo é a forma resolutive por excelência.

Segundo Raúl Cervini (1994) pode-se detectar efeitos nacionais e transnacionais na atuação do *mass media*.

A nível transnacional, o *mass media* teria como função principal a reprodução da crença no sistema penal como solução mais eficaz para a criminalidade. E, ainda:

- Crea demandas de rol dirigida a los miembros de las agencias penales nacionales que nada tienen que ver con su realidad.
- Genera cierta sensación ambiental de inseguridad ciudadana (potencialmente utilizable internamente en Campañas de Ley y Orden).
- Promueve el deterioro de determinados valores vinculados a los Derechos Humanos y sus garantías, y un enfoque maniqueísta de la realidad (CERVINI, 1994, p. 40).

Nas conjunturas nacionais, os meios de comunicação de massa são os encarregados de gerar a ilusão de eficácia do sistema penal, ou a sensação de desamparo na população, conforme o caso. Os instrumentos empregados para isso, segundo Raúl Cervini (1994, p. 40-41) são:

- Campañas de distracción, por medio de las cuales algunos medios procuran focalizar la atención de la opinión pública en hechos desviados aislados, para desplazar el centro de interés de la crisis estructural política o económica.
- Campañas conformadoras del estereotipo del criminal, sobre la base del hombre joven marginado.
- Campañas de Ley y Orden. Por su intermedio se canaliza el sentimiento de inseguridad ciudadano cuando el poder de las agencias está amenazado (recortes presupuestales, cambios de jurisdicción operativa), o cuando está próximo un quiebre institucional y se procura generar la necesidad de “orden y seguridad”, cualidad que se auto-atribuyen los regímenes con vocación totalitaria, por el sencillo expediente de la desaparición de las noticias.

Os meios de comunicação de massa promovem a difusão incontrolada de delitos como latrocínios, estupros, homicídios, chacinas etc., com o fim de gerar na sociedade uma sensação de total insegurança. O temor e a insegurança gerados nem sempre tem por base fatos concretos, mas são baseados em uma percepção subjetiva de ameaça pela coletividade. Sentimentos estes, que em situações de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas através das campanhas de “Lei e Ordem”.

A insegurança pública tem o efeito de propiciar uma solução punitiva ou simplesmente precipitar a aprovação de reformas legislativas de caráter cada vez mais repressivo, o que torna o *mass media* instrumento fundamental dos movimentos de “Lei e Ordem”.

Os Movimentos de “lei e ordem”, segundo Salo de Carvalho (1997), são os instrumentalizadores positivos, no sentido de plano de ação, das ideologias negativas, ocultadoras (Defesa Social e Segurança Nacional), que perfazem o modelo político-criminal no Brasil.

3 O DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL SOBRE DROGAS NO SÉCULO XX

3.1. OS DISCURSOS CONSTRUÍDOS SOBRE AS DROGAS

Adotar-se-á a lição de Rosa Del Olmo que, na obra “A face oculta da droga”, trabalha com os discursos construídos em torno da droga. Os vários discursos construídos, por sua vez, permitiram a criação estereótipos.

Na lição de Carlos Gonzáles Zorrilla, citado por Rosa Del Olmo (1990, p. 23), haveria, a princípio, três diferentes discursos sobre as drogas: o médico, o cultural e o moral.

O discurso médico, produto da difusão do modelo médico sanitário, considera o drogado como doente e a droga como uma epidemia, criando o estereótipo médico da dependência. A droga seria um problema de saúde pública.

O discurso cultural, difundido especialmente pelos meios de comunicação, cria o estereótipo do jovem drogado que se opõe ao consenso.

O discurso moral cria o estereótipo ético-moral ao qualificar o consumidor de drogas de “viciado” ou “ocioso”, conforme o caso, e a droga como “prazer proibido”, “veneno da alma”.

Esses três estereótipos dirigem-se fundamentalmente ao consumidor. Eles se reforçam com o discurso jurídico, o qual designa todas as drogas, assim como quem as consome e as trafica, como “perigosas”, minimizando suas importantes diferenças. Ao mesmo tempo, legitima a diferença entre “o bem e o mal” ao declarar ilegal apenas a conduta que tenha a ver com a droga definida por esse mesmo discurso como ilegal, não por suas qualidades farmacológicas, mas porque se percebe como ameaça sócio-ética, apesar de no fundo a razão real de sua ilegalidade ser econômica (OLMO, 1990).

Cria-se, com o discurso jurídico, através das legislações sobre drogas, o estereótipo criminoso, que, na atualidade, se converteu em estereótipo político-criminoso ao utilizar o discurso político para legitimar-se (produto da difusão do modelo geopolítico).

A criação de estereótipos é o melhor meio de expressão do controle social informal, tão necessário para legitimar o controle formal, cuja maior expressão é o direito penal. Os estereótipos servem “para organizar e dar sentido ao discurso em termos dos interesses das ideologias dominantes; por isso, no caso das drogas se *oculta* o político e econômico, dissolvendo-o no psiquiátrico e individual” (OLMO, 1990, p. 25).

Os estereótipos criados no imaginário coletivo constituirão o principal critério seletivo da criminalização secundária, ou seja, da ação punitiva realizada sobre pessoas concretas pelas agências policiais, judiciais e penitenciárias.

A existência de vários discursos em torno das drogas, revela que o controle social sobre drogas exerce funções latentes, diferentes das funções socialmente declaradas.

Referidos discursos conviveram na história do século XX, o que significa que o predomínio de um deles em determinada época, não exclui a presença dos outros em menor intensidade.

3.2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL

3.2.1. Do Início do Século XX à Década de Sessenta

A drogas somente foram objeto de criminalização a partir do século XX. Até então, o uso e a comercialização da maioria das drogas era legal em quase todo o mundo.

No Brasil independente a primeira disposição expressa sobre a proibição de alguma substância tóxica é encontrada no Código Penal Republicano de 1890. Era considerado delito “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários” (CARVALHO, 1997), o que já consagrava a norma penal em branco a ser complementada por regulamentos sanitários expedidos pelo Poder Executivo.

No início do século, o consumo de ópio e haxixe no Brasil, principalmente pelos intelectuais, seguindo o exemplo europeu, incentivou a criação de medidas legislativas que regulamentassem o uso e a venda de tais substâncias.

Logo, em 1912, o Brasil subscreveu o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia, sendo que o Decreto 2.861 de 1914 sancionou a Resolução do Congresso Nacional que aprovara a adesão. Em 1915, pelo Decreto 11.418 que mencionava “o abuso crescente do ópio da morfina e seus derivados, bem como da cocaína” o Presidente Wenceslau Braz determinava a observância da Convenção (N. BATISTA, 1997, p. 131).

Segundo Nilo Batista (1997) é nessa ocasião que a política criminal brasileira de drogas começa a adquirir uma configuração definida, na direção de um modelo que chama de “sanitário”, e que prevaleceu por meio século.

Em 1921, o Decreto legislativo 4.294 revogaria o artigo 159 do Código Penal de 1890 para introduzir a hipótese na qual “a substância venenosa tiver qualidade entorpecente, como o ópio e seus derivados, a cocaína e seus derivados” (*apud* N. BATISTA, 1997). Foi a primeira vez que a legislação brasileira utilizou a expressão “entorpecente” (antes se falava apenas em “substância venenosa”). No entanto, restringia a punição às condutas de “vender, expor à venda ou ministrar” as substâncias venenosas que tivessem a qualidade de entorpecente. A posse ilícita não era punida.

O Decreto 4.294/21, em consonância com o discurso médico-sanitário, estabelecia que os intoxicados “por substância venenosa que tiver qualidade de entorpecente” se sujeitavam a uma internação compulsória “para evitar a prática de atos criminosos ou a completa perdição moral” (N. BATISTA, 1997, p. 131). O tratamento não se diferenciava em muito ao dado a embriaguez habitual.

Posteriormente, o Decreto 14.969, do mesmo ano, previu a criação do “sanatório para toxicômanos” no Distrito Federal. Dispunha também sobre o controle das substâncias entorpecentes nos despachos alfandegários e no varejo das farmácias, regulamentando igualmente o procedimento judiciário.

A Consolidação das Leis Penais com o Decreto 20.930 de 1932 disciplinou a matéria no espaço deixado pela revogação do art. 159 do Código de 1890. O Decreto 20.930/32, do qual alguns dispositivos seriam alterados pelo Decreto 24.505 de 1934 teve sua estrutura inteiramente aproveitada pelo Decreto 891 de 1938, que o revogaria, e este, por sua vez, influenciou na redação do art. 281 do Código Penal de 1940.

O tipo de tráfico no Decreto 20.930/32 trazia os verbos “vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar”, contemplando todo e qualquer induzimento ou instigação ao uso de substâncias entorpecentes. A posse ilícita, nessa ocasião, também foi criminalizada.

Nilo Batista (1997, p. 132) entende importante ressaltar que essa sucessão de decretos exprime a influência de sucessivas convenções internacionais: “após a Conferência de Haia, de 1912, sucederam-se, sob os auspícios da Liga das Nações, conferências ‘complementares’ em Genebra, em 1925, 1931 e 1936, todas subscritas pelo Brasil e promulgadas internamente”.

Entretanto, é com a edição do Decreto-lei 891 de 1938, que recicla e revoga o 20.930/32, que se pode vislumbrar o primeiro momento de ingresso do país no modelo internacional de controle às drogas.

Este Decreto [Decreto-lei 891 de 1938] é elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936 e traz normas relativas a produção, tráfico e consumo, juntamente com relação de substâncias consideradas tóxicas e que, logicamente, deveriam ser proibidas pelos países que ratificassem a orientação da Convenção (CARVALHO, 1997, p. 20).

Ainda, o que se depreende com clareza desta sucessão de decretos é uma concepção sanitária de controle do tráfico:

As drogas estavam nas prateleiras das farmácias ou nos “stocks” de uma indústria que apenas suspeitava de seu futuro sucesso comercial, e boticários, práticos, facultativos, fiéis de armazém e funcionários de alfândega são os personagens que abastecem de opiáceos ou cocaína grupos reduzidos e exóticos, intelectuais, filhos do baronato agroexportador educados na Europa, artistas: um hábito com horizonte cultural bem definido, sem significação econômica, que desatava a representação social de um “universo misterioso”, como disse Rosa Del Olmo, e mórbido (N. BATISTA, 1997, p. 133).

Não é, contudo, apenas pela consideração do viciado como doente que este modelo é denominado sanitário. Segundo Nilo Batista (1997), pode-se perceber claramente o aproveitamento de saberes e técnicas higienistas em tal política penal, para as quais as barreiras alfandegárias eram instrumentos estratégicos no controle de epidemias. Observa-se a similaridade de funções entre autoridades sanitárias, policiais e judiciais.

O usuário de drogas, experimentador ou dependente, não era criminalizado. A toxicomania era doença de notificação compulsória, estando os usuários de drogas sujeitos a internação, obrigatória ou facultativa. A internação obrigatória estava prevista também para a hipótese de alcoolismo.

Em 1942, entra em vigor o Código Penal disciplinando a matéria em seu artigo 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 ao consumo substância entorpecente” (CARVALHO, 1997).

Observa-se no dispositivo legal supracitado a utilização da norma penal em branco e do termo impreciso “de qualquer maneira”, técnica legislativa utilizada até hoje nas leis de tóxicos.

O Código Penal de 1940 optou por não criminalizar o consumo de drogas, observando-se até mesmo uma redução do número de verbos em comparação com o Decreto 891/38, fundindo o tipo de tráfico e posse ilícita no mesmo dispositivo.

Conta Nilo Batista (1997, p. 137) que no contexto liberalizante da redemocratização, após 1946, o tema das drogas cai para segundo plano:

(...) o eixo mítico repressivo central ainda repousa – e assim permanecerá até os anos sessenta – na completa “perdição moral” ou na predisposição para “a practica de actos criminosos” do decreto de 1921, porém a irrelevância estatístico-criminal do tráfico e do abuso de drogas não atrai a atenção dos juristas, dos criminólogos e mesmo dos legisladores.

Até então se buscava controlar apenas a comercialização de substâncias entorpecentes ilícitas. Mas em 1942 com a edição do Decreto-lei 4.720 dispendo sobre o cultivo e, principalmente, a partir de 1964, com a Lei 4.451 que modifica a redação do artigo 281, introduzindo o tipo “plantar” observa-se a preocupação com a produção dessas substâncias.

No peculiar quadro da industrialização restringida brasileira, a conversão da droga em mercadoria de um lado sinalizava os bons negócios futuros no âmbito silencioso e lícito das fármaco-dependências . e de outro lado contribuía para dissipar o protagonismo dos próprios operadores sanitários no comércio das chamadas substâncias, segundo a lógica – basta recordar Freud e a cocaína – de que a droga é a cura da droga (N. BATISTA, 1997, p. 137).

No período pós-guerra, foram os organismos internacionais, particularmente a Organização Mundial da Saúde (OMS), criada em 1948, e a Organização das Nações Unidas (ONU), que contribuíram para universalizar os modelos de controle às drogas, com seus respectivos discursos sobre as drogas proibidas e suas características. A primeira internacionalizou o discurso médico-sanitário e a segunda o discurso jurídico, tendo nos Estados Unidos da América (EUA) seu promotor fundamental no campo internacional.

A droga, segundo Rosa Del Olmo (1990), ainda não era vista como um grande problema, pois não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade, nem seu consumo havia atingido proporções tão elevadas. O consumo das drogas era mais um “universo misterioso”, vinculado, sobretudo, aos opiáceos, próprio de grupos marginais da sociedade.

Os especialistas norte-americanos, e particularmente os sociólogos, consideravam o consumo prática de “subcultura”, que poderia coexistir, com características próprias e independentes, com a sociedade em geral.

Nos EUA, o grande exportador dos discursos sobre as drogas, os opiáceos não eram assunto de grande preocupação nacional, pois estavam confinados aos guetos urbanos e, em especial vinculados aos negros e porto-riquenhos.

Por outro lado, a maconha, também própria de grupos marginais, especialmente emigrantes mexicanos, era chamada de “erva assassina” por que era associada à violência, agressividade e criminalidade (estereótipo cultural e moral). Em 1948, a ONU, pressionada pelos EUA, publicou sua Carta de Princípios, onde estabelece que a maconha é um inimigo a ser combatido, proibindo o consumo a todos os países membros da instituição.

Na América Latina, a droga também era associada à violência, à classe baixa e à delinqüência.

Na década de cinquenta predominou o discurso ético-jurídico e, portanto, o estereótipo moral, que considerava a droga sinônimo de periculosidade. Ao mesmo tempo, se impôs o modelo médico-sanitário, a que se refere Nilo Batista, vinculado à opinião dos especialistas internacionais. Estes, através da OMS e da ONU e suas respectivas Comissões, começaram a emitir suas primeiras observações e medidas de controle em termos farmacológicos, médicos e jurídicos, para qualificar a droga como problema de saúde pública, ou seja, as primeiras tentativas de difundir internacionalmente os modelos ético-jurídico e médico-jurídico (OLMO, 1990).

O consumo de drogas era considerado “patologia” ou “vício”, segundo o caso e o tipo de droga, e o consumidor “vulnerável” aos contatos delinqüentes; por isso eram muito escassas, nessa época, as advertências educativas. Havia o temor de que as drogas se tornassem atraentes. (...) Seu controle se limitava à proibição e seu tratamento a penas severas nos famosos hospitais-prisão (OLMO, 1990, p. 30).

Na América Latina, a concepção do consumidor como “doente” teria conseqüências distintas:

Se o que se pretendia nos Estados Unidos com esta separação entre “delinqüente” e “doente” era aliviar o consumidor da pena de prisão, nos países periféricos, sem os serviços de assistência para tratamento dos países do centro, o consumidor se converteria em inimputável penalmente. Na prática significou que o consumidor era privado de liberdade e de capacidade de escolha ou vontade, e portanto sujeito a um controle muito mais forte (OLMO, 1990, p. 37-38).

O problema principal desde o pós-guerra era a superprodução do ópio e sua conversão em morfina e heroína nos laboratórios europeus, negócio controlado pela “máfia”, as grandes famílias do crime organizado, então fundamentalmente de origem italiana.

Conta Rosa Del Olmo (1990) que se falava em um plano de ingresso de centenas de quilos de heroína a partir da Europa, via Havana, cidade que se convertera, no discurso norte-americano, na capital do crime organizado na América Latina. Falava-se de uma grande “conspiração”, a conexão Marselha – Havana – Nova Iorque.

Em 1959 são condenados à prisão mais de 20 “mafiosos” envolvidos na suposta conspiração. Um deles, Joseph Valachi, seria o primeiro a denunciar todos os escalões da organização designada de *La Cosa Nostra* e serviria para a construção do discurso em torno do crime organizado.

3.2.2. Década de Sessenta

A década de sessenta foi o período decisivo de difusão do modelo médico-sanitário e de consideração da droga como sinônimo de dependência, mas, ao mesmo tempo, começou-se a construir e difundir o modelo jurídico-político.

No Brasil, consolida-se um modelo beligerante de “combate às drogas”, decorrente da influência dos postulados da ideologia da Segurança Nacional, cujo autoritarismo foi expressamente adotado na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar.

Em 1961 a ONU apresentou a Convenção Única sobre Estupefacientes. O Brasil ratificou essa convenção através do Decreto 54.216 de 1964, ingressando definitivamente no cenário internacional de combate às drogas.

Os anos sessenta foi a década da rebeldia juvenil, da chamada “contracultura”, dos movimentos de protesto político, da Revolução Cubana e dos movimentos guerrilheiros na América Latina.

Estava-se transtornando o *american way of life* dos anos anteriores; mas sobretudo era o momento do estouro da droga e também da indústria farmacêutica nos países desenvolvidos. Surgiram as drogas psicodélicas como o LSD, e em meados da década aumentava violentamente o consumo de maconha, já não só entre os trabalhadores mexicanos, mas também entre os jovens de classe média e alta.

As autoridades norte-americanas começaram a alertar sobre o crescente perigo da droga e o pânico criado solidificou campanhas de “Lei e Ordem” que orientaram a produção legislativa norte-americana e, conseqüentemente, a transnacionalização do controle sobre as drogas.

O problema da droga se apresentava como uma “luta entre o bem e o mal”, continuando com o *estereótipo moral*, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o *discurso jurídico* enfatizar na época o *estereótipo criminoso*, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de “delinqüente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças á difusão do *estereótipo da dependência*, de acordo com o *discurso médico* que apresentava o já bem consolidado *modelo médico-sanitário* (OLMO, 1990, p. 34).

Deste modo, segundo Rosa Del Olmo (1990), pode-se afirmar que na década se observou um duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de discurso médico-jurídico, um híbrido do modelo médico-sanitário e do modelo ético-jurídico, o qual serviria para a o discurso de diferenciação entre consumidor e traficante, ou seja, doente e delinqüente. O predomínio desse discurso permitiria explicar miticamente o crescente número de jovens de classe média que, na década de sessenta, rechaçavam sua condição de classe.

O consumo de drogas já não podia mais ser visto como uma simples “subcultura”. Era a arma por excelência que os jovens haviam encontrado para responder ao desafio da ordem vigente nos países desenvolvidos.

Começava-se a falar da droga, em matéria de segurança, como “inimigo interno”, e a opinião pública reclamava algum tipo de ação. Mas o efeito acabou sendo diverso: em 1969 a chamada Operação *Intercept* com o objetivo de acabar com a droga, especialmente maconha, proveniente do México, na realidade, abriu caminho não só para a produção de maconha na Jamaica e posteriormente na Colômbia, mas também levou milhares de dependentes dentro dos Estados Unidos a consumirem outras drogas, em especial a heroína.

Na América Latina, o problema das drogas na década de sessenta não teve o mesmo significado que nos Estados Unidos. Eram os anos das guerrilhas, da libertação política, com um discurso diferente do da contracultura norte-americana. O consumo de drogas tinha muito mais um caráter “imitação”: os jovens de classe alta de então imitavam os bandos de rua norte-americanos de classe baixa na forma de vestir e de agir e, portanto, também nos padrões de consumo, neste caso as drogas. Nos bairros, o consumo continuava fundamentalmente associado ao submundo, à delinqüência. Mas a preocupação oficial da época não era com a droga, e sim com a delinqüência juvenil de classe alta e/ou baixa.

Para Nilo Batista (1997), o ano de 1964 pode ser considerado como marco divisório entre o modelo médico-sanitário e o modelo bélico de política criminal de drogas no Brasil. A escolha de 1964 se prende ao golpe de Estado que criou as condições para a implantação do modelo bélico, o que não significa que motivos do modelo sanitário não continuassem a operar residualmente.

É a partir de 1964 que se consolida o predomínio do capital estrangeiro nos processos produtivos industriais, iniciado na segunda metade da década de cinquenta. Foram as diretrizes econômicas e políticas do governo militar que colocaram o país definitivamente na dependência do imperialismo norte-americano.

O golpe militar de 64 significou uma ruptura do tipo de Estado (democracia liberal atrasada), instituindo uma ditadura fascista, para adequar as superestruturas políticas e jurídicas às necessidades das novas formas de desenvolvimento: por isso, ao lado das intervenções em sindicatos, cassações e interdições de direitos políticos, etc., a política salarial manteve os aumentos inferiores à inflação, instituiu o FGTS, extinguiu a estabilidade no emprego e introduziu a rotatividade da mão-de-obra, etc., estimulando um desenvolvimento econômico-imperialista e parasitário, enquanto o movimento democrático e popular era destruído (SANTOS, 1984, p. 77-78).

Nesse mesmo momento, observava-se o desenvolvimento da Guerra Fria. Havia uma aliança entre setores militares e industriais para a qual a eminência da guerra era condição de desenvolvimento do mercado bélico.

O mundo se dividiu em dois blocos antagônicos: de um lado a OTAN liderada pelos Estados Unidos e do outro o Pacto de Varsóvia liderado pela União Soviética. Era fundamental não apenas a militarização das relações internacionais, no campo do que então se chamou de geopolítica, mas também ao nível interno dos países incorporados.

O instrumento teórico desse projeto foi a doutrina da Segurança Nacional, que se legitima através da luta contra os “inimigos internos” e a ameaça comunista. Essa doutrina autoritária foi expressamente adotada na legislação pátria de defesa do Estado durante a ditadura militar, transportando para o sistema penal em geral, os seus conceitos, especialmente o de “inimigo interno”, vivenciados pelos poderes policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos. Tais conceitos sobreviverão mesmo após a Guerra Fria.

Em 1968, alguns dias após o Ato Institucional nº 5, o Decreto-lei 385 alterou o art. 281 do Código Penal, introduzindo mais alguns verbos no tipo de injusto do tráfico: “preparar” e “produzir”. Ampliou-se também o tipo de injusto para as matérias-primas e equiparou-se o usuário ao traficante de drogas.

Segundo Salo de Carvalho (1997, p. 25), até então, vigorava a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento era de que o art. 281 do Código Penal não abrangia os consumidores, pois em seu §3º previa a punição do induzidor ou instigador. Interpretava-se o artigo no sentido de que uma vez punido o induzidor ou instigador, excluía-se de sanção o usuário, visto que bastaria a regra geral do art. 25 do Código Penal de 1940. No entanto, a descriminalização do uso pela via jurisprudencial gerava preocupações no âmbito da repressão, o que fez o legislador brasileiro, através do Decreto-lei 385/68, optar por identificar na mesma categoria todos os envolvidos com tóxicos, estabelecendo a mesma sanção para traficante e usuário (ainda que este fosse dependente) e, assim, contrariando a orientação internacional.

3.2.3. Década de Setenta

No final da década de sessenta, mais especificadamente em 1970, é lançada uma campanha antidrogas com conteúdo semelhante em vários países da América Latina, propaganda que vinha dos Estados Unidos através de suas embaixadas provavelmente com a finalidade de incorporar os países da América Latina no processo antidrogas de uma maneira mais do que simbólica.

No início da década de setenta, em parte como consequência da perseguição da maconha, surge a epidemia da heroína. Tal droga, consumida pelos ex-combatentes da guerra do Vietnã, passou a ser sinônimo de perturbação social visto que atingira a juventude de classe média norte-americana. O Presidente Nixon chegou até mesmo a qualificá-la de “o primeiro inimigo público não econômico” (*apud* OLMO, 1990, p. 39).

Qualificar a heroína como “inimigo público” permitia iniciar o discurso político para que a droga começasse a ser percebida como ameaça à ordem. Por outro lado, a heroína foi qualificada em múltiplas ocasiões como “arma do Estado” e “droga contra-revolucionária” (OLMO, 1990).

É uma droga [a heroína] profundamente individualista, de consumo solitário que marginaliza, inibe e, portanto, elimina qualquer tentativa de formação de grupos de protesto.(...) é uma das melhores vias para neutralizar o *inimigo interno* (aqueles jovens consumidores de maconha da década anterior) e uma forma indireta de conservação da ordem (OLMO, 1990, p. 40).

Até então, o discurso sobre a epidemia da heroína foi a forma mais convincente para conseguir que a opinião pública apoiasse a necessidade de tratamento dos consumidores da droga e que todos os esforços se destinassem a difundir o discurso médico.

A ênfase no tratamento se explica porque não era conveniente naquele momento da guerra do Vietnã atacar os principais centros de produção, como por exemplo a tribo dos Meo no Triângulo Dourado do Sudeste Asiático. Seus integrantes, junto com uma série de governantes da região, eram grandes colaboradores da CIA na guerra, e esta, por sua vez, apoiava o tráfico de ópio por razões de segurança. Tampouco se podia atacar o crime organizado, a famosa Máfia, encarregada na época do tráfico de heroína, por suas vinculações com altos funcionários do governo. Era mais adequado responsabilizar pelo problema a China de Mao, com o que também se compraziam os governos inimigos da China no Continente asiático (OLMO, 1990, p. 41).

Com o consumo da heroína se elimina, em matéria de segurança, o inimigo interno, mas começa a surgir nos anos setenta a discussão sobre o inimigo externo, referindo-se, particularmente, ao tráfico. Era a forma de responsabilizar pelo consumo de drogas no mundo um país então inimigo (sob o título, à época, de comunista), discurso que se difundiria rapidamente em outros países com grande intensidade.

Na época, em plena Guerra Fria, o discurso era de que a China estaria envenenando o “mundo livre” com a heroína. Vera Malaguti Batista (2003, p. 84-85), em pesquisa nos arquivos do Dops no Rio de Janeiro, encontrou, dentre as fichas referentes ao verbete “tóxicos”, uma delas intitulada “Tóxicos e Subversão”, datada de janeiro de 1973. Nesta havia um artigo sobre a toxicomania como arma dos comunistas: “citando Lênin, Mao e Ho Chi Min, atribui-se a disseminação do uso de drogas a uma estratégia comunista para destruição do mundo ocidental”.

Evidentemente, o consumo se estendia a todo tipo de droga, não apenas a heroína e a maconha, mas também às drogas sintéticas produzidas pelos grandes laboratórios.

A ONU aprovaria em 1971 o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, e em 1972 o Protocolo que modificava a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, para incluir uma série de substâncias que haviam sido excluídas, entre elas as anfetaminas. Curiosamente, apenas em 1980 os EUA a ratificaram.

Com Nixon começa a se exportar a aplicação da lei em matéria de drogas, isto é, a legitimar o “discurso jurídico-político” e o “estereótipo político-criminoso” da droga além das fronteiras dos EUA. Já não havia mais necessidade de se silenciar sobre o problema do tráfico como no início da década, pois a guerra do Vietnã havia terminado. Tampouco se podia silenciar o discurso médico, já que o problema do consumo havia sido um dos pilares fundamentais para se separar os estereótipos do consumidor-doente e do traficante-

delinqüente. A opinião pública seguia considerando a droga como “inimigo”, mas o critério de segurança se tornava incerto. “Qualificava-se a droga de *inimigo interno* ou *inimigo externo*; tudo dependia do contexto” (OLMO, 1990, p. 44).

Na América Latina, é no início da década de setenta que começa o pânico em torno das drogas, especialmente através dos meios de comunicação de massa.

Em muitas ocasiões se misturavam de maneira incoerente os diversos estereótipos da droga, surgidos em uma sociedade totalmente distinta, como a norte-americana. (...) Os resultados foram desastrosos porque estavam sendo importados, e sendo impostos, discursos alheios que não levavam em conta a diferença entre as drogas, nem entre os grupos sociais (OLMO, 1990, p. 45-46).

Em quase todos os países da América Latina se observa de maneira simultânea, durante os primeiros anos da década, a regulamentação deste discurso jurídico.

O Brasil promulgou a Lei 5.726 de 1971, estando em perfeita sintonia com as orientações internacionais no que diz respeito às legislações de drogas.

A Lei 5.726/71 renovou a redação do art. 281 do Código Penal, incluindo o verbo “oferecer” no tipo de injusto, elevou as penas e introduziu rito processual próprio para esta espécie de crime.

A nova redação do artigo deixou de considerar o dependente como criminoso, mas não diferenciou o usuário eventual ou experimentador, do traficante. Ao usuário de drogas cujo vício pudesse fundamentar uma situação de inimputabilidade, aplicava-se uma medida de recuperação, consistente em internação para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação.

“Esta legislação ainda preserva o discurso médico-jurídico encontrado na década anterior e sua notória conseqüência de definir usuário habitual como dependente – estereótipo da dependência – e traficante como delinqüente – estereótipo criminoso” (CARVALHO, 1997, p. 28).

Segundo Vera Malaguti Batista (2003) em conseqüência dessa lei a criminalização de jovens por drogas que era 7% em 1968, pula para 12% em 1973.

A Lei 5.726/71 tinha um caráter evidentemente bélico. Conta Nilo Batista (1997) que em seu art. 1º, inspirado no art. 1º da “lei” de segurança nacional vigente à época, declarava “constituir dever de toda a pessoa física ou jurídica colaborar no *combate* ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes”, transformando em delito omissivo qualquer opinião dissidente da política repressiva, numa espécie de cumplicidade moral com as drogas.

A lei 5.726 transpôs para o campo penal as cores sombrias da Lei de Segurança Nacional e a repressão sem limites que era imposta aos brasileiros, no período mais agudo da ditadura militar. Esta lei sintetiza o espírito das primeiras campanhas de “lei e ordem” em que a droga era tratada como inimigo interno. A construção do estereótipo (sempre com o auxílio luxuoso da imprensa) se observa no tratamento dado aos jovens estudantes envolvidos com drogas; a suposição de que portem drogas para uso ou tráfico determinam o cancelamento da matrícula escolar e os professores, os diretores, e todas as pessoas físicas e jurídicas são incentivadas a delatar os “inimigos” (V. M. BATISTA, 2003, p. 88).

A pesar de já se dar atenção à coca nos países produtores, o principal alvo do discurso, na América Latina, era a maconha, considerada responsável pela criminalidade e violência, mas ao mesmo tempo pela “síndrome amotivacional”. O discurso dependia de quem a consumia: se fossem os habitantes das favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos; se fossem os “meninos de bem”, de classe média ou alta, a droga os tornava apáticos. Evidentemente também na América Latina observa-se a utilização do “discurso da diferenciação”:

Dai que aos habitantes das favelas fosse aplicado o *estereótipo criminoso* e fossem condenados a severas penas de prisão por traficância, apesar de só levarem consigo um par de cigarros: em troca, “os meninos de bem”, que cultivavam a planta em sua própria casa, como aconteceu em inúmeras ocasiões, eram mandados a alguma clínica particular para em seguida serem enviados aos Estados Unidos porque eram “doentes” e seriam sujeitos a tratamento, de acordo com o discurso médico tão em moda na época nos Estados Unidos. A eles corresponderia o *estereótipo da dependência* (OLMO, 1990, p. 46).

Em 1974, quando o Presidente Ford assume o poder, já estava criada nos EUA a infraestrutura do novo discurso que fixava a atenção além das fronteiras do país em busca de um responsável pelo problema das drogas, mas faltava legitimá-lo. O Presidente Ford chegou a qualificar as drogas como “ameaça a segurança nacional” (OLMO, 1990). Assinalava-se o discurso da necessidade de apoio às outras nações por meio da internacionalização de um programa de drogas tendo em vista a repressão e o controle de matérias-primas.

Nos últimos anos da década de setenta, a cocaína entra no mercado norte-americano devido à instalação de sua indústria na América Latina e do declínio da heroína quando finda a Guerra do Vietnã.

O discurso desses anos, em vez de condená-la, a estimula. Conta Rosa Del Olmo (1990) que, a princípio, os próprios meios de comunicação trataram de estimular o consumo de cocaína ao ressaltar as virtudes de alguns heróis da época, assíduos consumidores, como, por exemplo, estrelas do *rock* e do cinema. A cocaína era apresentada como uma droga

associada a personalidades de prestígio profissional e artístico, cujo consumo era discreto e elegante, produzia bem-estar e euforia.

Estava-se criando um *estereótipo cultural* que, em vez de negativo como em outras épocas, apresentava agora a droga, mas muito especialmente a cocaína, como símbolo de êxito: todos os que estavam em evidencia a consumiam. (...) Tudo isto contribuiu para aumentar a demanda, a qual por sua vez estimulou a produção e a organização do mercado (OLMO, 1990, p. 48).

A importância de mencionar a questão da cocaína em particular está em demonstrar as mudanças sofridas pelo discurso sobre essa droga, “já que foi *ela e apenas ela* que serviu para dramatizar o problema da droga no continente americano nos últimos dez anos, apesar do desenvolvimento paralelo da maconha e seu consumo em maior alcance em alguns países” (OLMO, 1990, p. 50).

Em 1977, quando Carter chega à Presidência dos EUA, a cocaína, produzida exclusivamente na América Latina, já era uma droga de consumo elevado nesse país. O discurso sobre essa droga começa a mudar.

Iniciou-se no final da década de setenta, portanto, o “discurso da cocaína” (e conseqüentemente o estereótipo da cocaína) além das fronteiras dos Estados Unidos, imediatamente associado ao “discurso da coca” Associava-se a folha de coca à cocaína, através do discurso médico-jurídico, esquecendo-se de suas claras diferenças (bem se sabe que o consumo da folha da coca é uma prática milenar de alguns povos latino-americanos). Consoante o “discurso da coca” diversos países da América Latina transformaram em delito o cultivo e a mastigação da folha de coca.

No Brasil, ainda não havia uma uniformização da legislação antidrogas, sendo que o discurso médico se sobrepunha ao jurídico. A Lei 6.368 de 1976, ainda vigente na atualidade, proveio da necessidade de incrementar a repressão e criar nova estratégia político-criminal voltada para a década de oitenta.

A Lei 6.368/76 instaura, no final dos anos setenta, novo modelo de controle que, novamente, acompanha as orientações internacionais. O texto da lei revoga o art. 281 do Código Penal de 1940.

Segundo Salo de Carvalho (1997), a escassez do discurso médico-jurídico, no que tange à repressão, dá lugar ao sistema preponderantemente jurídico, baseado em legislação severa que, ao mesmo tempo que ainda mantém resquícios do antigo sistema (discurso médico-jurídico), elabora e legitima novo discurso, enfatizando o jurídico-político:

No que concerne ao plano político-criminal, mantém-se o discurso médico-jurídico, com a diferenciação básica entre dependente e criminoso e a manutenção dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente, instaurando-se, gradualmente, o discurso jurídico-político (plano da segurança) onde surgirá a figura do inimigo, igualmente encarnada no traficante (CARVALHO, 1997, p. 32).

A Lei 6.368/76 está compreendida no processo de descodificação, sob o argumento de que haveria maior flexibilização na legislação esparsa do que na codificada, e que esta flexibilidade proporcionaria total sintonia com os avanços científicos concernentes às drogas. Esta foi a mesma justificativa utilizada para o emprego de normas penais em branco (“substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”) e tipos penais abertos (emprego de expressões como “de qualquer forma” no art. 12, por exemplo)⁴.

Conta Salo de Carvalho (1997, p. 34) que a própria divisão dos capítulos da Lei 6.368/76 deixa clara a submissão da legislação pátria às imposições internacionais:

Após a modificação na Convenção Única sobre Estupefacientes, em 1972 e a visita do grupo de estudos do Congresso norte-americano à América Latina, em 1973, foi instaurado, no mesmo ano, o Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos (ASEP), único órgão regional de tipo governamental na região. Com características nitidamente médico-jurídicas, o estudo do grupo subdividiu-se em quatro comissões: ‘Prevenção’, ‘Tratamento’, ‘Reabilitação’ e ‘Fiscalização e Repressão’. Curiosamente, é a estrutura tipológica principal do nosso estatuto anti-drogas.

A Lei 6368/76 definiu o traficante como “inimigo” a ser eliminado, possivelmente pela assunção do “princípio do bem e do mal” e do “princípio da bipolaridade e da defesa”, característicos da estrutura maniqueísta imposta pelas ideologias da Defesa Social e da Segurança Nacional.

3.2.4. Década de Oitenta

Na década de oitenta, as graves dificuldades econômicas e políticas dos EUA terão repercussões notórias no novo discurso da droga. Ainda, os EUA contarão com o maior número de consumidores de drogas de sua história, e particularmente de cocaína e maconha.

⁴ Tipo penal aberto é aquele que não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas e regras gerais, que estão fora do tipo penal. Já as normas penais em branco são as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2002).

Apesar disso, o consumidor deixa de ser considerado “doente” e passa a ser considerado “cliente e consumidor de substâncias ilícitas” (OLMO, 1990).

A preocupação central passa a ser a droga procedente do exterior e, muito especialmente, os aspectos econômicos e políticos do tráfico de cocaína. Em relação aos aspectos econômicos, conta Rosa Del Olmo (1990) que já em 1980 o DEA (*Drug Enforcement Administration*, ligada ao Departamento de Justiça norte-americano) havia detectado importantes fugas de capital em direção a contas bancárias situadas fora dos EUA no valor de dois bilhões de dólares acumulados por vendas de cocaína e maconha. Concentrou-se cada vez mais a atenção nos chamados “narcodólares”, a ponto de em 1982 ser considerada prioritária a investigação e a eliminação da cocaína.

Esta preocupação econômica se aprofunda durante a administração Reagan quando se assinala que o negócio das drogas era estimado em mais de 100 bilhões de dólares, o que equivalia a 10% da produção industrial dos EUA à época (OLMO, 1990).

O caminho encontrado para esta situação foi o discurso jurídico. Tornou-se necessário antes de tudo controlar a economia subterrânea além das fronteiras dos EUA, surgindo, para a sua legitimação, o discurso jurídico transnacional.

É, portanto, na década de oitenta que se estabelece definitivamente o discurso jurídico transnacional e se internacionaliza o controle das drogas.

Diante da crise política vivida pela administração Reagan, com o ressurgimento da Guerra Fria, aguçada pelos conflitos no Oriente Médio e América Central, o fundamental era impedir que as drogas produzidas no exterior chegassem aos EUA, nem tampouco saíssem do país de acordo com a política econômica protecionista. Ao mesmo tempo, os problemas domésticos que o consumo estava ocasionando e a preocupação da opinião pública exigiam respostas concretas.

O preço da droga, conseqüentemente, aumentou. E como a cocaína era a droga mais cara e a que mais ingressava no país, a ênfase recaiu sobre ela.

Como as autoridades sabem muito bem que as drogas são mercadorias sujeitas às leis da oferta e da procura do mercado (apesar de isto ser ocultado no discurso), e como o volume de vendas nos Estados Unidos é cada vez maior, alcançando, particularmente no caso da cocaína, cifras astronômicas, uma forma de implementar o protecionismo, neste caso, é observada na preocupação exclusiva com as drogas procedentes do exterior. Isto explica a insistência, por parte de algumas autoridades norte-americanas, em assinalar que a solução para o problema do consumo de drogas nos Estados Unidos está nos países estrangeiros (OLMO, 1990, p.67-68).

Declarou-se guerra contra as drogas. O principal objetivo era, e ainda o é, controlar o tráfico, realizado especialmente pelas chamadas organizações criminosas e, ao mesmo tempo, a subversão que se poderia originar da crise econômica e do problema da dívida externa na América Latina. É nesta, portanto, que toda a atenção vai estar voltada.

“A insistência da atual Administração [Reagan] em buscar a solução para o consumo de drogas norte-americano no exterior permitiu legitimar a intervenção – diplomática, financeira e até militar – dos Estados Unidos em outros países (...). (OLMO, 1990, p.65)

Somente em 1980 é que os EUA ratificaram a Convenção Única de Estupefacientes de 1961, da ONU, assim como o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. Não se poderia implementar o novo discurso se não se acolhesse a normativa internacional.

Para legitimar o discurso, que tem como característica fundamental uma crescente militarização da terminologia empregada (ideologia da Segurança Nacional), e dar mais força à imagem do “inimigo externo” resgatou-se o termo *narcotics*, difundindo-se expressões como narcodólares, narcotráfico e narcoterrorismo.

Este novo discurso, por seu conteúdo geopolítico, já não estabelece diferenças entre doente-consumidor e delinqüente-traficante como antes, mas entre *países vítimas* e *países vitimários*. Neste sentido, num primeiro momento, os Estados Unidos são apresentados como o país vítima por excelência, quando se assinala que é “o objetivo principal de produtores e narcotraficantes do exterior” (...). Posteriormente, quando no discurso se internacionaliza o problema do consumo, o termo se estende a outros países, que também se convertem em vítimas (OLMO, 1990, p. 69).

O discurso busca eliminar diferenças entre nações produtoras e consumidoras para destacar que o problema das drogas não é apenas dos EUA, mobilizando os demais países no controle das drogas. Na América Latina, os governos locais acolheram este discurso, implantando uma série de medidas para a sua entrada na “guerra contra as drogas”. Esquecendo-se de seus problemas internos, a ênfase recai sobre a cocaína, apesar de nos países latino-americanos o consumo se concentrar especialmente na maconha.

A política norte-americana de combate às drogas suscita a existência de um inimigo externo, e este se encontra no Oriente ou na América Latina. Em consequência através da absorção do discurso internacional, o Brasil elege como inimigo interno o produtor e o traficante, ambos comerciantes da droga, e, esporadicamente, exportadores de drogas para os países centrais. “A solução da transferência ilusória do problema para os países produtores resulta, para estes, na obrigação de criar guerra interna” (CARVALHO, 1997, p. 30).

Na década de oitenta, a Colômbia havia se convertido no principal centro de processamento de cocaína, o que preparou terreno para o discurso que responsabilizaria os

imigrantes ilegais pelo aspecto econômico da droga. Este discurso, por razões aparentemente econômicas, procedeu a criação do “estereótipo político criminoso latino-americano”, já que o “inimigo” naquele momento era o “inimigo externo”, convertendo a droga em um problema de segurança nacional⁵.

Não é de se estranhar que atrás deste *estereótipo criminoso latino-americano*, e em particular *colombiano*, se oculte também um problema de economia doméstica norte-americana, se nos lembrarmos que se dirige fundamentalmente a colombianos que residem nos Estados Unidos (...). Como os colombianos são o maior contingente de imigrantes da América Latina no país seria interessante ver que conexão existe entre este dado e a criação do estereótipo (OLMO, 1990, p. 59).

Em 1983 é aprovada Emenda para suspender ajuda econômica aos países que não cooperassem com o programa antidrogas dos EUA, com o qual se aumenta a cooperação internacional aos programas de controle, de acordo com o objetivo de internacionalizar o controle das drogas.(OLMO, 1990).

Observa-se neste sentido que nos primeiros anos da década de oitenta tenta-se responsabilizar pelo problema da droga a oferta, e não a demanda, isto é, o tráfico e não o consumo; com o que o discurso se torna parcial com relação ao “inimigo externo”, o único culpado (OLMO, 1990). Deste modo, como assinalam G. Lafree e B. Perlman *apud* Rosa Del Olmo (1990, p. 64) são resolvidos vários problemas práticos, como por exemplo:

1º) continua a “guerra contra as drogas” sem abordar o problema básico de por que são consumidas; 2º) aplicar a lei em outros países não cria os problemas apresentados às autoridades norte-americanas dentro dos Estados Unidos em torno dos direitos civis; 3º) apesar de ser difícil avaliar o êxito obtido no controle interno, isso é praticamente impossível quando as gestões englobam os países estrangeiros.

Apesar da elaboração de diversos planos de erradicação dos cultivos nos países de maior produção de cocaína e maconha, não se conseguiu acabar com a produção, nem reduzir o consumo dentro dos EUA, mas sim estender os “negócios” a outras áreas, aumentando as fontes de oferta.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 determinou que o tráfico de drogas constitui crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, inciso XLIII). Ainda, no mesmo artigo, inciso II, determinou que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o

⁵ Interessante observar o que aconteceu com os chineses e o ópio no início do século, ou com os mexicanos e a maconha nos anos trinta, para citar apenas dois exemplos de criação de estereótipos quando estes grupos se converteram em força de trabalho ameaçadora em momentos de crise econômica.

naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Percebe-se, dessa forma, que a Constituição de 1988 estabeleceu como obrigatória a repressão do tráfico ilícito de entorpecentes, ao lado de uma série de condutas como o racismo, a tortura, o terrorismo etc.

A Constituição, ao arrolar o tráfico de drogas como insuscetível de graça e anistia, possibilitou, aliada a Lei 8.072 de 1990, a inclusão do tráfico como crime hediondo.

No final da década de oitenta a Guerra Fria chega ao seu fim, assim como sua ideologia e artifícios:

A economia de mercado vencera, as leis de mercado assumiam a função de estatuto fundamental das relações econômicas, e a competitividade se convertia no liame signalagmático da convivência humana. Não compete mais ao Estado ismiscuir-se na economia para fomentar e garantir condições decentes de sobrevivência para a população, devendo sim privatizar todos os setores de sua intervenção, desregular os mercados e promover a mais ampla liberalização financeira e comercial; para favorecer estes objetivos a mídia – agora o braço armado do império transnacional da produção de tecnologias, equipamentos e dos serviços de telecomunicações - golpeia enfaticamente e procura desmoralizar cotidianamente toda e qualquer irregularidade que se passe no âmbito da administração pública, enaltecendo paralelamente a “eficiência” das gestões privatizadas, reduzindo o noticiário ou mesmo silenciando sobre suas negociatas. Como o resultado real dessa espécie de “vale-tudo” econômico é o aumento da marginalização social e do desemprego, com todos os conflitos e tensões que, exprimindo-se também nas incidências criminais, alavancam crescente demanda de repressão policial, estabelecendo-se um curioso paradoxo, tocando ao “Estado mínimo” exerce um controle social penal máximo (N. BATISTA, 1997, p. 142).

Nils Christie *apud* Nilo Batista (1997, p. 143), observa que “com o fim da guerra fria, num quadro de profunda recessão econômica, no qual as nações industrializadas mais importantes não têm inimigos externos contra os quais se mobilizar, não parece improvável que a guerra contra inimigos internos seja priorizada”.

3.2.5. Da Década de Noventa á Atualidade

Em 1988 é promulgada a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas. A Convenção de Viena, como ficou conhecida, foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro em 1991, sendo um resumo da política

criminal bélica de repressão às drogas imposta na década de oitenta pelos EUA através de uma série de tratados internacionais.

Volta-se a atenção para as chamadas empresas multinacionais do tráfico, de forma que na Convenção de Viena:

(...) há associação explícita do tráfico ilícito com organizações criminosas internacionais, cujos objetivos seriam “minar as economias lícitas e ameaçar a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados”. Pelos grandes rendimentos alcançados através do tráfico, as associações criminosas internacionais procurariam “*invadir, contaminar e corromper* as estruturas da Administração Pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis” (CARVALHO, 2001, p. 132).

O objetivo fundamental do documento seria o reconhecimento da responsabilidade de todos os Estados na erradicação do tráfico ilícito de entorpecentes e da necessidade da cooperação internacional em matéria penal.

O modelo jurídico-político, através do sistema penal e penitenciário, seria o de reconhecida eficácia para a eliminação do “mal que corrompe e contamina as sociedades livres e democráticas”.

Segundo a ONU, historicamente, o Brasil caracterizou-se por ser país de livre trânsito de entorpecentes. Todavia, a partir da década de oitenta, passou a ser país originário de grande quantidade de produtos químicos destinados à produção e refino de cocaína e ponto de lavagem de dinheiro derivado do tráfico ilícito de drogas.

Conta Salo de Carvalho (2001), que em 1994 e 1995 comissões de fiscalização da ONU em visita ao Brasil, concluíram que os numerosos problemas políticos, econômicos e sociais do país impediam uma estratégia eficiente de repressão às drogas, sendo que esta não estava sendo prioritária, nem o país estava amparado por legislação adequada.

Segundo Salo de Carvalho (2001), não fica difícil entender, a partir da leitura da exposição de motivos da Convenção de Viena e dos relatórios anuais da ONU sobre a fiscalização de entorpecentes, qual o substrato teórico e ideológico que estruturou, desde o início da década de noventa, as legislações penais de maior impacto lesivo aos direitos e garantias individuais no Brasil, tais como a Lei 8.072 de 1990 (crimes hediondos) e 9.034 de 1995 (crime organizado).

Apesar da adoção na década de sessenta da ideologia da Segurança Nacional, apenas na década de noventa o Brasil ingressa no processo de “militarização”, do controle de drogas ilícitas, sobretudo com o advento das supracitadas leis, decorrente da imposição da ONU, sob a influência preponderante dos EUA.

Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei do Crime Organizado, é traçado novo rumo no sistema de controle das drogas, privilegiando Política Criminal estrutura essencialmente na beligerância e maximizando o modelo construído no anos setenta, sob a égide do regime ditatorial e da transnacionalização da Doutrina da Segurança Nacional. A persistência de manutenção de termos como “*guerra contra a criminalidade e as drogas*”, “*combate*”, “*repressão*” e “*eliminação*” no corpo dos dispositivos penais indica a real face destes estatutos (CARVALHO, 1997, p. 163).

Em 1996 foi subscrito pelo governo federal em Montevideú, juntamente com outros 34 governos, o documento intitulado “Estratégia Antidrogas no Hemisfério”, fruto do trabalho da Comissão Interamericana para Controle e Abuso de Drogas (CICAD) criada pela Organização dos Estados Americanos (OEA). O documento ressalta a necessidade de redução da demanda e da oferta de drogas a partir de um “compromisso mundial” entre os Estados.

Conseqüentemente, ainda em 1996 foi lançado, pelo governo federal, o Plano Nacional Antidrogas (PANAD) com o fim de prevenir, recuperar, reinserir os dependentes e reprimir o tráfico, além de buscar e prestar ampla cooperação na matéria, no contexto internacional, procurando adequar a legislação nacional às tratativas internacionais. Entende Salo de Carvalho (2001) que com a criação do Plano percebe-se a “adoção institucional” de modelo político criminal beligerante.

Em 1997 entrou em vigor o Tratado de Assistência Legal Mútua estabelecido pelo governo nacional e o governo norte-americano. Os principais pontos de interesse eram: ampliar a cooperação com o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), para formar pessoal do Ministério Público; implementar linha direta de informação desburocratizada, bem como de acesso à tecnologia norte-americana utilizada no combate às drogas; financiar compra de material e formação de pessoal especializado; treinamento de policiais brasileiros nos EUA (CARVALHO, 2001).

No Chile, em 1998, houve o lançamento na 2ª Cúpula das Américas de um novo plano antidrogas no hemisfério, sob a chancela dos EUA. O governo norte-americano propôs um combate regional a partir da criação de um centro de estudos na cidade do Panamá, que passaria a ser denominado “Escola das Américas”.

Segundo Salo de Carvalho (2001) o teor das conversações pela América Latina, divulgado apenas em parte pela imprensa oficial, contemplaria: o interesse de empresas dos EUA em fornecer aviões e armas para a América Latina; a avaliação das legislações sobre o crime organizado (cuja principal fonte de riqueza seria o tráfico de drogas); e a criação de sistemas de informação sobre armas com procedência norte-americana.

Todavia, o principal resultado deste lento e gradual processo de ingresso do Brasil no programa de “guerra às drogas” foi o anúncio da criação da Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) no governo Fernando Henrique Cardoso.

A Secretaria, órgão executivo do Sistema Nacional Antidrogas, criada nos moldes norte-americanos, estaria subordinada à Casa Militar da Presidência e funcionaria em estreita colaboração com o FBI e o DEA.

Cabe assinalar que a Casa Militar da Presidência, a que o Senad estaria vinculado, em 1999 passou a chamar-se Gabinete de Segurança Institucional, ainda dirigido por militares. Observa-se, dessa forma, que o atual modelo de repressão às drogas⁶, está inserido no processo de militarização da segurança nacional.

Ainda em 1998, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, participando de Sessão Especial da Assembléia Geral das Nações Unidas, dedicada a “enfrentar o problema mundial da droga” aderiu aos “Princípios Diretivos de Redução da Demanda por Drogas” estabelecidos pelos Estados membros, reforçando um “compromisso político, social, sanitário e educacional, de caráter permanente, no investimento em programas de redução de demanda de drogas”, para concretizar a execução das medidas descritas na Convenção de Viena. Na oportunidade, reestruturou o Sistema Nacional Antidrogas com a finalidade de eliminar, no Brasil, o “flagelo representado pelas drogas”.

Logo, pelo Decreto 3.696 de 2000 foi instituído o Sistema Nacional Antidrogas (SISNAD), previsto no art. 3º da Lei 6.368 de 1976, tendo como atividades: “repressão ao uso indevido, do tráfico ilícito, e da produção não autorizada de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica; e prevenção do uso indevido de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica, bem como aquelas relacionadas com o tratamento, recuperação e reinserção social de dependentes”.

Passaram a integrar o SISNAD: o Conselho Nacional de Drogas (CONAD), órgão normativo e de deliberação coletiva; o Gabinete de Segurança Institucional, responsável pelas políticas de prevenção, tratamento, recuperação e reinserção social dos dependentes, cujo órgão executivo é a SENAD; o Ministério da Justiça, responsável pela repressão, cujo órgão executivo é o Departamento da Polícia Federal; Ministérios da Defesa, Educação, Previdência e Assistência Social, Relações Exteriores, Saúde; Secretaria da Receita Federal; Conselho

⁶ Em matéria intitulada “Lula decide manter Senad com militares”, publicada pela Folha de São Paulo em 29 de julho de 2003, observa-se a decisão do atual Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em manter a Senad vinculada ao Gabinete de Segurança Institucional, cujo ministro-chefe é o General Jorge Armando Felix, contrariando, inclusive promessa prevista no programa de governo.

Nacional de Educação; Conselho de Controle de Atividade Financeira; Agência Brasileira de Inteligência; e os órgãos dos Estados, Distrito Federal e Municípios que exercem atividades antidrogas e de recuperação de dependentes.

Nesse sentido, a SENAD, o Departamento da Polícia Federal e outros agentes da SISNAD, elaboraram a atual Política Nacional Antidrogas (PNAD) posteriormente, aprovada pelo CONAD (Decreto 4.345 de 2002) no que tange à redução da demanda e da oferta de drogas.

Os pressupostos básicos desta Política, que acabaram por se tornar mera retórica em face do modelo político criminal até hoje adotado, seriam: a construir uma sociedade livre do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas; reconhecer as diferenças entre o usuário, o dependente e o traficante de drogas de forma a dá-los tratamento diferenciado; evitar a discriminação dos dependentes e usuários de drogas; priorizar a prevenção do uso de drogas e o tratamento adequado aos dependentes; intensificar a cooperação internacional em relação às drogas.

Em fevereiro de 2002 entrou em vigor no Brasil a Lei 10.409 que dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso, e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias, ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim arroladas pelo Ministério da Saúde. Tal lei que foi denominada como “a nova lei de tóxicos”, no entanto, não definiu nenhum crime em face do veto inteiro do Capítulo III, continuando em vigor os tipos previstos na Lei 6.368/76. Destaca-se na Lei 10.409/02 o novo procedimento penal para os crimes previstos nos arts. 12 a 19 da 6.368/76.

Por fim, em 2004, o Decreto 5.144, conhecido como Lei do Abate, estabeleceu “os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública”, o que confirma o que se afirmou sobre a militarização da segurança pública no Brasil.

Para Nilo Batista (1997, p. 143), ressalta que a severidade da legislação pátria sobre drogas:

(...) exprime não somente a síndrome dos governos latino-americanos de serem “mais drásticos que o próprio governo norte-americano”, mas também a funcionalidade mítica da droga para o exercício daquele controle social máximo sobre as classes marginalizadas, cujos filhos são recrutados para trabalhar nos arriscados estágios da produção e comercialização de um produto cujo mercado está condicionado por sua criminalização e cujos preços oscilam na razão direta da maior ou menor eficiência das agências de repressão penal.

Diante de todo o exposto, percebe-se que o conjunto de transformações operadas no Brasil na década de sessenta e setenta alterou a estrutura das relações e as condições das lutas de classes no país, complicadas não apenas pelas mudanças na forma do capitalismo (de competitivo para monopolista), mas pela natureza imperialista dos capitais monopolistas, deslocando para o exterior os centros de decisão da economia e da política internas, “cujas linhas gerais informam os sistemas e aparelhos internos de organização, controle e disciplina das relações sociais” (SANTOS, 1984).

A globalização (transnacionalização) das relações de produção e de comercialização, com a formação dos monopólios e a hegemonia econômica e política de países imperialistas em escala universal, gerou correspondentes problemas de controle social e criminal nas áreas de atuação do capital internacional.

Ante a desordem que provoca a globalização e que é própria do mercado, somada a das interferências proibitivas e às características que assume na periferia do poder mundial, onde impera uma corrupção maior ou mais manifesta, era natural que se exportasse também a tecnologia de controle ou que, ao menos, se tentasse fazê-lo. “Trata-se de uma lei que se repete: quando se transfere um problema social, segue-se a transferência da ideologia do controle” (ZAFFARONI, 1996).

É o que ocorreu com as drogas. Uma vez tornadas ilícitas, sua comercialização se tornou altamente lucrativa, a ponto de representar ameaça às grandes economias, como a norte-americana, que não detinham o predomínio na produção. Ao mesmo tempo, proporcionou a construção de um discurso político-jurídico, cuja real função consiste em legitimar a intervenção imperialista dos EUA em nações subalternas.

Juarez Cirino dos Santos (1984) chama a atenção para uma forma de violência sutil, mas não menos eficiente: a violência do imperialismo ideológico, que impõe à América Latina o consumo de teorias importadas em todas as ciências sociais, especialmente nas “ciências” do controle social e sua condensação em Códigos Penais, com suas políticas criminais literalmente transplantadas dos países imperialistas, como cópias de suas legislações.

A expansão do sistema capitalista e a hegemonia regional do imperialismo americano e europeu explicam a inculcação de culturas, modelos, idéias, técnicas estranhas à realidade e às necessidades continentais, garantindo a reprodução da relação imperialismo/colonialismo (SANTOS, 1984, p. 72).

Nesse contexto, é que se consolidam as três bases ideológicas do modelo político criminal adotado no Brasil (ideologia da Defesa Social, ideologia da Segurança Nacional e movimentos de “Lei e Ordem”), importadas acriticamente, e que permanecem inalteradas desde a década de setenta.

4 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NA ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A lei penal brasileira é de competência exclusiva da União que, através de seu Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, define as condutas objeto de criminalização e estabelece as sanções correspondentes (artigos 22, 44 e 48 da Constituição Federal).

A elaboração de leis penais constitui um mecanismo denominado criminalização primária. A criminalização primária, realizada pelas agências políticas (Poder Legislativo), “é o ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI, 2003, p. 43). A criminalização primária, portanto, seleciona os bens protegidos penalmente e os comportamentos ofensivos a estes bens descritos nos tipos penais.

Para o discurso oficial a legislação penal constitui o conjunto de normas obrigatórias que disciplinam as relações sociais, com base em critérios de liberdade e igualdade.

No entanto, através dos estudos da criminologia crítica, percebe-se que as normas penais são vinculadas fundamentalmente às relações de produção dominantes, pois “criminaliza, mais detalhada e mais rigorosamente, os comportamentos contrários às relações de produção dominantes, quer na sua estrutura econômica (crimes patrimoniais), quer na superestrutura política (crimes políticos)” (SANTOS, 1984), de forma que a criminalização atinge quase que exclusivamente os setores explorados e os marginalizados dos processos produtivos.

Os componentes do Poder Legislativo aparecem como representantes da vontade geral do povo expressa no voto, mas seus compromissos “reais” não são com a vontade geral do povo, ou com o interesse geral da sociedade, e sim com a vontade e os interesses das classes que dominam as relações de produção econômicas, reproduzindo e ampliando o seu poder.

Nesse sentido, as normas penais são as matrizes legais da violência institucional⁷, que é concretizada no processo de criminalização. A violência institucional enraizada nas normas

⁷ A violência primária é de natureza estrutural e institucional: a primeira modalidade define a violência das relações capitalistas de produção, e constitui a base, origem e a determinação geral de todas as outras espécies particulares de violência pessoal; a segunda modalidade define a violência oficializada, produzida pelo Estado, por seus aparelhos de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos de repressão (forças armadas, polícia, prisão), e pelo sistema legal, constituído de normas jurídicas coativas que disciplinam as relações sociais, garantindo e reproduzindo a violência de relações de produção injustas. Essa violência primária, estrutural e institucional, explica a violência pessoal (secundária e condicionada), como reações individuais de sujeitos obrigados a viver em condições sociais adversas, respondendo, irracionalmente, às frustrações e fúrias contidas

penais é meio de garantir os fundamentos e reproduzir o poder econômico e político das classes dominantes.

Todavia, o processo de criminalização orientado pelas normas penais apenas se efetua concretamente com a criminalização secundária. Na criminalização secundária se opera a seleção de certos indivíduos entre todos outros que realizam infrações às normas penais através das agências policiais, judiciais e penitenciárias (aparelhos do Estado). Essa seleção não é realizada aleatoriamente, mas sim tem como principal critério seletivo o estereótipo, que, em nosso país, corresponde ao homem pobre de origem negra.

A seguir, analisar-se-á, brevemente, as principais legislações que criminalizam “primariamente” condutas relacionadas às drogas.

4.1. A LEI 6.368 DE 1976

Em direito material, a legislação aplicável ao tema drogas ainda é a Lei 6.368 de 1976.

Apesar da entrada em vigor da Lei 10.409, denominada “a nova lei de tóxicos”, esta não definiu nenhum crime em face do veto inteiro do Capítulo III, continuando em vigor os tipos previstos na Lei 6.368/76.

Não é o objetivo do presente estudo uma análise detalhada dos tipos presentes na Lei 6.368/76, muito menos do respectivo procedimento judicial. A análise concentrar-se-á nos delitos dos art. 12 e 16 da lei.

Dentre os fatos puníveis descritos no art.12⁸ encontra-se o tráfico de drogas ilícitas. Este artigo não diferencia nem qualifica as espécies de tráfico, sujeitando um variado rol de

ao longo da experiência de vidas penosas, que os castiga e violenta permanentemente, antes e independentemente da comissão de quaisquer ações definidas pelo poder político como crime (SANTOS, 1984).

⁸ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I – importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

condutas à mesma pena (três a quinze anos de reclusão e multa), lesionando o princípio da proporcionalidade da pena. Além disso, prevê a incriminação de vários atos de execução que normalmente seriam encarados como preparatórios, em evidente afronta ao princípio de direito penal da lesividade.

No art. 14, a lei criou um crime autônomo, o crime de associação, diverso da regra do artigo 288 do Código Penal e conflituoso com o artigo 8º da Lei 8.072/90.⁹

A posse de drogas para uso próprio, por sua vez, foi prevista no art. 16 da Lei:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Segundo Salo de Carvalho (1997), a dogmática jurídico-penal brasileira, seguida pela jurisprudência, afirmaria que a lei não incrimina o uso, mas sim as condutas de “adquirir, guardar e trazer consigo” que trariam o “perigo social da detenção ilegal do tóxico”.

Essa sutileza do discurso oficial produz, a nosso ver, dupla consequência. Primeiramente, uma função simbólica que impõe ao senso comum a idéia de que o consumidor não é sujeito da repressão penal, pelo fato de que o hábito de usar não configura o tipo. A contrario sensu, uma função real que amplia a repressão, incidindo a lei sobre qualquer tipo de ação que se refira aos entorpecentes, eis que os verbos nucleares do tipo incorporam quaisquer espécies de condutas nas quais o modelo repressivo pretendia atuar (CARVALHO, 1997, p. 45).

Contudo, Salo de Carvalho (1997) ressalva que em relação ao crime de posse para uso, já haveria um aparente “processo de descaracterização”. A legislação penal, ao estabelecer as balizas da pena (6 meses a dois anos), já possibilitava a concessão da suspensão condicional da pena (desde que presentes os requisitos do art. 77 do Código Penal) aos indivíduos que incorressem nas sanções do art. 16 e, no caso do réu primário com “bons antecedentes” (condições concretas principais para a aplicação da pena mínima) a pena poderia ser

I – induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II – utiliza local de que tem propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.”

⁹ “Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”

substituída por multa (art. 60, §2º e 44, I e II, do Código Penal). Ainda, com a entrada em vigor da Lei 9.099 de 1995 e a criação dos Juizados Especiais Criminais, foram instauradas medidas penais e processuais alternativas que possibilitam a suspensão do processo (art. 89) para o crime de posse para uso próprio.

Porém, segundo o autor, o efeito produzido pelo “processo de descarcerização” também é meramente simbólico, visto que o usuário, esporadicamente receberia pena privativa de liberdade pela incidência da Lei 6.368/76.

Através da teoria penal do fato punível, pode-se tecer algumas críticas aos delitos dos art. 12 e 16 da Lei 6.368/76.

A dogmática penal é unânime em admitir duas categorias elementares do fato punível: o tipo de injusto e a culpabilidade.

O conceito de tipo de injusto é constituído pelos conceitos de ação, tipicidade e antijuridicidade.

A ação humana, segundo o modelo finalista, é realização de atividade final. O tipo legal, por sua vez, é a descrição da lesão de bens jurídicos, enquanto a antijuridicidade é um juízo de valoração do comportamento descrito no tipo legal.

Em primeiro lugar, observa-se que enquanto no art.16 encontram-se definidos os elementos subjetivos do tipo pela expressão “para uso próprio”, no art. 12 não há uma definição precisa do elemento subjetivo do tipo. Há apenas dolo genérico, ausentando-se o dolo específico, que no tipo de tráfico, pode-se afirmar que seria o propósito de comércio ou o fim de lucro.

A ausência do dolo específico no tipo de injusto de tráfico desrespeita o conceito de ação (realização de atividade final) da teoria finalista, modeladora de todo nosso ordenamento penal, possibilitando, inclusive, interpretações arbitrárias.

A definição de ação como *atividade dirigida pelo fim* (nobre ou abjeto, altruísta ou egoísta, legal ou criminoso) destaca o traço que diferencia a ação de todos os demais fenômenos humanos ou naturais, e permite delimitar a base real capaz de incorporar os atributos axiológicos do conceito de crime, como ação típica, antijurídica e culpável. Ao contrário, a exclusão da *finalidade*, como propósito consciente que unifica os movimentos particulares em um conjunto significativo, destrói a especificidade da ação como fenômeno exclusivamente humano (SANTOS, 2004, p. 30-31).

Em segundo lugar, pode-se afirmar que o art. 16 da Lei 6.368/76 revive os tipos de autor do positivismo criminológico ao impor sanção a condutas habituais, privadas e relativas a opção individual (CARVALHO, 1997). O tipo de autor é aquele que não pretende definir

condutas normativamente, e sim personalidades, o que é vedado pelo princípio penal da lesividade¹⁰.

“É de todo evidente que proibir uma personalidade implica a aberrante pretensão de um direito penal que ignora qualquer limite de privacidade e reserva. Qualquer tipo de autor seria inconstitucional em nosso direito positivo (...)” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 448-449).

Observa-se, ainda, que os tipos do art. 12 e 16 preservam a norma penal em branco (“substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”) e o tipo aberto (“de qualquer forma”), o que gera incriminações vagas e indeterminadas e permite a criação de tipos penais mediante atos administrativos da autoridade sanitária (Poder Executivo). Ora, a exigência de “lei certa” é um dos desdobramentos garantistas do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), bem como é a Constituição pátria determina que apenas a lei (de competência do Poder Legislativo) pode criar tipos penais.

Os tipos descritos nos referidos artigos também são classificados, segundo a teoria do tipo, como de perigo abstrato, isto é, não há necessidade de que ocorra efetiva lesão do bem jurídico para que o crime seja consumado. A simples realização da conduta descrita no tipo legal, define o fato como criminoso.¹¹

Segundo Salo de Carvalho (1997), no discurso da política oficial, a classificação dos crimes como de perigo abstrato possibilita que tanto repressão quanto prevenção sejam realizadas conjuntamente. Por outro lado, no plano substantivo, a utilização irrestrita de crimes de perigo abstrato causa sérias violações à estrutura clássica do direito penal, gerando uma série de incompatibilidades com valores e princípios constitucionais, em especial os da legalidade e culpabilidade.

É inadmissível determine o legislador que a mera atividade constitua ilícito punível sem observar o requisito à ação, que é o processo causal e o dano efetivo do bem, já que,

¹⁰ Segundo Nilo Batista (2004), o princípio da lesividade possui quatro funções : proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados e condições existenciais (direito penal de autor); e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

¹¹ Segundo Juarez Cirino dos Santos (2004, p. 40-41), conforme o tipo descreva uma lesão do objeto de proteção, ou um perigo para a integridade do objeto de proteção, distingue-se entre tipos de lesão e tipos de perigo. Os tipos de lesão se caracterizam pela lesão real do objeto da ação. Os tipos de perigo descrevem somente a produção de um perigo para o objeto de proteção. Estes, por sua vez, distinguem-se em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato. Nos tipos de perigo concreto, a realização do tipo pressupõe a efetiva produção de perigo para o objeto da ação. Já nos tipos de perigo abstrato, a típica ou presumida perigosidade da ação para o objeto de proteção é suficiente para a sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido.

desde um conceito material-constitucional de delito, a tipicidade é bem mais que adequação ao tipo penal.

Como consequência, não se pode olvidar que, ao presumir-se legalmente o perigo a um bem jurídico, fica o julgador desobrigado da atividade probatória tendente a demonstrar a culpabilidade do agente, trazendo contornos autoritários ao direito penal pátrio, desestruturando os direitos e garantias fundamentais. Ainda, torna-se extremamente difícil a valoração da proporcionalidade da pena. (CARVALHO, 1997).

A jurisprudência dominante no Brasil consolidou-se através de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que reafirmavam o entendimento doutrinário de que os crimes relacionados a drogas são de perigo abstrato. Em consequência disso, adotam o entendimento de que qualquer quantidade de substância ilegal, independente do seu grau de lesividade e ofensividade, tem o potencial de ofender o bem jurídico saúde pública, o que impede que se sustente a tese da atipicidade e a consequente descriminalização judicial do porte de ínfima quantidade de droga.

Na lição de Juarez Cirino dos Santos (2004, p. 33) o conceito de tipo pode ser definido segundo três diferentes pontos de vista:

a) como *tipo legal* constitui a descrição do comportamento proibido, com todas as suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizada na parte especial do CP (e leis complementares); b) como *tipo de injusto* representa a descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência das causas de justificação); c) como *tipo de garantia* (tipo em sentido amplo) realiza a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), expressa na fórmula *nullum crimen, nula poena sine lege*, e compreende todos os pressupostos de punibilidade: além dos caracteres do *tipo de injusto* (tipicidade e antijuridicidade), também os fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto (culpabilidade), assim como as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais.

No terceiro ponto vista (tipo de garantia) observa-se a íntima relação do tipo com o princípio da legalidade, consagrado em nosso ordenamento pelo art. 5º, inciso XXXIX da Constituição. O tipo apareceria como categoria racionalizadora do princípio da legalidade.

Desenvolvendo a teoria em perspectiva criminológica, o tipo penal apareceria como instrumento fundamental da criminalização primária (seletiva), eis que é abstração artificial decorrente do processo de escolha prévia de condutas pelo legislador penal. A contrario sensu, aparece também como instrumento de garantia, nos moldes da fundamentação teórica advinda dos teóricos clássicos oitocentistas (CARVALHO, 1997, p. 52).

Utilizando-se uma definição material de fato punível, tem-se a categoria do bem jurídico como fundamental na análise do tipo. As definições materiais “indicariam a gravidade do dano social produzido pelo fato punível, como lesões de bens jurídicos capazes de orientar a formulação de políticas criminais” (SANTOS, 2004). Portanto, a função do tipo, nessa perspectiva, é a de proteção de bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Contudo, considerando-se, criticamente, que a seleção dos bens a serem protegidos não é mais que uma decisão política, o delito como fato socialmente negativo não se diferenciaria de outros fatos desta natureza, a não ser por ser qualificado como tal.

Fazendo-se por decisão política do Estado, a seleção dos interesses ou direitos, individuais, coletivos ou institucionais - identificáveis como bens jurídicos – a serem objeto da tutela penal e a definição das condutas deles afetadoras a serem qualificadas como delitos, naturalmente, atendem aos interesses e valores dominantes em um dado momento histórico e em uma dada formação social. instrumentalizando o exercício do poder, em sua expressão punitiva, de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social (KARAM, 2000, p. 332).

Entende Dimitri Dimoulis (2000) que uma abordagem realista não pode negar que “as decisões políticas são ditadas por interesses particulares e objetivam a conservação/reprodução de um sistema de poder, mesmo quando apresentadas como expressão de um ‘interesse geral’”.

Segundo Alessandro Baratta (1994), duas funções são tradicionalmente atribuídas ao conceito de bem jurídico: uma função imanente ao sistema de direito penal positivo, denominada intra-sistemática, e uma função extra-sistemática.

A primeira, segundo o autor, obedeceria à interpretação teleológica das normas penais e sua construção sistemática.

A consequência dogmática principal deste uso intra-sistemático do conceito de bem jurídico é a duplicação da antijuridicidade: antijuridicidade formal é a violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo (Binding); antijuridicidade material é a lesão ou ameaça do interesse protegido pela norma. Há responsabilidade penal somente quando se realizam ambas formas de antijuridicidade. Não obstante, a antijuridicidade material está condicionada à existência da antijuridicidade formal (BARATTA, 1994, p. 05).

A noção intra-sistemática de bem jurídico cria a possibilidade de legitimar as escolhas, seleção de interesses ou direitos, do legislador penal.

Já a função extra-sistemática do conceito de bem jurídico seria utilizada como critério de apreciação do sistema positivo e da política-criminal.

No entanto, observa Alessandro Baratta (1994, p. 07-08), a distinção entre função intra-sistemática e extra-sistemática do conceito de bem jurídico é relativa, ou seja, não é tão precisa como poderia parecer à primeira vista:

Na realidade as definições extra-sistemáticas dos bens dignos de tutela têm sido obtidas utilizando-se amplamente, num ponto de vista heurístico, o sistema dos bens protegidos pelas normas penais existentes. Inversalmente [*sic*], observa-se que nas definições intra-sistemáticas os modelos ideais e as valorações político-criminais dos autores em particular sobrepõem-se amplamente às operações analíticas sobre as normas penais existentes.

Esta “circularidade” do procedimento apresenta um duplo inconveniente. Por um lado vemos que interesses e valores “extra-positivos” são definidos no interior da lógica do discurso punitivo. Este, por sua vez apresenta duas características básicas que estão consolidadas na tradição do direito penal: em primeiro lugar a sociedade é considerada como uma comunidade homogênea de valores e interesses, que busca defender-se de uma minoria de pessoas desviantes. Em segundo lugar, a atenção do discurso fica polarizada entre os conflitos interpessoais e os conflitos entre indivíduos e sociedade, enquanto ficam excluídos os conflitos estruturais e aqueles que se dão entre grupos sociais. Está claro que se estas características influenciam a ótica “extra-sistemática” sobre o “negatividade social”, produzir-se-á uma visão deformada e parcial dela que é inadequada para fornecer critérios eficazes para a valoração crítica dos sistemas punitivos existentes e para a formulação de projetos inovadores no âmbito da política do controle social.

O resultado desse procedimento circular não é nada mais do que a reprodução material do sistema punitivo e da distinção tradicional entre situações relevantes e irrelevantes para tal sistema. Nesse sentido, define-se o direito penal como um “instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal” (BARATTA, 1994, p. 10).

Percebe-se que a própria noção de bem jurídico é relativa e por isso não poderia ser utilizada como critério para política-criminal. Alessandro Baratta (1994, 2004) sugere que se reserve o termo bem jurídico aos resultados das construções intra-sistemáticas e que se utilize outro termo para o referente material construído no âmbito das operações extra-sistemáticas.

Vinculadas e determinadas pelas características básicas da formação social onde se desenvolve o poder do Estado de punir, a seleção e a definição de bens jurídicos e de condutas deles afetadoras objeto de tratamento penal não necessariamente se pautam pela consideração prioritária dos bens jurídicos de maior relevância para a sobrevivência digna dos componentes humanos daquela dada formação social ou das condutas que mais intensamente os afetam, a prioridade determinando-se sim pelo atendimento aos valores e interesses dominantes no exercício do poder do Estado, diante da funcionalidade do processo de criminalização para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global daquela dada formação social (KARAM, 2000, p. 333).

O bem jurídico que se diz tutelar pelas normas da Lei 6.368/76 é a saúde pública, sendo sujeito passivo formal do delito o Estado (coletividade), independente do fato ser enquadrado nas figuras do art. 12 (onde o Estado é o sujeito passivo e o consumidor, que recebe a substância, sujeito passivo secundário) ou do art. 16 (CARVALHO, 1997).

Ora, já se assinalou que a incriminação constante no art. 16 da Lei 6.368/76 (uso próprio), penaliza crime sem vítima. A vítima, na realidade, seria o próprio usuário que participa consensualmente do fato, não exige tutela jurisdicional, não sente dano em relação ao verdadeiro bem jurídico protegido pela norma e não deixa de consumir determinada substância pelo fato de estar criminalizada.

O princípio de direito penal da lesividade veda a punibilidade da autolesão, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como o uso de drogas. Entende-se, portanto, como atípicas as condutas descritas no art. 16 da Lei 6.368/76.

O art. 16 da Lei 6.368/76 fere ainda os princípios constitucionais do pluralismo, da igualdade (art. 5º, *caput*), da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), bem como o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Segundo Salo de Carvalho (1997), como a função do direito penal ficaria restrita somente à proteção necessária do bem jurídico, estariam excluídos por atipicidade material todos os delitos insignificantes aos bens elencados pelos tipos (princípio da insignificância ou da bagatela).

Nesse sentido, adotando-se a teoria da adequação social, formulada por Welzel, entende que ações realizadas no contexto da ordem social histórica da vida são ações socialmente adequadas e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo legal (SANTOS, 2004).

A tipicidade, portanto, não se esgotaria no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal, mas a ação descrita neste deveria revelar-se ofensiva e perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal.

Tornam-se, então, atípicas todas as condutas lesivas insignificantes ou que não produzam lesões ou perigo de lesão aos bens protegidos, visto que é este (bem jurídico) que determina a estrutura do tipo penal. Se este bem não tem força e/ou repercussão em nível social – entendido em amplo aspecto de relação aos valores sociais -, carece de tutela, originando processo descriminalizante no interior da estrutura da Teoria do Delito (CARVALHO, 1997, p. 60).

Em relação a culpabilidade é necessário também tecer algumas considerações. A culpabilidade tem sido entendida pela dogmática penal, no sentido finalista, como juízo de valoração (reprovabilidade), imposto ao indivíduo pela conduta típica e antijurídica. Na lição de Juarez Cirino dos Santos (2004, p. 199) o juízo de reprovabilidade tem por objeto a realização não justificada do tipo de injusto e por fundamento:

1) a **imputabilidade**, como conjunto de condições pessoais mínimas que capacitam o sujeito de *saber o que faz*, excluído em hipóteses de menoridade ou de doenças e anomalias mentais incapacitantes, 2) a **consciência da antijuridicidade**, como conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável *saber, realmente, o que faz* excluído ou reduzido em casos de erro de proibição e 3) a **exigibilidade de conduta diversa**, como expressão de normalidade das circunstâncias do fato e indicação de que o autor *tinha o poder de não fazer o que fez* excluído ou reduzido nas situações de exculpação.

Uma vez que a culpabilidade é entendida como reprovação pessoal do agente, tem-se como consequência lógica o reconhecimento do livre arbítrio (capacidade e liberdade para determinar-se conforme o direito).

No entanto, a tese da liberdade de vontade do conceito de culpabilidade é indemonstrável como afirmam a psicologia e sociologia moderna. Dessa forma, hoje “a tese da culpabilidade como *fundamento* da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como *limitação* do poder de punir (...)”, de forma a garantir a liberdade do cidadão contra o poder do Estado (SANTOS, 2004, p. 205).

O juízo de culpabilidade é entendido, todavia, pela maioria da doutrina atual sob uma perspectiva dúplice: como fundamento da pena e limite do poder de punir.

Ainda, a distinção entre atitude interior positiva e atitude interior reprovável remeteria ao princípio do bem e do mal que caracteriza a ideologia da Defesa Social.

Outro aspecto relevante seria determinar o que se entende por consciência da antijuridicidade (ou conhecimento do injusto), um dos elementos do conceito de culpabilidade.

Juarez Cirino dos Santos (2004) apresenta três posições sobre a definição do objeto da consciência do injusto, ou seja, o substrato mínimo de conhecimento do injusto necessário para configurar a consciência da antijuridicidade.

A teoria tradicional, representada por Jescheck e Weigend, define a antijuridicidade material como objeto da consciência do injusto, consistente no conhecimento da contradição entre comportamento real e ordem comunitária, o que permitiria ao sujeito saber que seu

comportamento infringe o ordenamento jurídico, independente de conhecer o bem jurídico lesionado ou a punibilidade do fato.

A teoria moderna, representada por Otto, apresenta a punibilidade do fato como objeto do conhecimento do injusto, ou seja, o sujeito deve ter consciência que determinado comportamento é punível através de uma norma penal positiva, embora não se exija o conhecimento preciso dos parágrafos da lei infringidos.

Para a terceira posição, representada por Roxin e provavelmente dominante na doutrina, conhecer a danosidade social ou a imoralidade do comportamento (teoria tradicional) seria insuficiente, e conhecer a punibilidade do fato (teoria moderna) seria desnecessário, pois o objeto da consciência do injusto seria a “antijuridicidade concreta”, como conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2004) a literatura brasileira, em geral, não menciona a controvérsia sobre o objeto da consciência do injusto, limitando-se à difusão exclusiva da teoria tradicional, cuja amplitude excede os limites objetivos do conhecimento do injusto.

Na lição de Salo de Carvalho (1997), a consciência da antijuridicidade representaria características externas que fazem delitivas as condutas, exigindo, do indivíduo, pleno entendimento da ilicitude do ato. O pressuposto cognitivo seria algo mais que mera compreensão causal, inserindo-se, neste plano, a internalização do complexo normativo.

Apesar de a culpabilidade significar reprovação do ato praticado por um indivíduo dotado de livre-arbítrio, e esta não poder ser confundida como juízo de censura moral, invariavelmente, abandona-se sua perspectiva normativo-finalista para vincular sua aplicabilidade não à capacidade de autodeterminação do agente, mas a julgamento retributivo e ético sobre sua conduta – culpabilidade de caráter, vinculada à periculosidade do indivíduo. Aliás, a própria sistemática do art. 59 do Código Penal brasileiro demonstra ainda o apego às teorias positivistas etiológicas, pois admite, expressamente, que o juiz, para cominação da pena, atenderá à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente et coetera (CARVALHO, 1997, p. 68).

Contudo, o vínculo irrestrito à teoria da culpabilidade implica no retrocesso ao direito penal de autor.

Alessandro Baratta (2002) coloca em dúvida o princípio da culpabilidade¹², construído nos moldes da ideologia da Defesa Social, no confronto com a teoria das subculturas

¹² Em contrapartida, o princípio da culpabilidade em uma perspectiva garantista deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como

criminais. O comportamento desviante não poderia ser interpretado como expressão do comportamento interior, dirigido contra determinado valor, pois não existe sistema de valoração oficial, muito menos unívoco, mas uma série de valores empreendidos nos subsistemas, cuja transmissibilidade aos indivíduos ocorre pelos mecanismos de interação e aprendizagem.

Dessa forma, nega-se que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas presentes na sociedade e, ainda, afirmam que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subculturas). Estes, através de mecanismos de interação e de aprendizagem no interior dos grupos são interiorizados pelos indivíduos pertencentes aos mesmos e determinam, portanto, o comportamento, em concurso com os valores e normas tidos como oficiais.

Não existe, pois, *um* sistema de valores, ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é *livre* de determinar-se, sendo *culpável* a atitude daqueles que, *podendo*, não deixam “determinar pelo *valor*”, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade, cara principalmente para a doutrina penal alemã (concepção normativa, concepção finalista). Ao contrário, não só a estratificação e o pluralismo dos grupos sociais, mas também as reações típicas de grupos socialmente impedidos do pleno acesso aos meios legítimos para a consecução dos fins institucionais, dão lugar a um pluralismo de subgrupos culturais, alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e normas [como é a subcultura da droga], e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele (BARATTA, 2002, p. 74).

Ora, já foi tratado anteriormente que o direito penal não exprime, pois, somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona valores de acordo com os grupos sociais dominantes, o que revela a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas penais.

A tentativa de criar um sistema único de valores e de bens jurídico comuns está em contradição com os próprios valores contidos no Preâmbulo da Constituição Federal: “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Ainda, segundo Alessandro Baratta (2002), somente aparentemente estaria à disposição do sujeito escolher o sistema de valores ao qual adere. Na realidade, “condições sociais, estruturas e mecanismos de comunicação e de aprendizagem determinam a pertença

exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável. Em segundo lugar, exige a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas conseqüências: a intranscendência e a individualização da pena. A intranscendência impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime (art. 5º, XLV, da Constituição Federal), enquanto a individualização exige que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina.

de indivíduos a subgrupos ou subculturas, e a transmissão aos indivíduos de valores, normas, modelos de comportamento e técnicas, mesmo ilegítimos”.

Conclui, pois, Salo de Carvalho (1997) que tomar como base a teoria das subculturas criminais e a premissa básica de que inexistente sistema homogêneo de valores nas sociedades contemporâneas, aliado ao fato de que a subcultura da droga é um sistema fechado e auto-reprodutivo, em que o *mass media* compõe e recompõe o consenso, implica colocar em questão o princípio da culpabilidade e os mitos que este solidificou. “Torna-se impossível, assumindo tal perspectiva, valorar condutas desviantes tendo como base modelo homogêneo de reprovação” (CARVALHO, 1997, p. 73).

4.2. CRIMES HEDIONDOS

A Lei 8.072 de 1990 configura reflexo tardio da experiência legislativa nacional frente ao problema das drogas, que toma conta do cenário internacional na década de oitenta (CARVALHO, 1997).

Na referida década consolida-se modelo jurídico-político transnacional e genocida, de total violação aos direitos fundamentais dos cidadãos dos países considerados “inimigos”, pelo fato de serem produtores ou rotas internacionais do tráfico. No Brasil, o modelo terá como consequência o ingresso no ordenamento de novas legislações e o recrudescimento dos antigos estatutos.

O discurso oficial estabeleceu o consenso de que o consumo de cocaína havia crescido drasticamente, considerando-o grande problema de saúde pública no país, quando, na realidade, pesquisas empíricas revelavam que as substâncias lícitas (álcool, cigarro, psicofármacos) e a maconha eram as mais consumidas pela juventude nacional.

Nesse contexto, os movimentos de “Lei e Ordem” exigiam do Legislativo, medidas severas no combate às drogas e, através do *mass media*, constituíram o substrato político-ideológico da norma constitucional que considerou o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5º, XLIII).

Segundo Salo de Carvalho (1997), este quadro, absorvido pelos meios de comunicação e respaldado pela opinião pública, foi fundamental para a inclusão do inciso XLIII no art. 5º da Constituição, visto que muitos dos deputados e senadores constituintes foram eleitos com sustentação em plataformas políticas que tinham como ponto crucial a segurança pública.

A norma constitucional criou categoria ambígua, com conotação nitidamente alarmista, o crime hediondo, até então inexistente no direito penal brasileiro, abrindo o caminho para a elaboração da Lei 8.072 de 1990.

A Lei dos crimes hediondos, encarada pela opinião pública como solução para os problemas da criminalidade, configurou a primeira grande avaria que o sistema penal brasileiro recebeu após a promulgação da Constituição de 1988.

Etiquetou-se, portanto, com a denominação comum de hediondo um grupo heterogêneo de delitos, outorgando-lhes um tratamento punitivo extremamente rigoroso e desproporcional. Para Raúl Cervini (1994) o único ponto em comum desse grupo de delitos seria o conteúdo irracional do sentimento, induzido e explorado, em especial pelo *mass media*, que tais delitos provocam nas camadas mais abastadas da sociedade brasileira.

A lei, promulgada com o fim de regulamentar o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição, definiu como hediondos os crimes de homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (acrescentado pela Lei 8.930 de 1994); latrocínio; extorsão qualificada com resultado morte; extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada; estupro; atentado violento ao pudor; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (redação dada pela Lei 9.677 de 1998). O crime de genocídio, tentado ou consumado, recebeu igualmente o rótulo de hediondo no parágrafo único da Lei.

No que diz respeito ao tráfico ilícito de entorpecentes, não o incluiu na rotulação legal do art. 1º. No entanto, identificou-o com os crimes hediondos em seu art. 2º.

Entende Salo de Carvalho (1997) que, apesar de pacífica a jurisprudência no sentido de não identificar o tráfico como crime hediondo, os efeitos, em nível político-criminal, são incontestes, tanto no que diz respeito à cobrança da opinião pública no sentido de intensificar a repressão, como no sistema de segurança pública do Estado em responder a estes anseios, razão porque não há como excluir esta legislação do complexo legal que conforma as bases da política penal brasileira de combate às drogas.

Dessa forma, a lei proibiu a anistia, a graça, o indulto, a fiança e a liberdade provisória, bem como determinou a impossibilidade de progressão de regime, para o tráfico de drogas (art. 2º, incisos I, II e III). Pretendendo elevar as penas de quadrilha voltada à prática de delitos por ela contemplados (art. 8º), sem notar que à associação delitiva do art. 14 da Lei 6.368/76 já se cominava pena elevadíssima (3 a 10 anos de reclusão), acabou por

involuntariamente reduzi-la. A lei, ainda, dobrou os prazos do procedimento judicial (art. 10), para garantir uma prisão provisória mais extensa aos acusados de tráfico.

O recrudescimento da legislação em relação aos agentes ligados ao tráfico de drogas ilícitas, constituiu evidente lesão aos princípios da igualdade, da presunção da inocência e da humanidade.

4.3. CRIME ORGANIZADO

4.3.1. O Discurso Sobre o Crime Organizado

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2002), existem basicamente dois discursos sobre o crime organizado, estruturados nos pólos americano e europeu do sistema capitalista: o discurso norte-americano sobre o *organized crime*, definido como “conspiração nacional de etnias estrangeiras”, e o discurso italiano sobre o *crimine organizzato*, cujo objeto é a atividade da “máfia”, uma realidade sociológica, política e cultural secular da Itália Meridional.

O discurso italiano pretende esclarecer a realidade doméstica do fenômeno mafioso, inconfundível com o conceito indeterminado de *crimine organizzato*, no contexto das contradições históricas, econômicas, políticas e culturais locais. Dessa forma, é um discurso que não pode ser transferido para outros contextos nacionais “sem grave distorção conceitual ou deformação do objeto de estudo” (SANTOS, 2002). O legislador nacional, todavia, sem qualquer consciência deste fato, inspirou-se no modelo italiano de combate às organizações mafiosas para a elaboração da lei brasileira sobre o crime organizado.

A locução crime organizado e, conseqüentemente, o discurso norte-americano em torno dele, surgiram para denominar uma série de delitos decorrentes do *Volstead Act* de 1920, que instituiu a “lei seca”.

Com essa experiência surgiu o que Zaffaroni (1996) denominou de “paradigma mafioso” no discurso norte-americano, que se consolidou oficialmente no período da guerra fria e se mantém, quase sem alterações, até o presente.

Generalizou-se nos EUA a idéia de uma grande conspiração mafiosa a nível nacional, com organização secreta altamente sofisticada, e que passou a exercer no público a fascinação

própria de toda a conspiração, habilmente explorada pelos políticos no campo do clientelismo e na construção de plataformas políticas.

Segundo Zaffaroni (1996), este paradigma parte da afirmação de que as organizações criminosas têm uma estrutura sofisticada, centralizada, hierarquizada, criando na população a ilusão de que há um Estado (comandado pelas organizações criminosas) dentro do Estado. Ainda, o crime organizado corresponderia a fenômenos externos à sociedade norte-americana e, fundamentalmente, a determinantes culturais ou biológicas de grupos imigrados, o que legitima a criação de estereótipos e o, conseqüente, controle social. O paradigma transfere o modelo “máfia” com essas características a toda criminalidade vinculada ao mercado ilegal de bens e serviços.

Na realidade, a “máfia” estaria menos centralmente coordenada do que acreditava o imaginário popular. Estas atividades normalmente seriam organizadas em forma subcultural e local, e não teriam a organização rígida e burocrática que pretende a versão difundida pelo discurso oficial. No entanto, a imprensa e a polícia, através de dados sem qualquer validade científica, assegurariam a sustentação da reputação das organizações mafiosas.

Logo, é evidente a existência de uma função política oculta representada pelo referido discurso, a saber: a legitimação da repressão interna de minorias étnicas nos EUA e, eventualmente, das restrições externas à soberania de nações independentes, com o objetivo de impor diretrizes locais de política criminal que, de fato e na verdade, são formuladas para resolver problemas sociais internos do povo norte-americano. Conclui Juarez Cirino dos Santos (2002) que o discurso norte americano do *organized crime* é por excelência o discurso do poder contra determinados “inimigos internos”.

O conceito de crime organizado, desenvolvido no centro do sistema de poder econômico e político globalizado, recebeu na periferia desse sistema homenagens de cidadania, como se fosse um discurso criminológico próprio (SANTOS, 2002).

Atualmente, a locução crime organizado vem sendo indistintamente utilizada para abranger um número incerto dos mais diversos crimes tais como os monetários, lavagem de dinheiro, fraude nos sistemas financeiros, crimes de extorsão, corrupção, concussão, prevaricação, contrabando de mercadorias, de materiais radioativos, de tecidos humanos, comércio de armas, drogas, tecnologias sofisticadas mediante espionagem industrial ou compra de segredo, prostituição, tráfico de mulheres e crianças, crimes ecológicos, roubo de cargas, terrorismo, pirataria, falsificação de remédios, dentre vários outros. E, não raro, tem sido utilizada no Brasil, sem qualquer preocupação técnica, para adjetivar fenômenos, como, por exemplo, o Movimento dos Sem Terra.

Para Luiz Flávio Gomes (1997) a locução crime organizado mais corresponderia entre nós, pelo menos, a uma “figura de linguagem” que a um conceito jurídico ou sociológico. A enunciação atingiu o domínio popular, principalmente através do *mass media*, passando a significar todo aquele delito que é realizado por um grupo de pessoas dotado de um mínimo de organização.

O crime organizado é um fenômeno do mundo contemporâneo, e como tal não se confunde com qualquer associação para a prática de delitos, muito menos com o crime de quadrilha ou bando tipificado no art. 288 do Código Penal pátrio. Raúl Eugenio Zaffaroni (1996, p. 46) é enfático em afirmar que:

O organized crime como tentativa de categorização é um fenômeno de nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc., porque isso não faz mais que indicar que se há olvidado uma ou mais das características em que se pretende fundar essa categoria, como são a estrutura empresarial e, particularmente, o mercado ilícito.

Dessa forma, ao se tratar do crime organizado, resta claro que não se está fazendo referência a qualquer pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, mas sim a um fenômeno diferenciado que é inconcebível no mundo pré-capitalista, no qual não havia empresa nem mercado na forma em que se conhece hoje.

Zaffaroni (1996) constata que o grupo de atividades abarcadas pelo conceito de crime organizado está subordinado à economia de mercado.

Nesse sentido, a proibição da comercialização de certos serviços e bens, como as drogas, interferem no mercado, gerando áreas não disciplinadas pela lei, e um crescimento desmesurado da renda do proibido. Conseqüentemente, abrem-se espaços que, como em todo o mercado, são ocupados empresarialmente por atividades cuja separação entre o lícito e o delitivo não é tão delimitada.

(...) crime organizado seria o conjunto de atividades ilícitas que operam no mercado, disciplinando-o quando as atividades legais ou o estado não o fazem. Em termos mais precisos, sua função econômica seria a de abranger as áreas de capitalismo selvagem que carecem de um mercado disciplinado (ZAFFARONI, 1996, p. 53).

Logo, o poder público consistiria na maior fonte do crime organizado. O Estado, numa economia de mercado, através da proibição, pode realizar a criação artificial de objetos valiosos, seja bens ou serviços. Ao transformar um objeto corrente em valioso, cria uma economia subterrânea, que será mais organizada e sofisticada quanto maior o capital obtido de

suas atividades. É o Estado “alquimista”, a que alude Zaffaroni (XV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL, 1994).

A intervenção do sistema penal, com a imposição de restrições à comercialização de certos bens, se traduz em um protecionismo baseado nos critérios de seletividade penal, e não nos de seletividade econômica. A intervenção do sistema penal no mercado não atingiria apenas as áreas de indisciplina, mas também as atividades legais, uma vez que o legal e o ilegal aparecem mesclados de forma indivisível.

Essa intervenção termina sendo um conjunto de medidas de protecionismo irracional ou arbitrariamente selecionado, que com demasiada frequência aumenta as próprias atividades ilícitas, a corrupção (particularmente nos países periféricos) destrói a competitividade do em empresariado mais vulnerável à criminalização e o elimina do mercado, podendo tomar partido como elemento decisivo nas disputas entre os mais fortes (ZAFFARONI, 1996, p. 58).

A exportação massiva dessa categoria criada nos EUA, país cuja capacidade de reprodução ideológica é enorme, tem lugar em tempos mais recentes devido à globalização dos mercados. O mercado ao se globalizar não se limitou apenas a exportar seus âmbitos de indisciplina, mas possibilitou novos e nunca imaginados espaços de indisciplina, prontamente aproveitados pela atividade empresarial, legal ou ilegal.

Ante a desordem que provoca a globalização e que é própria do mercado – somada a das interferências proibitivas e às características que assume na periferia do poder mundial, onde impera uma corrupção maior ou mais manifesta – era natural que se exportasse também a tecnologia de controle ou que, ao menos, se tentasse fazê-lo. Trata-se de uma lei que se repete: quando se transfere um problema social, segue-se a transferência da ideologia do controle (ZAFFARONI, 1996, p. 56).

Portanto, conclui Zaffaroni (1996), que não haveria um conceito capaz de abranger todo o conjunto de atividades ilícitas que podem se aproveitar da indisciplina do mercado e que, no geral, aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel com atividades lícitas.

A definição de crime organizado constitui uma tarefa impossível imposta pelo poder à criminologia e as tentativas são frustradas, pois constitui a pretensão inalcançável de prender em um conceito criminológico a dinâmica do mercado (ZAFFARONI, 1996).

O conceito também é inútil do ponto de vista prático. O conceito de bando ou quadrilha (que não se confunde, no entanto, com o de crime organizado) não oferece o mesmo apelo que o discurso do crime organizado, mas é útil do ponto de vista político.

Não há unanimidade sobre a existência do fenômeno denominado crime organizado no Brasil.

Segundo Luiz Flávio Gomes (1997), apesar de parecer evidente que o Brasil não seria matriz de nenhum crime organizado internacional, encontraria-se no país palpáveis demonstrações de sua existência, especialmente na modalidade tráfico de drogas.

Todo diagnóstico social é muito problemático e discutível no Brasil, como sabemos, porque temos uma carência quase absoluta de investigações e dados empíricos. Apesar disso, talvez possamos arriscar que o crime organizado no nosso território ou seu lado mais saliente, esteja ligado ao tráfico de drogas e de armas, corrupção (fraude contra o erário público ou contra a coletividade), furto e roubo de automóveis e roubo de cargas (GOMES, 1997, p. 83).

As organizações criminosas no Brasil contariam com “força armada”, elegeriam políticos e dominariam os estabelecimentos penais, tendo como exemplo o Comando Vermelho, criado nos anos 70 no presídio da Ilha Grande, no Rio de Janeiro.

Com a devida vênia, entende-se que não há provas da existência do crime organizado no Brasil, até porque conceitos sem validade científica não podem ser demonstrados.

Podemos, a partir da análise concreta sobre os dados que nos são apresentados diariamente pela imprensa, apenas afirmar que o Brasil é uma das rotas internacionais de contrabando e pólo consumidor em pequena e média escala. A produção e o refinamento de drogas, caso da maconha e cocaína respectivamente, podemos encontrar no território nacional, mas em índices irrisórios, se comparados aos grandes ‘produtores’ internacionais (CARVALHO, 1997, p. 119).

Vera Malaguti Batista (2003, p. 98), através de pesquisa empírica, constatou haver nos morros do Rio de Janeiro, uma atividade de venda no varejo de maconha e cocaína altamente lucrativa, estruturada em uma divisão informal do trabalho, sem qualquer indicação de que haveria uma centralização na compra por atacado ou alguma grande organização por trás deste comércio ilegal. O que se observa é o crime desorganizado, pulverizado em pequenas unidades nas favelas e conjuntos, recrutando seus jovens moradores para uma alternativa de trabalho certa e rápida, embora letal.

Wilfried Hassemer (1994a) diferencia os tipos de criminalidade contemporânea em criminalidade massificada ou de massas, e criminalidade organizada. Entende-se como criminalidade massificada o roubo de veículos, assaltos na rua, arrombamentos em casas etc; práticas criminosas que possuem vítimas mediatas, as quais podem ser identificadas, assim como os meios de ação criminosos. E é essa criminalidade de massas que irrita, perturba e

ameaça a população em seu cotidiano. Já a criminalidade organizada constitui-se em um conjunto de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas.

O autor, tratando da criminalidade na Alemanha, assinala que enquanto no debate da política interna de seu país, o grande tema atual é o crime organizado, na vida real das pessoas, no dia a dia, não é a criminalidade organizada o fator mais preocupante, mas sim criminalidade massificada. A criminalidade de massas é que realmente manipula o medo da coletividade e que gera os meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta, mediante a restrição de liberdades, tal qual faz a Lei pátria 9.034/95. Assim, constata (HASSEMER, 1994b), que “o medo da criminalidade não é o espelho da criminalidade real, constituindo-se, pois, em um fenômeno próprio”.

Ainda, para Hassemer (1994a), a política de drogas seria um dos poucos campos onde a criminalidade organizada e a criminalidade de massas se encontrariam. Assim, o comércio internacional de entorpecentes poderia ser identificado como decorrente da prática do crime organizado, enquanto o pequeno tráfico, destinado diretamente ao fornecimento de entorpecentes aos usuários, trataria de decorrência da criminalidade de massas.

Logo, percebe-se que o discurso criado em torno do crime organizado, especialmente pelos meios de comunicação de massa, cria na população o temor de uma criminalidade (organizada) que não a atinge diretamente..

Especificadamente no que tange às drogas, o medo da população passa a ser do tráfico ilícito entre pequenos traficantes, que se utilizam deste mercado para manterem sua sobrevivência em face da escassez do mercado de trabalho. Não há visualização da população, nem dos meios de comunicação, do tráfico internacional, até porque o Brasil é mera rota de passagem. Apesar disto, o pânico social advém de figura que não é presente na nossa realidade, incidindo o rigor das agências de poder em traficantes esporádicos ou de pequena monta (CARVALHO, 1997, p. 128).

Há que constatar a semelhança dos discursos sobre o crime organizado e sobre drogas. Tais discursos, inseridos no processo de transnacionalização do controle social, possuem o mesmo substrato ideológico: a ideologia da Defesa Social, especialmente com a assunção do princípio “do bem e do mal”; a ideologia da Segurança Nacional que se traduz em uma política penal bélica e genocida; os Movimentos de “Lei e Ordem” que identificam na resposta penal a solução de toda a criminalidade. Ainda, possuem a mesma funcionalidade oculta: dirigem-se á grupos étnicos específicos, de acordo com interesses econômicos do contexto, de forma a legitimar o controle social de grupos imigrantes na política interna dos EUA, bem como a intervenção externa norte-americana em nações independentes.

Os discursos estão intrinsecamente ligados, uma vez que, na atualidade, a modalidade de crime organizado que mais preocupa as nações é o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

O tráfico de drogas é uma das modalidades mais recentes do crime organizado, pois, até o início do século passado, a importação e o consumo da maioria das drogas era legal em quase todo o mundo. No entanto, nota-se que no final da década de oitenta e início dos anos noventa, a atenção volta-se quase toda ao tráfico ilícito de entorpecentes, especialmente no de caráter organizado.

Baseando-se no consenso de que juntamente com a economia, o crime organizado também se globalizou, tendo como principal fonte de riqueza o narcotráfico, para combatê-lo seria preciso igualmente desenvolver esforços que transcendam as fronteiras dos Estados.

A atual Política Nacional Antidrogas (Decreto 4.345 de 2002) reflete esta preocupação com o tráfico de drogas ilícitas:

Questão de relevância, na discussão dos efeitos adversos gerados pelo uso indevido da droga, é a associação do tráfico de drogas ilícitas e dos crimes conexos, geralmente de caráter transnacional, com a criminalidade e a violência. Esses fatores ameaçam a soberania do País e afetam a estrutura social e econômica interna, exigindo que o Governo adote uma postura firme de combate a tais ilícitos, articulando-se internamente e com a sociedade, de forma a aperfeiçoar seus mecanismos de prevenção e repressão e garantir o envolvimento e aprovação dos cidadãos (PNAD, 2001, p. 02).

O “combate” ao crime organizado, do mesmo modo que às drogas, é tratado como uma guerra contra um inimigo sobrenatural, que personifica o próprio mal. Não é a primeira vez (basta observar a questão das drogas) que empreende-se uma guerra contra um problema social ou de natureza econômica pela via penal.

4.3.2. A Lei 9.034 de 1995.

A edição da Lei 9.034 de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, encontra suporte legal e político-criminal na Lei dos crimes hediondos. A Lei 9.034, além de constituir uma forma de incremento repressivo em matéria legislativa, veio a revigorar a, já existente, Lei 8.072/90. Enquanto esta, primeiramente, restringe direitos executórios penais, a outra, é

criada com a finalidade de, além de agravar a punição (repressão), evitar a prática das condutas tidas como oriundas da criminalidade, através de medidas de prevenção.

Na utilização de expressões como “repressão” e “combate”, nota-se o caráter bélico do modelo político-criminal de drogas, incorporando-se a noção de “guerra contra o crime”, em especial, o organizado.

A lei brasileira sobre o crime organizado surgiu com inspiração no modelo italiano de combate ao crime organizado.

O modelo italiano, que surgiu na década de setenta em virtude da atuação da “máfia”, constituiu direito penal de emergência ou de exceção, que se traduziu em uma legislação excepcional e em uma jurisdição de exceção.

Alerta Ada Pellegrini Grinover (1995) para o cuidado que há de tomar-se com o transplante das medidas utilizadas no modelo italiano de combate ao crime organizado para sistemas diversos, destinados a regular a vida de outros grupos sociais, com suas peculiaridades e idiosincrasias.

Através da Lei 9.034 a expressão organizações criminosas, designando os entes do crime organizado, foi recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico. No entanto, o legislador não definiu o que seriam essas organizações, nem muito menos crime organizado, muito embora tal definição seja inútil.

Tudo indica, como se percebe, que a vontade da Lei foi criar uma nova modalidade criminosa, qual seja a organização criminosa. Aliás, a partir do art.2, a Lei 9.034/95 só tem sentido se entendermos que o legislador efetivamente criou essa nova modalidade criminosa (GOMES, 1997, p. 89).

O transporte de uma categoria frustrada ao campo da lei penal não é mais que uma criminalização que apela a uma idéia difusa, indefinida, carente de limites certos, e por fim, fere o princípio da legalidade (ZAFFARONI, 1996).

A mesma, que não passou de uma tentativa no campo criminológico, foi levada à legislação para permitir medidas penais e processuais penais extraordinárias e incompatíveis com as garantias constitucionais.

A Lei 9.034 de 1995 evidentemente fere o princípio da legalidade nos desdobramentos *lex stricta* (lei estrita) e *lex certa* (lei certa), uma vez que não se depreende a existência de qualquer tipo penal que tipifique a conduta conhecida como crime organizado.

O princípio constitucional da anterioridade da lei penal (art. 5º, XXXIX) obriga que a lei (estrita e certa) delimite o âmbito do proibido previamente. Sem lei prévia é impossível a incidência de qualquer medida restritiva de direitos e liberdades fundamentais.

O art. 2º, II, instituiu a ação controlada. Esse procedimento de investigação e de formação de provas consiste em retardar a prisão em flagrante (criando o flagrante prorrogado ou diferido) e permite a atividade policial discricionária sem qualquer tipo de controle (seja pelo Ministério Público, seja pelo juiz), o que a torna, na realidade uma “ação controlada descontrolada” (GOMES, 1997).

O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, sem prévia autorização judicial (art. 2º, III), bem como a quebra dos sigilos das comunicações pela captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos (art. 2º, IV) constituem lesão da garantia constitucional de privacidade.

A lei cria a figura do agente infiltrado em quadrilhas, organizações ou associações criminosas, como procedimento de investigação e captação de provas (art. 2º, V), o que constitui uma séria lesão ao princípio ético que proíbe o uso de meios imorais pelo Estado para reduzir a impunidade (ZAFFARONI, 1996).

No capítulo segundo, referente à preservação do sigilo probatório, a lei reinventa o processo inquisitório. O legislador brasileiro, impressionado pela eficiência dos “juízes” italianos (na realidade membros do Ministério Público) da chamada *operazione mani pulite*, transforma o juiz brasileiro em inquisidor, confundido as funções de investigar, acusar e julgar (art. 3º). E a pretexto de resguardar a intimidade, reveste o resultado das diligências realizadas pelo juiz da característica do segredo, tão caro ao sistema inquisitório, deixando, ainda, expresso que o contraditório sobre a diligência não integrará os autos, embora possa servir para a formação do convencimento do juiz. O artigo é flagrantemente inconstitucional, pois fere a mais importante garantia do devido processo legal, que é a imparcialidade do juiz, bem como vulnera o modelo acusatório, do processo de partes, instituído pela Constituição de 1988 (GRINOVER, 1995).

A figura da delação premiada (art. 6º), negociação para extinguir ou reduzir a punibilidade de crimes por informações sobre co-autores ou partícipes de fatos criminosos, localização da vítima e recuperação do produto do crime através da “contribuição espontânea” do agente, “estimula o oportunismo egoísta do ser humano, amplia espaços de provas duvidosas produzidas por ‘arrepentidos’, que conservam o direito de mentir” (SANTOS, 2002).

A supressão da liberdade provisória (artigo 7º) e do direito de apelar em liberdade (artigo 9º), bem como a obrigatoriedade do regime fechado no início do cumprimento da pena (artigo 10), lesionam os princípios constitucionais da igualdade e da presunção de inocência.

Adverte Salo de Carvalho (1997, p. 120) que não se deve ser ingênuo a ponto de afirmar que o alvo desta lei são os grandes delinquentes, pois “os grandes delitos, a partir da experiência empírica e do saber funcional, estão organicamente embutidos nas chamadas ‘cifras ocultas da criminalidade’”. O Estado, na realidade, utiliza o discurso do crime organizado como pretexto para a flexibilização do sistema penal.

5 PROPOSTAS ALTERNATIVAS EM MATÉRIA DE DROGAS

5.1. AS CONSEQÜÊNCIAS DO MODELO REPRESSIVO

O modelo jurídico-político repressivo de drogas tem-se mostrado totalmente ineficaz, pois se traduz na adoção de um direito penal simbólico, ou seja, os instrumentos utilizados pelo direito penal não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade real, cujas origens são estruturais.

As substâncias qualificadas de ilícitas só são proibidas por figurarem em uma lista editada mediante ato administrativo da autoridade sanitária, cuja função é complementar concretamente a norma penal. Esta apenas criminaliza, de modo genérico, o comércio e o uso de algo tão vago quanto “substância entorpecente”, que por sua vez é definida na legislação pátria como “substância que determina dependência física ou psíquica”.

Trata-se, pois, de uma palavra sem definição, imprecisa e de uma excessiva generalização, porque em sua caracterização não se conseguiu diferenciar os fatos das opiniões nem dos sentimentos. Criam-se diversos discursos contraditórios que contribuem para distorcer e ocultar a realidade social da “droga”, mas que se apresentam como modelos explicativos universais. (...) Algo sim parece estar claro: a palavra *droga* não pode ser definida corretamente porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, inclusive em “sua capacidade de alterar as condições psíquicas e/ou físicas”, que têm em comum exclusivamente o fato de haverem sido *proibidas* (OLMO, 1990, p. 22).

As substâncias que determinam dependência física ou psíquica, que, assim selecionadas, recebem a qualificação de drogas ilícitas (como a maconha, a cocaína, a heroína etc.) não têm natureza diversa de outras substâncias igualmente psicoativas (como o álcool, a cafeína, o tabaco etc), pois todas elas dependendo da forma como forem usadas, podem eventualmente causar danos¹³. Da mesma forma não há diferenças essenciais entre as

¹³ A própria Organização Mundial da Saúde classificou as drogas, lícitas ou ilícitas, pelo seu grau de periculosidade, seguindo critérios como o maior ou menor perigo tóxico, a maior ou menor capacidade de provocar a dependência física, e a maior ou menor rapidez em que esta dependência se estabelece. Assim, com base nesses critérios, as drogas são classificadas em quatro grupos: o grupo 1 é constituído do ópio e derivados; o grupo 2 dos barbitúricos e do álcool; o grupo 3 da cocaína e anfetaminas; e o grupo 4 do LSD, canabinóides, tabaco, etc. É interessante verificar, por exemplo, que o álcool é classificado no grupo 2 devido aos seus efeitos sobre a saúde e a dependência física e psíquica que provoca, quando consumido em excesso. Além do mais, se o álcool é considerado, correntemente, “melhor” que as drogas “pesadas” do grupo 1 (heroína, por exemplo), não é por o seu abuso ter menores repercussões físicas ou psíquicas. De fato, estudos indicam que o abuso de álcool poderá ter maior gravidade clínica que o consumo de heroína. Ainda, o tabaco, droga lícita encontra-se no grupo 4 das substâncias com o maior potencial lesivo.

atividades desenvolvidas por produtores, distribuidores e consumidores de umas e de outras substâncias. As diferenças decorrem da artificial intervenção do sistema penal que torna criminosas as condutas de uns, enquanto as dos outros permanecem lícitas (KARAM, 2004).

Tampouco, conforme foi visto, as drogas, hoje qualificadas de ilícitas, nem sempre foram tratadas como tal (basta recordar que somente foram criminalizadas no século XX). Assim como, drogas hoje lícitas, já foram ilícitas, como o álcool, nos EUA na década de vinte e trinta.

Entende Salo de Carvalho (2001) que pensar na possibilidade de eliminação do fenômeno da droga é parcializar o discurso, não tomando a questão em todas as suas dimensões. O ser humano é essencialmente psicoativo. A indagação, portanto, não deveria ser porque determinadas pessoas consomem drogas, mas sim porque determinadas drogas são taxadas como ilícitas e outras não.

Além disso, eliminar as drogas significa impor verdadeiro genocídio antropológico, visto que inúmeras culturas têm suas raízes centradas em determinadas substâncias, como é o caso da coca.

Segundo Alessandro Baratta, *apud* Salo de Carvalho (1997, p. 202) há duas espécies de efeitos produzidos pelas drogas: efeitos primários e efeitos secundários.

Os efeitos primários são aqueles relativos à natureza própria das drogas, lícitas ou ilícitas, ou seja, seus efeitos físicos e psíquicos no ser humano.

Os efeitos secundários, ou custos sociais da criminalização das drogas, objeto do presente tópico, são aqueles decorrentes essencialmente do processo criminalizador e da reação social informal condicionada pela criminalização.

Como se observa os efeitos primários dizem respeito aos usuários das drogas, independente da criminalização ou não destas. No entanto, os problemas ocasionados aos usuários de drogas qualificadas de ilícitas são decorrentes exclusivamente da ilegalidade do consumo. A intervenção do sistema penal repercute sobre as condições em que se realiza o consumo das drogas ilícitas, pois além de impedir o controle de qualidade das substâncias produzidas e comercializadas e dificultar a informação e a assistência, a clandestinidade decorrente da proibição facilita a difusão de doenças como a AIDS e a hepatite, adquiríveis através do consumo descuidado e não higiênico de drogas injetáveis. Ainda, os preços elevados e a atuação dos órgãos de controle repressivo normalmente induzem os usuários a ingressar em subculturas.

As falsas imagens, produzidas pelo auto-referenciado sistema em que se desenvolve a política criminalizadora de condutas relacionadas a algumas dentre as inúmeras substâncias psicoativas, impedem que se perceba que a proteção da saúde pública, que estaria a fundamentar a criminalização, contraditoriamente, acaba por ser afetada por esta mesma criminalização, trazendo a proibição maiores riscos e danos à integridade física e mental dos consumidores das substâncias proibidas (KARAM, 2004, p. 365).

Ainda em relação aos usuários, o principal efeito secundário é a estigmatização. O *mass media* propaga imagem estereotipada do consumidor de drogas, que se encontra incorporada pelo senso comum (*every day theories*), segundo a qual haveria um vínculo necessário entre consumo e dependência e a formação de subculturas pelos usuários, cujo comportamento os isola da vida produtiva e os insere em carreiras criminosas.

Ora, bem se sabe que o estereótipo criado no imaginário coletivo em relação ao usuário, bem como ao pequeno comerciante de drogas ilícitas, é o principal critério seletivo da criminalização secundária. Aos usuários e pequenos comerciantes de drogas da classe média e alta aplicou-se sempre o estereótipo médico, enquanto aos pertencentes às classes subordinadas, o estereótipo criminal. O estereótipo criminal da droga aplicado aos membros das classes subalternas traduz-se na expressão “atitude suspeita” que, na realidade, não se relaciona a nenhum ato suspeito, mas sim ao pertencimento a um determinado grupo social (V. M. BATISTA, 2003).

O estereótipo faz parte das chamadas “meta-regras”, mecanismos psíquicos e emocionais atuantes nos agentes de criminalização (legisladores, policiais, juízes, advogados etc.) e nos cidadãos comuns (controle social informal), que aparecem como fator decisivo no processo de seleção da população criminosa.

A estigmatização, muitas vezes, também suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual o comportamento do indivíduo rotulado acaba correspondendo ao mesmo (profecia que se auto-realiza).

Maria Lúcia Karam (2000, p. 348) corrobora este entendimento:

Isolando e estigmatizando aqueles que seleciona para receber a pena, o sistema penal faz destes selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a realizar novas condutas socialmente negativas, funcionando, já por isso, como alimentador da parcela de violência e de insegurança provocada pelas ações criminalizadas, como roubos, estupros, seqüestros ou homicídios (...). Não são apenas os óbices objetivos à reintegração social dos atingidos pelo sistema penal, que reproduzem a criminalidade. As próprias estigmatização e culpabilidade artificial, produzidas pela imposição da pena, especialmente a pena privativa de liberdade, provocam a interiorização do papel do criminoso, as definições legais e a rejeição social por elas produzidas, freqüentemente, determinando a percepção do eu como efetivamente desviante, assim conduzindo a pessoa a viver marginalmente, conforme esta imagem interiorizada.

Esses processos de etiquetamento e estigmatização são típicos de uma sociedade desigual, como a capitalista. A sociedade desigual é “aquela que teme e reprime o diverso, porque a repressão do diverso, em todos os sistemas normativos particulares em que ocorre, do direito à religião, à escola, à família, é uma técnica essencial para a conservação da desigualdade e do poder alienado” (BARATTA, 2002, p. 208).

A incriminação constante no art. 16 da Lei 6.368/76 (posse para uso próprio), penaliza crime sem vítima. A vítima, na realidade, seria o próprio usuário que participa consensualmente do fato, não exige tutela jurisdicional, não sente dano em relação ao verdadeiro bem jurídico protegido pela norma e não deixa de consumir determinada substância pelo fato de estar criminalizada.

O perigo social decorrente do uso (crime de perigo abstrato) não passa de mera retórica para estigmatizar determinados indivíduos que não correspondem à expectativa presente no consenso social (CARVALHO, 1997).

Este direito penal de autor corresponde a um preceito moral que estigmatiza indivíduos por opções pessoais, que não respeita a intimidade e a vida privada, e, fundamentalmente, não percebe que o direito penal somente deve atuar quando ocorre dano a bens jurídicos de terceiros, pois a autolesão não pode ser punível.

Ter em sua posse drogas qualificadas de ilícitas para seu consumo pessoal, ou consumi-las em circunstâncias que não tragam perigo concreto, direto e imediato para outras pessoas, são condutas privadas, que estão situadas na esfera individual, isto é, em um campo de atividades que diz respeito, unicamente, à liberdade, à intimidade e à vida privada de cada um (KARAM, 2004, p. 362).

Portanto, a intervenção penal em condutas privadas, que não afetem bens jurídicos de terceiros, fere o art. 5º, X, da Constituição pátria que proclama a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido na Constituição (art. 1º, III), impede a transformação forçada do indivíduo. Enquanto não afete direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem lhe aprouver.

Em relação ao tráfico de drogas qualificadas de ilícitas (uma das condutas do art. 12 da Lei 6.368/76), atividade que se insere na economia de mercado, a manutenção da ilicitude das drogas determina aumento excessivo nos preços destas, criando um mercado extremamente lucrativo, fato este escondido pelo discurso oficial.

Ouvem-se, até mesmo, indignadas manifestações contra o fato dos “traficantes explorarem o vício” dos compradores de suas mercadorias. Ora, em uma formação social capitalista em que o lucro há de ser o objetivo essencial de qualquer empreendimento empresarial, por que se haveria de exigir que produtores e distribuidores de substâncias psicoativas se abstivessem de lucrar, em atenção ao bem-estar dos consumidores? (KARAM, 2004, p. 370).

A via repressiva não faz mais do que incrementar a rentabilidade do negócio da droga. Ao contrário do que se propaga, especialmente pelos meios de comunicação de massa, não são as drogas em si que geram criminalidade e violência, mas sim o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas, mais ou menos organizadas, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto necessário das atividades econômicas assim desenvolvidas (KARAM, 2004).

No Brasil, em geral, onde não se pode identificar empresas organizadas no tráfico de drogas ilícitas, as vítimas da guerra contra a droga, além da extração social comum, são jovens, cada vez mais cedo recrutados para trabalhar nesse mercado tornado ilícito. O legislador criminaliza, sob a forma legal, todas as alternativas de sobrevivência material desses indivíduos, sem quaisquer outros meios legítimos de subsistência. O *mass media* dissemina o pânico, enquanto as leis de mercado se encarregam de recrutar a juventude pobre para os riscos do trabalho no comércio ilegal.

Sobre os habitantes das favelas e outros excluídos do sistema produtivo difunde-se o estereótipo criminal. A violência decorrente das disputas pelos pontos de venda aumenta paulatinamente. A desorganização do varejo no mercado de drogas vai intensificando esta disputa e o fortalecimento dos núcleos de força, principalmente nas comunidades próximas aos bairros de classe média cujos habitantes são os principais consumidores.

Na esfera do sistema penal, a criminalização das drogas, além do gravíssimo efeito da militarização advinda da adoção de um modelo repressivo bélico (ideologia da Segurança Nacional), e conseqüente restrição dos direitos e garantias individuais, potencializa, no seio das agências penais, uma série de práticas reprováveis e ilegais, tais como corrupção, tráfico de influência, produção de provas ilícitas etc, assim como legitima a violência policial contra as classes subalternas.

Cada vez mais freqüentes são os preceitos penais que definem as condutas vinculadas ao tráfico de modo tão vago e impreciso que resulta quase impossível estabelecer os limites entre o proibido e o permitido, dando lugar a níveis de insegurança jurídica incompatíveis com as garantias próprias do Estado Democrático de Direito. Igualmente, perde-se a proporcionalidade entre a pena e a conduta desviante.

Os prêmios à delação, a violação da intimidade e vida privada, a reinvenção do processo inquisitório, a supressão dos direitos à progressão de regime, de apelar em liberdade, à liberdade provisória, a utilização cada vez mais freqüente de agentes especializados que, simulando o desejo de comprar drogas provocam a comissão de um delito de tráfico, as inversões do ônus probatório, com a conseqüente deterioração do princípio da presunção de inocência, põem de manifesto que no âmbito da droga os suspeitos infratores da lei não gozam os mesmos direitos que outros possíveis delinqüentes.

Em relação ao sistema carcerário, as estatísticas criminais comprovam que a maior parte dos indivíduos cumprindo pena, ou a espera de julgamento, foi processada por tráfico de drogas.

Salienta Salo de Carvalho (2001) que com o fim da Guerra Fria, o “inimigo global” é redescoberto nos agentes do tráfico de drogas ilícitas. Este inimigo, ao ser julgado, deve ser implacavelmente “eliminado”, ou seja, condenado, o que legitima as violações ao devido processo legal, e outras garantias constitucionais dos acusados de tráfico.

A reunião do elemento bélico e do elemento religioso-moral resulta na metáfora da guerra santa, da cruzada, que tem a vantagem – extremamente funcional para as agências policiais – de exprimir uma guerra sem restrições, sem padrões regulativos, na qual os fins justificam todos os meios (N. BATISTA, 1997, p. 140).

O sistema penal não se destina a alcançar todos os responsáveis pelas condutas criminalizadas, residindo, ao contrário, sua real eficácia, exatamente na excepcionalidade de sua atuação.

A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro responsável por situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, a que se dá a qualificação legal de delitos, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e a conseqüente identificação do inimigo, do mau, do perigoso, não só desvia as atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já está satisfatoriamente resolvido (KARAM, 2000, p. 346).

A individualização de apenas alguns dos responsáveis por condutas criminalizadas provém da necessidade de criação de bodes expiatórios. A droga, e conseqüentemente, os agentes do narcotráfico (sobretudo os provenientes de classes subalternas), são o “bode expiatório por excelência” (OLMO, 1990, p. 22).

5.2. POLÍTICAS CRIMINAIS ALTERNATIVAS AO MODELO REPRESSIVO

Com a recepção dos postulados da teoria do *labeling approach* há uma mudança de paradigma na criminologia, pois se desloca o objeto de pesquisa das causas da criminalidade (paradigma etiológico) para a reação social (paradigma da reação social). A criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições (rotulações) e da reação social.

Alessandro Baratta (2002) demonstra a natureza irreversível da crítica do *labeling approach* à ideologia penal da defesa social. As teorias conflituais advindas da assunção deste novo paradigma transportaram o enfoque da reação social de uma perspectiva microssociológica (estruturas paritárias de pequenos grupos e dos processos informais de interação que se desenvolvem no seu interior) para uma perspectiva macrosociológica (relações de poder entre os grupos). Representa, nesse sentido, uma pontual contraposição ao “princípio do interesse social e do delito natural”. Ainda, ao entender a criminalidade como um rótulo atribuído a alguns sujeitos pelo poder de outros sujeitos sobre a criação e aplicação da lei penal, através de mecanismos seletivos baseados na posição de classe, refutaria o “princípio da igualdade”. Conseqüentemente, o entendimento de que a criminalização possui uma relação variável com a posição social do individuo indicaria a relatividade da proteção penal a bens jurídicos, atingindo o “princípio da legitimidade”. E por fim, a diferenciação entre desvio primário e desvio secundário refutaria o “princípio da finalidade ou da prevenção”.

Portanto, com as teorias da criminalidade e da reação penal, baseadas no *labeling approach*, especialmente com a sua recepção na Alemanha, tem lugar a passagem da criminologia liberal para a criminologia crítica.

Segundo Salo de Carvalho (1997), teoricamente, desde 1973, com o advento dos Colóquios preparatórios para XI Congresso Internacional de Direito Penal em Budapeste (Colóquios de Bellagio e Nova York), penalistas e criminólogos passaram a discutir o tema descriminalização em sentido amplo, como possibilidade alternativa ao direito penal tradicional, que até então não tinha demonstrado eficácia em suas funções declaradas (prevenção e repressão da delinquência).

A crítica criminológica, desde a recepção dos postulados interacionistas dos *Labeling Approach* pela Nova Criminologia, havia elaborado teoria desqualificadora e deslegitimadora do Sistema Penal até então inédita, tanto por sua qualidade, quanto

pelo aprimoramento de categorias e redefinição do objeto criminológico – do homem delinqüente (*paradigma etiológico*), os objeto de estudo passa a ser o Sistema Penal e a respectiva reação da sociedade aos fenômenos desviantes (*paradigma da reação social*). Contudo, os postulados teóricos da Criminologia Crítica, cujo enfrentamento com o sistema de controle penal era constante devido ao fato de conformar linha conceitual com argumentos sólidos (apesar de não coesos), não tinham obtido êxito no sentido empírico (CARVALHO, 1997, p. 182)

As pautas descriminalizadoras elaboradas nos Colóquios foram recepcionadas pelas correntes críticas do paradigma da Reação Social, que passam a vislumbrar possibilidades fáticas de desenvolvimento de políticas criminais alternativas.

O principal objetivo de políticas criminais alternativas seria minimizar o impacto das agências de poder na sociedade e possibilitar soluções alternativas e comunitárias para a criminalidade.

Do controle exclusivamente estatal, típico da política criminal tradicional, passa-se a conceber políticas criminais que vislumbram um controle social baseado na tolerância e respeito aos direitos humanos.

Nesse sentido, entende Alessandro Baratta (2002) que as principais tarefas que incumbem aos representantes da criminologia crítica são a construção uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e a elaboração das linhas de uma política criminal¹⁴ alternativa, ou seja, de uma “política criminal” das classes subalternas.

A adoção do ponto de vista do interesse das classes subalternas seria a garantia de uma práxis teórica e política alternativa, incidente na lógica da desigualdade que reside na estrutura das relações sociais de produção da sociedade capitalista.

Nesse sentido, Alessandro Baratta (2002) propõe quatro indicações “estratégicas” para a elaboração e desenvolvimento de uma política criminal alternativa.

A primeira indicação estratégica refere-se à necessidade de uma interpretação separada dos fenômenos de “comportamento socialmente negativo” que se encontram nas classes subalternas e dos que se encontram nas classes dominantes (criminalidade econômica, criminalidade dos detentores de poder, grande criminalidade organizada).

Os primeiros são expressões específicas das contradições que caracterizam a dinâmica das relações de produção e de distribuição, em determinada fase do desenvolvimento da formação econômico-social, na maioria dos casos uma resposta individual inadequada àquelas contradições, por parte de indivíduos socialmente desfavorecidos. Os segundos são estruturados à luz da relação funcional que intercorre entre processos

¹⁴ A expressão política criminal é aqui utilizada no sentido de “política de transformação social e institucional” (BARATTA, 2002, p. 205).

legais e processos ilegais da acumulação e circulação do capital, e entre estes processos e a esfera política (BARATTA, 2002, p. 201).

A segunda indicação refere-se à ampliação e ao reforço da tutela penal em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade (a saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica e etc) e, ao mesmo tempo, contrair ao máximo o sistema punitivo (direito penal mínimo), com a exclusão, total ou parcial, de inúmeros tipos penais que nasceram sob o signo de uma concepção autoritária e ética do Estado, tais como os delitos de opinião, o aborto, alguns delitos contra a moralidade pública, contra a personalidade do Estado etc. A “despenalização”, além de aliviar a pressão negativa exercida pelo sistema punitivo sobre as classes subalternas, significaria a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes, bem como pelo controle social informal da comunidade.

A terceira indicação seria a construção de projetos estratégicos e alternativos com o objetivo de abolição da instituição carcerária. As etapas de aproximação desse objetivo seriam: alargamento do sistema de medidas alternativas, ampliação das formas de suspensão condicional da pena e do processo, execução de penas em regime de semiliberdade e a reavaliação do trabalho carcerário.

E, finalmente, deve-se considerar a função da opinião pública e dos processos ideológicos e psicológicos que nesta se desenvolvem, em sustentação e legitimação do vigente direito penal desigual. É, portanto, necessário promover uma discussão sobre a questão criminal no seio da sociedade e da classe operária.

Uma política criminal alternativa é, pois, dirigida para a perspectiva da máxima contração e, no limite, da superação do sistema penal.

Contudo, Alessandro Baratta (2002) adverte que falar em superação e contração do direito penal refere-se à superação e contração da pena, e não, pelo menos a princípio, do direito que a regula. Falar em superação do direito penal não significa negar a existência de formas alternativas de controle social do desvio, pois este não é uma exigência exclusiva da sociedade capitalista. No entanto, quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é realizado através do aparato penal do direito burguês.

Em relação à temática das drogas, a análise de seus efeitos primários e secundários, permite afirmar que a melhor alternativa é a descriminalização, tanto do consumo quanto da comercialização.

Segundo Salo de Carvalho (1997), entende-se por descriminalização:

(...) processos pelos quais os autores de condutas delitivas não sofrem nenhum efeito reativo institucional ou social (etiquetamento ou estigmatização) derivado da ausência de postulados fundamentais para a sua concreção. Entre os postulados, destacamos a legalidade, a sentença criminal condenatória, a iniciativa no processo penal e a reprovação social da conduta.

A questão das drogas não deve ser solucionada pelo direito penal, mas através da política sanitária e da política de mercado.

Segundo Maria Lúcia Karam (2004), contrapondo-se à repressão penal, tem-se importante alternativa na linha terapêutico-assistencial seguida pelos programas e ações de redução de danos eventualmente causáveis pelo consumo excessivo, descuidado ou descontrolado das drogas. Esses programas aceitam a evidente constatação de que a maioria das pessoas não deixará de consumir tais substâncias e de que a atitude mais racional e eficaz para minimizar as conseqüências adversas do consumo de drogas, lícitas e ilícitas, é o desenvolvimento de políticas de saúde pública, que possibilitem que o consumo se faça em condições que ocasionam o mínimo possível de efeitos danosos para o indivíduo consumidor e para a sociedade. Tal proposta está em harmonia com o art. 196 da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover os programas e ações de redução de danos.

Conclui-se que alternativa viável está em dar às drogas qualificadas de ilícitas um tratamento semelhante ao que se aplica a outras substâncias que podem causar danos à saúde, tais como o álcool, o tabaco e certos medicamentos, prevenindo o seu consumo abusivo. Para tanto, resulta imprescindível acabar com o “mito da droga” e empreender amplas campanhas de educação sanitária que permitam a todo cidadão conhecer os autênticos riscos no consumo de drogas. Deixa-se ao indivíduo a decisão sobre o consumo ou não das drogas, abrindo-se espaço para a diversidade.

Ressalta-se que a descriminalização não deve apenas se restringir ao consumo. Vera Malaguti Batista (2005) adverte que as propostas de descriminalização do consumo de drogas, muitas vezes, têm sido utilizadas para atrair o eleitorado constituído pelos jovens consumidores de classe média e alta. Segundo a socióloga, a classe média e alta já contam com mecanismos privados de descriminalização e, portanto, os projetos de descriminalização do usuário deixam ainda mais expostos à demonização e à criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos da exclusão globalizada, ou seja, a juventude pobre recrutada pelo mercado ilegal e pela falta de oportunidades imposta pelo atual modelo econômico.

Em relação a produção e comercialização, a descriminalização permitiria a disciplina do mercado das drogas através do direito civil e administrativo, além de diminuir a lucratividade destas atividades.

Maria Lúcia Karam (2004, p. 374) propõe:

Pense-se, por exemplo, na Lei 9.782/1999, que determina a regulamentação, o controle e a fiscalização, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, da produção e do comércio de medicamentos e suas substâncias ativas, bebidas (alcoólicas ou não), cigarros e outros produtos derivados do tabaco, da mesma forma que, racionalmente, regulamenta, controla e fiscaliza quaisquer alimentos e outros bens e produtos, que envolvem risco à saúde pública, inclusive no que diz respeito à qualidade dos mesmos.

Pense-se, ainda, nas restrições impostas à propaganda de medicamentos, bebidas alcoólicas, cigarros e outros produtos derivados do tabaco, estabelecidas na Lei 9.294/1996 (com as modificações introduzidas pela Lei 10.167/2000), bem como, no que concerne a estes últimos, nas restrições à distribuição gratuita ou à comercialização em certos lugares (por exemplo, em estabelecimentos de ensino e da saúde). No que concerne ao consumo, o mesmo diploma legal fornece bons exemplos de restrições, que, sem invadir o âmbito da liberdade individual, se mostram igualmente mais racionais, eficazes e menos danosas. Pense-se na restrição ao uso de cigarros e outros produtos derivados do tabaco em recintos coletivos, com o que se evitam efeitos eventualmente danosos ou indesejáveis para terceiros, respeitando-se, ao mesmo tempo, a opção individual, com a reserva de área, devidamente isolada e com arejamento conveniente, destinada exclusivamente ao fim de uso daquelas substâncias psicoativas

Remarque-se que, em determinadas hipóteses de consumo abusivo de drogas ilícitas, o controle social informal se faz por meio da própria intervenção sistema penal, sem que isto afete a legalidade da produção, da distribuição ou do consumo não-abusivo daquelas substâncias psicoativas. Neste ponto, como exemplo, vale lembrar da criminalização da conduta de que dirige veículo, em via pública, sob a influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (art. 306 da Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito) (KARAM, 2004, p. 374).

A descriminalização das condutas relacionadas as drogas está inserida na proposta de reduzir ao máximo a estrutura de poder das agências penais, em que é cotejada, inclusive, a possibilidade de eliminação do sistema penal (abolicionismo penal) enquanto superestrutura, descentralizando sua atuação e transferindo sua matéria a ramos do direito com menor grau de seletividade, etiquetamento e estigmatização, como o direito civil e o administrativo, bem como privilegiando mecanismos de controle social comunitário e medidas preventivas para a proteção de bens jurídicos.

Segundo Maria Lúcia Karam (2000) impõe-se a necessidade imediata de redução do sistema penal, de forma a inverter os rumos repressivos das formações sociais do capitalismo pós-industrial e viabilizar a imediata criação de mecanismos garantidores de uma máxima contenção do poder do Estado de punir, contenção esta através do deslocamento da ênfase à repressão e à reação punitiva para a intervenção de mecanismos não penais de controle e, ao mesmo tempo, privilegiando medidas preventivas, sem perder de vista as origens complexas e

estruturais de conflitos e situações socialmente negativas, tanto microssociológicas quanto macrossociológicas.

Na lição de Gustav Radbruch *apud* Alessandro Baratta (2002), a melhor reforma do direito penal seria a de substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o direito penal. E substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor.

Em uma sociedade livre e igualitária não só se substituiria uma gestão autoritária por uma gestão social do controle e do desvio, mas o próprio conceito de desvio perderia progressivamente a sua conotação estigmatizante, e recuperaria funções e significados, que não exclusivamente negativos.

Nesse sentido a sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo espaço ao desvio positivo, porque, neste sentido positivo, desvio quer dizer diversidade.

CONCLUSÃO

Falar em política criminal de drogas no Brasil significa falar em política penal, uma vez que se restringe à atuação dos aparelhos formais (estatais) de controle social. A política interna pátria exclui políticas públicas capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania.

A política penal repressiva de drogas adotada no Brasil encontra-se inserida no processo de transnacionalização do controle social e tem como substrato ideológico as ideologias, em sentido negativo, da Defesa Social (no âmbito da dogmática penal) e da Segurança Nacional (no âmbito da segurança pública) que são instrumentalizadas pelos movimentos de “Lei e Ordem” atuantes na esfera legislativa..

As drogas somente foram criminalizadas no século XX. Até então, o uso e a comercialização da maioria das drogas era legal em quase todo o mundo. Contudo, durante mais de meio século a droga foi vista apenas como um problema de saúde pública devido a predominância de um discurso médico-sanitário, exportado pelos EUA, que considerava o drogado como doente e a droga como uma epidemia. A droga ainda não era vista como um grande problema, pois não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade, nem seu consumo havia atingido proporções tão elevadas. O consumo das drogas era mais um “universo misterioso”, próprio de grupos marginais da sociedade

A partir da década de sessenta/setenta, a droga passou a ser utilizada como um pretexto para a atuação do imperialismo norte-americano. O discurso político-jurídico criado em torno da droga passou a legitimar a interferência dos EUA em nações periféricas, ao mesmo tempo que, no âmbito da política interna, justificava a repressão de grupos étnicos (os “inimigos internos”) que seriam os únicos responsáveis pela disseminação das drogas no país.

Na década de setenta, começa a discussão sobre o inimigo externo, referindo-se, particularmente, ao tráfico. Era a forma de responsabilizar pelo consumo de drogas no mundo um país então inimigo, discurso que se difundiria rapidamente em outros países com grande intensidade. Declarou-se “guerra contra as drogas”. O principal objetivo era, e ainda o é, controlar o tráfico, realizado especialmente pelas chamadas organizações criminosas e, ao mesmo tempo, a subversão que se poderia originar da crise econômica e do problema da dívida externa na América Latina..

É nesse período que o Brasil, submetido ao regime da ditadura militar, torna-se dependente do imperialismo dos EUA, e conseqüentemente teve que recepcionar os discursos

e ideologias (em sentido negativo) desenvolvidos naquele país. Consolida-se no país um modelo beligerante de “combate às drogas”, decorrente da influência dos postulados da ideologia da Segurança Nacional, cujo autoritarismo foi expressamente adotado na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar através da luta contra os “inimigos internos” e a ameaça comunista. A Lei 6.368 de 1976, ainda vigente na atualidade, proveio da necessidade de incrementar a repressão e instaura novo modelo de controle subserviente às orientações internacionais.

Na década de oitenta, o discurso oficial estabeleceu o consenso de que o consumo de drogas ilícitas havia crescido drasticamente, considerando-o grande problema de saúde pública no Brasil. Nesse contexto, os movimentos de “Lei e Ordem” exigiam do Legislativo, medidas severas no combate às drogas e, através do *mass media*, constituíram o substrato político-ideológico da norma constitucional que considerou o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5º, XLIII) e da Lei 8.072/90 que veio a regulamentá-la. Da mesma forma, a “ameaça” representada pelas organizações criminosas, sobretudo as que se ocupam do tráfico de drogas, levou a edição da Lei 9.034/95, cujos dispositivos ferem uma série de garantias constitucionais.

A manutenção desta política criminalizadora produziu sérios problemas sanitários, elevou o preço da mercadoria sem qualquer controle, originou o problema da corrupção das agências de segurança, estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes, restringiu os programas preventivos, selecionou condutas sem vítimas (desestruturando o modelo constitucional garantidor), e proporcionou a formação de regime beligerante que contradita com os postulados dos Direitos Humanos.

A globalizada política proibicionista, propagadora da “guerra contra as drogas” é hoje o campo mais fértil para a ampliação do poder punitivo, a perigosamente ameaçar os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. As drogas ilícitas e as condutas com elas relacionadas são identificadas como o “mal universal”, não sendo raro qualificá-las como “flagelo da humanidade”, como a própria Política Nacional Antidrogas faz. A identificação das drogas como “mal universal” alimenta a demanda de maior repressão e ampliação do poder do Estado de punir

Em face disso, tem-se que a descriminalização das condutas relacionadas a drogas através do desenvolvimento de políticas alternativas é uma solução viável, uma vez que faz parte uma proposta de construção de um direito penal mínimo que privilegie um controle social informal e comunitário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Coleção Pensamento Criminológico, n. 1.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de: Ana Lúcia Sabadell. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 5, p.5-24, jan. / mar. 1994.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. **Constituição Federal, código penal, código de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976: Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e da outras providências. **Código penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990: Dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Código penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. Lei 9.034 de 3 de maio de 1995: Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Constituição Federal, código penal, código de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Política Nacional Antidrogas (D.O.U. nº 165, 27.08.2002). Brasília: Presidência da República, Gabinete de Segurança Institucional, Secretaria Nacional Antidrogas, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 20, p.129-146, out. / dez. 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Coleção Pensamento Criminológico, n. 2.

_____. **O tribunal de drogas e o tigre de papel**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 jan.2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

_____. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 34, p. 129-146, abr. / jun. 2001.

CERVINI, Raúl. Incidência de la “mass media” en la expansion del control penal en Latinoamérica. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 5, p.37-54, jan. / mar. 1994.

COPELLO, Patricia Laurenzo. Drogas: o modelo repressivo é inútil. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 8, p.38-40, out. / dez. 1994.

COSTA, Renata Almeida da. **A sociedade complexa e o crime organizado: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 33, p.39-65, jan. / mar. 2001.

DIMOULIS, Dimitri. Da “política criminal” à política da igualdade. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 29, p. 209-231, jan. / mar. 2000.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político criminal**. 2. ed. rev., atual., ampl.. São Paulo, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n.12, p. 76-86, out. / dez. 1995.

HASSEMER, Wilfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 5, p.55-69, jan. / mar. 1994a.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 8, p.41-51, out. / dez. 1994b.

KARAM, Maria Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 29, p. 331-350, jan. / mar. 2000.

_____. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 47, p. 360-374, mar. / abr. 2004.

KOSOVSKI, Ester. Drogas, violência e vitimização. **Capítulo criminológico: Revista de las disciplinas del control social**, Instituto de Criminologia Dra. Lolita Anyar de Castro e Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, vol. 30, n. 4, p. 417-432, out. / dez. 2002.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução de: Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução de: Ignacio Muñagorri. 6 ed. Madri: Siglo veintiuno de españa editores, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 4, p. 182-190, jan. / mar. 1996.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 2ª ed. rev., atual., ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2000. Coleção primeiros passos, n. 165.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Crime organizado**. Instituto de criminologia e política criminal. Curitiba, mai. 2002. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/crimeorganizado.htm>> Acesso em: 20 dez. 2004.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004.

_____. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Crime organizado”: uma categorização frustrada. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n.1, p. 45-65, ano 1, 1996.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____; BATISTA, Nilo et al. **Direito penal brasileiro**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.I.

XV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL. Mesa redonda sobre crime organizado. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 8, p.143-158, out. / dez. 1994.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Assessment of Psychoactive Substances for International Control**. Disponível em: << <http://www.who.int/en/> >>. Acesso em: 17.05.05.