



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFPG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LUCAS LOPES OLIVEIRA

DO PRECONCEITO À LEGALIDADE: CONFRONTANDO A POLÍTICA
PROIBICIONISTA DA *CANNABIS SATIVA* FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

SOUSA

2014

LUCAS LOPES OLIVEIRA

DO PRECONCEITO À LEGALIDADE: CONFRONTANDO A POLÍTICA
PROIBICIONISTA DA CANNABIS SATIVA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – Campus Sousa, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Ma. Larissa Sousa Fernandes

SOUSA

2014

LUCAS LOPES OLIVEIRA

DO PRECONCEITO À LEGALIDADE: CONFRONTANDO A POLÍTICA
PROIBICIONISTA DA CANNABIS SATIVA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – Campus Sousa, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Ma. Larissa Sousa Fernandes

Banca Examinadora

Data da Aprovação: _____

Orientadora: Profa. Ma. Larissa Sousa Fernandes

Examinador Interno

Examinador Externo

Dedico a todos aqueles que, se desprendendo das preocupações materiais, se dedicaram a um ideal. Que não simplesmente existiram, mas sim viveram, seja lutando, seja buscando, mas sempre aprendendo e transformando. Dedico a todos os guerreiros, homens e mulheres, presentes e passados, famosos e anônimos, que se esforçaram para a derrocada das Bastilhas do nosso dia a dia, redutos de opressão que caíram ao nascer de uma nova era. Estes que cultivando a liberdade como mais alta virtude, servirão de inspiração aos sonhos de todos aqueles que vislumbram um mundo não movido por ideais gananciosos, mas sim, por aquele que pode ser chamado de o motor das grandes realizações: o amor! Sem o qual seríamos autômatos da matéria, fantoches do capital, não seres humanos, mas apenas seres. Assim dando-nos humanidade, torna-se o amor então, o elo entre o mundano e o divino, pois quando amamos nos tornamos parte de Deus e ele se torna parte de nós. Assim, para concluir, como já diriam os sábios e místicos: “O amor é a lei, mas amor sob vontade”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos companheiros e familiares que me ajudaram ao longo do meu caminho, que fizeram presente ao longo desta jornada cósmica na realidade humana que chamamos de vida, àqueles que comigo riram e choraram, que lutaram lado a lado frente às adversidades. Com cada um deles aprendi algo, e de cada um levo uma parte em minha alma, que ao lembrar de todas estas experiências, chora de emoção e gargalha de alegria frente a imensidão do significado da existência.

Em especial a minha mãe Janice, a meu pai Ademir e irmã Pollyanna que de certa forma são corresponsáveis por todas estas vitórias.

Aos meus grandes companheiros de infância que levo até hoje comigo: Fagner, Netto, Frankilyn e Jansen.

Àqueles que estiveram comigo nestes anos de faculdade que já tomaram rumo em suas vidas Normal, Ruana, Hudson, Tungão, Falles, Marcella, Diego entre outros.

À Xiva, Augusto, Riq, Luã, Bruno C, Ingrid, Jéssica, Epifânio, pessoas de grande estima que tive o prazer de desfrutar de suas companhias ao longo deste caminho.

À Joyce por sua presença tão terna.

À minha orientadora Larissa que, compactuando com este ideal, ajudou na elaboração deste TCC.

À todos os demais companheiros, que ajudaram a edificar os alicerces desta conquista, a todos eles muito obrigado!

E principalmente, a divina providência em suas mais variadas manifestações: Jah, Krishina, Buda, Cristo, Oxalá e etc. A pluralidade de nomes só mostra a riqueza da manifestação divina na vida dos homens, entre os quais, eu posso me dizer grato de todas as formas.

Até que não existam cidadãos de primeira e segunda categoria em qualquer nação; até que a cor da pele de um homem seja menos significativa do que o brilho dos seus olhos, haverá guerra. Até que todos os direitos humanos fundamentais sejam igualmente garantidos para todos, sem discriminação de raça, haverá guerra. Até esse dia o sonho de paz duradoura, da cidadania mundial e as regras da moralidade internacional, permanecerão como ilusões fugazes, para serem perseguidas, mas nunca alcançadas.

Bob Marley

LISTA DE ABREVIATURAS

IDS - Ideologia da Defesa Social

ISN - Ideologia da Segurança Nacional

MLO - Movimento Lei e Ordem

RESUMO

A criminalização dos entorpecentes é uma das problemáticas mais significativas no Direito Penal. É de longe um dos crimes que mais encarceram, bem como, tem em sua repressão uma grande difusão de violência. O proibicionismo há muito se tornou um problema haja vista ter se tornado um mal muitas vezes maior que aqueles advindos do consumo de drogas que objetiva prevenir. O presente trabalho visa estudar de forma crítica, através de dados coletados das mais diversas fontes, os efeitos danosos do proibicionismo da *cannabis sativa* aos usuários, às pessoas relacionadas direta ou indiretamente com a venda de entorpecentes, bem como, à sociedade em geral. Desta análise e da comprovação da insuficiência do atual modelo repressivo faz-se necessário uma crítica principiológica a luz dos princípios penais de modo a evidenciar que a proibição a *cannabis* se mostra deslegítima além de uma fonte de violação dos direitos humanos. Parte-se então, para estudo sobre a superação deste paradigma repressivo, através do estudo da descriminalização e da legalização, formas alternativas de se lidar com os entorpecentes.

Palavras-Chaves: Direitos Humanos – Proibicionismo – Legalização da Maconha

ABSTRACT

The criminalization of drugs is one of the most significant issues in criminal law. It is a major cause of incarceration , with its repression a major cause of increased violence . The prohibition has long become a problem considering having become a many times greater problem than those arising from drug use that aims to prevent harm. The present work aims to study critically , through data collected from various sources , the damaging effects of prohibition of cannabis sativa to users , persons directly or indirectly related to the sale of narcotics , as well as to society in general . This analysis and the proof of the inadequacy of the current repressive model makes is necessary a critique the light of criminal principles in order to demonstrate that cannabis prohibition is delegitimates and, beyond of all, a source of human rights violations . Then starts to study how overcoming the repressive paradigm by studying the decriminalization and legalization , alternative ways of dealing with narcotics.

Key Words: Human Rights - Prohibition - Legalizing Marijuana

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 ANÁLISE HISTÓRICA DO CONSUMO DE ENTORPECENTES E DO PROIBICIONISMO	13
1.1 ASPECTO CULTURAL DO CONSUMO DE ENTORPECENTES E DA CANNABIS SATIVA	13
1.2 HISTORICO DO PROIBICIONISMO	20
2. O PROIBICIONISMO E AS IDEOLOGIAS PROIBICIONISTAS.....	27
2. 1 IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL (IDS).....	29
2. 2 IDEOLOGIA DA SEGURANÇA NACIONAL(ISN).....	31
2. 3 MOVIMENTO LEI DE ORDEM.....	32
2. 4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO PROIBICIONISMO DA CANNABIS SATIVA E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE.....	34
3. CRITICA AO PROIBICIONISMO.....	42
3.1 CRÍTICA AO PROIBICIONISMO DA CANNABIS SATIVA: FRENTE AOS USUÁRIOS E DEPENDENTE.....	42
3.2 CRÍTICA AO PROIBICIONISMO DA CANNABIS SATIVA: CUSTOS ECONOMICOS.....	44
3.3 CRÍTICA AO PROIBICIONISMO DA CANNABIS SATIVA: REFLEXOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	46
3.4 CRÍTICA AO PROIBICIONISMO FRENTE AOS AVANÇOS CIENTÍFICOS E MÉDICOS.....	47
3.5 CRITICA AO PROIBICIONISMO FRENTE AOS PRINCIPIOS PENAIIS	49
4. SUPERAÇÃO DO MODELO PROIBICIONISTA.....	60
4. 1 GARANTISMO PENAL E NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO.....	60
4. LEGALIZAÇÃO DA <i>CANNBIS SATIVA</i>	65
6 CONCLUSÃO.....	69

INTRODUÇÃO

O consumo de entorpecentes não é algo recente na história da humanidade, sendo atualmente um dos temas mais delicados quando se fala em política de segurança pública. A problemática do consumo e da proibição sofreu diferentes formas de tratamento pelo estado até culminar no atual modelo repressivo de política de drogas.

Tal modelo, que vem sendo importado através da recepção do discurso Norte Americano de combate e repressão policial ao consumo de *Cannabis*, data do início do século vinte, quando foi disseminado um discurso de proibição da maconha nos países ao longo do mundo, até o discurso empregado durante a década de 70 pelo governo dos Estados Unidos das Américas – EUA de tolerância zero e que culminou com a adoção de políticas mais rígidas por parte dos demais governos e que vem deixando grandes sequelas sociais nos países subdesenvolvidos, como ocorre no Brasil.

Através deste discurso, busca-se utilizar uma política criminal de repressão como forma de evitar os males causados pelos entorpecentes, investindo pesadamente em orçamento bélico, incorporando a guerra contra as drogas como única solução para o problema da violência urbana, atribuída principalmente ao comércio de entorpecentes.

O certo é que apesar de tantos investimentos, o que se tem observado é na verdade um grande aumento da criminalidade nos últimos anos, assim como da violência vem tornando a outrora tão cultuada guerra às drogas um problema muitas vezes maior que o dos próprios entorpecentes, na medida em que mergulha o Estado em um conflito sangrento que, conjugados com a desigual realidade social do país, gera um interminável estado de violência.

Atualmente, os estudos se voltam a analisar os efeitos desta problemática, estudando o proibicionismo da *Cannabis Sativa* neste contexto de repressão, tentando analisar o discurso proibicionista de forma crítica, frente aos seus reflexos no campo social.

Para tanto, faz-se necessário uma análise cronológica desta questão, bem como a diversidade sociocultural do momento histórico na qual o proibicionismo foi implantado no atual modelo político-econômico-social e quais as vantagens e retrocessos que esta política criminal ou repressiva, ou de combate aos entorpecentes tem resultado no Brasil.

Nesta perspectiva há a problemática da análise do modo jurídico penal atual, principalmente, frente aos direitos humanos, abordando o problema da constante

violação de tais direitos essenciais ao ser humano que a adoção da atual política repressiva tem resultado.

Uma das alternativas seria tratar a questão como sendo um problema de saúde pública, mudando o foco ao retirar das atuais drogas ilícitas as chagas e o peso do direito penal. Partindo destas premissas, é que se fundam os alicerces que sustentam os argumentos daqueles que defendem métodos alternativos ao combate armado, tais como a descriminalização e a legalização, como forma de evitar tais violações desproporcionais de direitos humanos essenciais, evitando desta forma a marginalização dos usuários bem como daqueles que direta ou indiretamente estão envolvidos com o problema.

Desta forma é necessário o estudo de tais métodos alternativos, em especial em relação à *cannabis sativa*, cujo potencial danoso se mostra muito pequeno, e de como tais métodos podem retirar grupos sociais inteiros da marginalização e permitir um maior grau de efetiva tutela dos direitos humanos. Para tanto, tem-se como necessário o estudo dos reflexos que uma eventual descriminalização ou legalização da *cannabis* traria ao meio social, a fim de que, comparando com o modelo repressivo atual, ressaltar os avanços sociais, bem como, o grau de efetivação dos direitos humanos fundamentais.

CAPÍTULO 1. ANÁLISE HISTÓRICA DO CONSUMO DE ENTORPECENTES E DO PROIBICIONISMO

1.1. Aspecto histórico e cultural do consumo de entorpecentes e da cannabis sativa

O consumo de entorpecentes sempre foi uma constante na história da humanidade. Desde que o homem tomou conhecimento de si mesmo, que de alguma forma busca alterar seu estado normal de consciência ou corporal. Logo, pode-se dizer que o uso de entorpecentes configura-se como um fator inerente ao ser humano.

Desde formas rudimentares de consumo de álcool e das primeiras plantas e cogumelos alucinógenos, na aurora da civilização humana, tal consumo se desenvolveu, e com o surgimento de civilizações cada vez mais complexas este consumo também aumentou de forma significativa, ganhando uma tônica cultural, havendo uma incorporação das várias espécies de entorpecentes às culturas humanas. O certo é que assim como crescia a dinâmica social, paulatinamente houve o crescimento da complexidade do consumo de entorpecentes que ganharia valoração própria, conforme a sociedade em que se inseria.

Logo, o uso de substâncias entorpecentes, é uma constante na história da humanidade, vindo desde a pré-história, nas rústicas formas de organizações antigas, em que é reflexo dos primeiros contatos do homem com a natureza em seu processo cognitivo de descoberta de si e do mundo ao redor, com registros que datam de mais de 10.000 anos (a. C.), até este consumo assumir aspecto cultural por volta de 5.000 anos (a.C.). Estes primeiros contatos assumiam muitas vezes tons espirituais, mostrando que muitas vezes o desenvolvimento da cultura religiosa está diretamente ligado aos primeiros contatos do homem com os entorpecentes. Sobre estes primeiros contatos espirituais, Merlin, afirma:

(...)os seres humanos, pelo menos em contextos pré-industriais, têm sido “culturalmente programado” para encontrar as plantas (ou fungos) que lhes permitem comunicar-se com os ancestrais (ou o seu mundo espiritual). Ele sugeriu que esta tradição remonta ao Paleolítico, muito antes da invenção da agricultura, quando as pessoas eram todas caçadoras e coletoras. De acordo com sua tese, com o espalhar dos homens por novas regiões, incluindo novas condições ecológicas, eles levaram com eles uma motivação cultural inspirada em usar espécies de plantas ou fungos que lhes permitam transcender sua consciência "normal" e capacitá-los para se comunicar com

seus ancestrais ou deuses, em essência, com o seu mundo espiritual.¹
(Tradução nossa). (MERLIN, 2003, p. 296)

Este uso, ao longo do tempo, a depender do contexto, ganha formas diferentes de consumo. Passando a ser utilizados com suas mais diversas finalidades a depender do contexto cultural em que si insere. Logo, o consumo de entorpecentes pode assumir proporções que ultrapassam o ritualístico, como o recreativo e até mesmo o uso medicinal-terapêutico, de acordo com a necessidade e do momento em que as referidas substâncias estão sendo consumidas. Esta dinâmica pode ser observada quando se analisa historicamente o consumo de vinho nas sociedades mediterrâneas, por exemplo:

O fato é que a importância econômica do vinho dependia de seu peso cultural, e vice versa. O sucesso do vinho dependeu de sua capacidade de tornar-se um componente essencial da vida das sociedades do antigo Mediterrâneo. Na esfera do sagrado, a videira era uma planta divina e o vinho um presente dos deuses. Com vinho se faziam sacrifícios, libações e oferendas aos deuses. Com vinho, se honravam os mortos. No âmbito da vida pública, o vinho era um dos elementos da relação entre cidadãos e estado: as distribuições gratuitas da bebida, em particular no mundo romano, eram um benefício que unia ou separava governantes e governados. Daí serem comuns as revoltas, em Roma, contra a escassez ou o alto preço do vinho, e as tentativas, quase sempre fracassadas, de limitar seu consumo pelas classes mais pobres. Na esfera da vida privada, o vinho era, como vimos, um componente essencial dos rituais de sociabilidade grupal como nos banquetes, ou dos rituais amorosos, para os quais era um instrumento de conquista e sedução (GUARINELLO, 2005, p.194)

Modernamente, ainda podemos vislumbrar o consumo de entorpecentes como manifestação contra-cultural, num contexto de rebeldia e oposição ao sistema, como observa-se com o movimento hippie². Neste contexto, a utilização de formas de alteração de consciência representava mais um elemento de protesto entre os vários

¹ More fundamentally, La Barre argued that humans, at least in pre-industrial contexts, have been “culturally programmed” to find plants (or fungi) that allow them to communicate with the ancestors (or their spirit world). He suggested that this tradition goes back into the Paleolithic Era, long before the invention of agriculture when people were all hunters and gatherers. According to his thesis, as bands of humans spread out into new regions, including new ecological situations, they carried with them a culturally inspired motivation to find and use species of plants or fungi that would allow them to transcend their “normal” consciousness and enable them to communicate with their ancestors or gods—in essence, their spirit world.

² O movimento hippie foi um movimento de contracultura com muita influência nos anos sessenta que se opunham a valores tradicionais capitalistas e pregavam o estilo de vida comunitário e de reaproximação com a natureza bem como a utilização de psicoativos para a transcendência dos modos convencionais de pensamento.

mecanismos que as manifestações culturais dos anos sessenta dispunham como forma de por em prática o ideal contra cultural.

Associadas às posturas reivindicatórias e libertárias, o uso de drogas ilícitas compõe, juntos com outros elementos da cultura (música, literatura, artes plásticas, cinema, vestuário, alimentação, sexualidade), o quadro das manifestações estéticas das políticas de ruptura. (CARVALHO, ANO, p.62)

Neste contexto, o consumo de *cannabis*, que se tornaria bastante popular neste momento de ruptura, no auge da geração do “Flower Power”, já a muito vinha sendo associada à rebeldia e a posturas contestatórias, conforme demonstra Robson (1999, p. 61), ao analisar a utilização psicoativa específica da *cannabis sativa* num contexto de rebeldia:

Historicamente aqueles que proclamaram com mais ênfase os poderes de alteração da mente pela *cannabis* foram inconformistas culturais e elites – xamãs, sacerdotes, devotos religiosos, artistas, escritores, boêmios, músicos. Estas pessoas já começaram vendo ou pelo menos tentando ver as coisas diferentes das massas. A *cannabis* acelera um processo já encaminhado. No ocidente nomes como Rabelais, Crowley, Baudelaire, Gautier, Rimbaud, Yeats, Ginsberg e Kerouac - todos ativos dissidentes sociais – se projetam.

Após a observância dos dados acima citados, fica clara a natureza cultural deste hábito. A partir da noção de cultura como “o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar a si mesmo” (REALE, 1985, p.25), e observando a importância atribuída a este aspecto na lição de Bettioli, onde “a cultura não é para o homem algo acidental, um passatempo, mas faz parte de sua própria natureza, é um elemento constitutivo de sua essência”(2008, p. 16), podemos dizer então que o consumo de substâncias que alterem o estado habitual de consciência é algo inerente e indissociável do homem em suas experiências com o meio, de modo tal que parte da história e das construções hoje denominadas patrimônio cultural se deve, em grande parte, ao consumo de psicoativos evidenciando a íntima relação antropológica entre as diversas culturas humanas e a alteração de consciência.

No que se refere à *Cannabis Sativa*, alvo deste estudo, é uma planta herbácea da família das Canabiáceas (Cannabaceae). Por tratar-se de um vegetal que apresenta várias formas de utilização. Foi amplamente cultivada ao longo da história da humanidade, conhecida popularmente como Maconha.

O uso da *cannabis* se perde na noite dos primeiros tempos da história humana, sendo certo que ao longo do tempo as mais diversas formas de sociedade que com ela entraram em contato, se aproveitaram de suas variadas propriedades das mais diversas formas. Os primeiros registros históricos da utilização da *cannabis sativa* pelo *Homo Sapiens* datam de 6.000 anos (a. C.). Esta primeira utilização dada pelos povos orientais a esta planta foi o seu emprego na confexão de cordas de Cânhamo, bem como nas mais diversas formas de tecido, e logo após na fabricação de papel.

O primeiro uso humano da cannabis parece ter ocorrido nas regiões de estepe da Ásia Central ou na China (por exemplo, ver Merlin 1972, Lu e Clarke, 1995; Fleming e Clarke, 1998). Certamente a maconha foi uma das primeiras plantas cultivadas da China. Ao longo de centenas, talvez milhares de anos, os primeiros habitantes da Europa Central e / ou Ásia Oriental cultivaram variedades de Cannabis de plantas selvagens selecionados artificialmente. Registros históricos chineses e dados arqueológicos sugerem que a história do cultivo de cânhamo e utilização na Ásia Oriental é de cerca de 5.000 a 6.000 anos de idade. Portanto a China pode ter sido a primeira região a cultivar, e até mesmo usar cânhamo.³ (MERLIN, 2003, p. 312) (tradução nossa)

Numa perspectiva etnográfica, um dos relatos que evidenciam as primeiras formas de consumo da *cannabis* através do ato de inalar a fumaça vem da Grécia antiga, ressaltando assim o seu contato com o homem numa visão de psicoativo, a partir de um relato de Heródoto, onde o grande historiador grego descreve o ritual de purificação dos Citas nas estepes Ponticas, nos termos a seguir:

Os Citas tomam das sementes do cânhamo e lançam-nas sobre as pedras aquecidas ao fogo. Quando começam a queimar, desprendem grande quantidade de vapor, não havendo na Grécia estufa que o faça de tal forma. Os Citas expõem-se a esses vapores e, sentindo-se atordoados, soltam gritos e fazem imensa algazarra. Esse vapor lhes serve de banho, pois nunca se banham. (HERODOTUS, IV, 75).

Assim como o consumo de entorpecentes no geral, o consumo da *cannabis* como forma de alteração do estado de consciência também ganha uma tônica variável ao longo da história, sendo possível identificar a utilização dos efeitos psicoativos sobre as

³ The earliest human use of Cannabis appears to have occurred in the steppe regions of Central Asia or in China (e.g., see Merlin 1972; Lu and Clarke 1995; Fleming and Clarke 1998). Hemp was certainly one of the earliest crop plants of China. Over hundreds, perhaps thousands of years, early inhabitants of Central and/or Eastern Asia domesticated Cannabis varieties from wild plants into artificially selected, cultivated crops. Chinese historical records and archeological data suggest that the history of hemp cultivation and use in Eastern Asia is approximately 5,000 to 6,000 years old. China therefore may have been the first region to cultivate, and even use hemp.

mais variadas formas, como o uso recreativo e o ritualístico entre outros. Não resta dúvidas de que o consumo da *cannabis* no contexto espiritual é uma forma culturalmente bastante rica de sua utilização, sendo várias as religiões que, ao longo do tempo, consideravam-na como planta de poder, servindo como poderoso instrumento para a transcendência dos padrões de consciência e impulsionando o homem em sua jornada espiritual como parte do processo de reencontro entre o indivíduo e a divindade.

Vem da Índia o mais antigo indicio de utilização da *cannabis sativa* para fins religiosos contida no texto Atharva Veda⁴. No Hinduísmo a utilização da *cannabis* ganha destaque por ser um poderoso sacramento, a utilização de uma bebida a base desta planta chamada de Bhang foi utilizada desde os tempos védicos, como forma de comunhão com uma das principais manifestações do sagrado Brâman (divina transcendência), o popular deus Shiva, que juntamente com Vishinun e Brama formam a trimurti, a trindade Hindu. Shiva na cultura védica simboliza a transformação, a renovação e a iluminação e, segundo a tradição antiga, encontrava na *Cannabis Sativa* seu alimento predileto.

Outra importante referência de ligação entre a *cannabis* e a espiritualidade da terra dos grandes gurus vem da história do príncipe Sidarta Goutama, conhecido como Buda, em que segundo a tradição Mahayana uma das correntes mais místicas e meditativas do budismo, o sábio príncipe teria passado seis anos se alimentando apenas de sementes de cânhamo em um período de quase jejum que antecedeu sua iluminação⁵

Não só os Hindus descobriram as utilidades da *cannabis sativa*. Da Índia a maconha migrou para a Mesopotâmia, a utilização da *cannabis* como incenso pelos Assírios datam de 900 a.c. Segundo o historiador Mircaea Eliade o êxtase xamanico introduzido pelo cânhamo era conhecido no antigo Irã⁶. De lá seu consumo também se expandiu para o oriente médio e por um longo período foi utilizado pelos povos islâmicos até o advento da idade das trevas quando muitos mulçumanos abandonaram tal hábito, com exceção da corrente mística e exotérica conhecida como Sufis que, até recentemente, utilizavam amplamente a *cannabis sativa* em seus rituais. Em “Escândalo: ensaio sobre a heresia islâmica”, Lamborn Wilson cita o poeta Sufi Fuzuli

⁴ ROBINSON, Rowan. **O grande livro da Cannabis: Guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental**, p.49

⁵ Ibidem, p. 55

⁶ Ibidem, p. 49

o qual afirma que “o Haxixe é ele próprio o senhor do Sufi”, Wilson também analisa o declínio do uso da *cannabis* no Sufismo moderno⁷

A história da *cannabis* muitas vezes se confunde com a do continente africano, onde temos uma rica forma de utilização desta erva. Vem de longa data a utilização da erva pelos africanos. Após a sua utilização na Ásia, a *cannabis* chega ao continente africano.

Todas as referências históricas sugerem uma dispersão do Centro, do Sul ou do Sudeste Asiático para a África antes do contato europeu. De fato, a evidência arqueológica, lingüística e histórica do século 12 até o presente indica que a Cannabis foi trazido para a África pelos comerciantes marítimos muçulmanos do subcontinente indiano, via Arábia, possivelmente já no primeiro século D.C. (...) A Cannabis parece ter se espalhado ao longo da costa oriental da África e, em seguida, para o interior de toda a região subsaariana tropical.⁸ (MERLIN, 2003, p. 314)(tradução nossa)

No Egito antigo, a fibra do cânhamo foi bastante utilizada para a confecção de cordas, sendo inclusive, encontrados tecidos a base do cânhamo no tumulo do faraó Akhenaton. Fazendo uma leitura geral, a cultura egípcia deve muito a *cannabis* haja vista um dos seus maiores símbolos foi construído com a ajuda desta erva.

O cânhamo foi utilizado na construção das pirâmides não apenas no arresto dos blocos de calcário,mas também nas pedreiras onde sua fibra seca era introduzida nas fendas das pedras depois de molhadas. Com o inchaço da fibra a pedra fendia(ROBINSON, 1999, p. 69).

A *cannabis* rapidamente se espalharia também para a Eoropa, os responsáveis direto pelo contato entre os europeus e a erva foram os já mencionados Cítas, que espalharam pelo continente, levando-a da Ásia a aos locais do continente europeu onde passavam, como a Rússia e a Grécia. Um pouco mais tarde seria a vez dos Arabes levarem a maconha até a Península Ibérica e depois aos portos ao longo do Mediterrâneo.

⁷ Ibidem, p. 55

⁸ All of the historical references suggest dispersal from Central, South, or Southeast Asia into Africa prior to European contact. Indeed, the archeological, linguistic, and historical evidence from the 12th century A.D. to the present indicates that Cannabis was brought to Africa by Moslem sea traders from the Indian subcontinent, via Arabia, possibly as early as the 1st century A.D. (du Toit 1980; also see Emboden 1972 and LaBarre 1980). Cannabis appears to have spread down the eastern coast of Africa and then inland throughout the tropical sub-Saharan region.

Os gregos também conheceram a *cannabis*, sendo seus efeitos medicinais descritos por Pedâneo Dioscaorides, um conhecido médico grego do século I em seu livro “De matéria médica”. Os romanos também utilizavam bastante a *cannabis* de modo a torna-la um importante produto agrícola da antiga Península Itálica, sendo suas sementes amplamente utilizadas na alimentação. Há vestígios de semente de cânhamo carbonizadas nas ruínas de Pompeia, que foi destruída pela atividade vulcânica de Vesúvio no ano 79 da era cristã. A utilização da *cannabis* na produção para a confecção de velas navais, assim como na Grécia, também seria destaque no império Romano, todo este mercado de fibra de cânhamo na indústria naval tornou Veneza e sua marinha mercante uma das maiores potências navais do Mediterrâneo antigo⁹.

Essa característica do cânhamo ganharia destaque bem mais na frente durante a renascença, onde é possível identificar a importância da maconha para as grandes navegações e principalmente, para a grande revolução cultural que havia naquela época. Com a necessidade de novos mercados, os Europeus se lançaram em alto mar e a fibra da *cannabis* teve um papel decisivo nesta jornada épica.

Segundo o autor americano Rowan Robinson¹⁰, Colombo em sua nau contava com mais de setenta toneladas de cânhamo incluindo-se aí as velas e as cordas, quando aportou nas terras do então “novo mundo”, podendo-se dizer que, de certa forma, o “descobrimento” da América se deveu em grande parte à contribuição da maconha.

Para mais do que a técnica naval a *cannabis* também acompanharia a evolução da cultura daquele momento de renascimento cultural no ocidente. Os primeiros livros impressos depois da invenção da imprensa de Gutemberg, que iria revolucionar a distribuição do saber, foram feitos a base de cânhamo, bem como as telas dos grandes pintores da renascença.

Em terras Tupiniquins, os barcos que aqui desembarcaram, assim como ocorreu no resto das Américas, tinham suas velas e cordas feitas a base de cânhamo. O consumo da maconha, acredita-se ,foi trazido pelos escravos em meados do século XVI, daí sua denominação de fumo de angola ou diamba, onde se incorporou a cultura local, sendo muito usada nos rituais do candomblé.

⁹ ROBINSON, Rowan. op. cit., p. 72.

¹⁰ Ibidem, p. 76

1.2 Histórico do proibicionismo

A problemática do interesse do Estado pelo consumo de determinada substância pela população não é nem de longe algo recente, sendo antiga a prática do Estado de interferir na liberdade do cidadão de modo a proibir, desaconselhar ou recomendar a utilização de determinada substância. Neste contexto, a liberdade e alteridade no consumo de psicoativos ganha valor diferenciado a depender da época em que se insere, bem como de sua cultura, valor este que muitas vezes é ditado pelo Estado para alcançar determinado fim específico.

Uma das formas antigas de proibição podemos citar a proibição do álcool pelos governos islâmicos, bem como as proibições e perseguições religiosas do império romano pós Constantino às religiões não cristãs, que indiretamente proibiam as práticas rituais entógenas¹¹.

Escohotado (1997, p. 49), ao analisar a repressão ao ópio e seus aspectos ritualísticos, transformando a tônica e inaugurando também o discurso do ópio como instrumento de adição, observa:

Igualmente interessante é que nenhum texto grego ou romano fala de adição ao ópio. Os únicos aditivos conhecidos na época eram os alcoólicos, enquanto que o hábito de comer ópio se equiparava ao de ingerir outros alimentos, fazer exercícios corporais ou dormir e acordar em horas específicas. A mudança ocorre ao ser entronizado o cristianismo. A partir de então, não apenas o ópio mas as demais substâncias psicoativas clássicas (meimendo, mandrágora, beladona, maconha, haxixe, cogumelos visionários, etc.) caem sob o estigma genérico de “plantas infernais e preparações diabólicas” ao mesmo tempo que o vinho, reverenciado pelo Antigo testamento, passa a ser glorificado como sangue do Redentor. A repressão aos usos religiosos, recreativos e medicinais do antigo repertório farmacológico conseguiu destruir sistematicamente os tratados de toxicologia que simbolizavam o mundo pagão. Em troca, a expansão do Islã se apoiava em uma oposição ao vinho e adesão ao ópio e café..

Logo, como observa-se, o interesse estatal pelo consumo de determinada substância não é algo recente, mas esteve presente ao longo dos muitos momentos históricos da humanidade, sendo um dos vários instrumentos de controle social que o governo detém sobre seus cidadãos.

¹¹ “Enteógeno (ou enteogénico) é o estado xamânico ou de êxtase induzida pela ingestão de substâncias alteradoras da consciência. É um neologismo que vem do inglês: entheogen ou entheogenic, tendo sido proposto em 1973 por investigadores, dentre os quais se pode citar Gordon Wasson (1898-1986)”. Wikipédia. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ente%C3%B3geno>>. Acesso em: 10 de outubro de 2013

Entretanto, se por um lado não é recente a tentativa do estado de regular o consumo de psicoativos, estas formas de proibição/ regulação ganham na idade contemporânea uma tônica totalmente diferente do que as formas antigas destes institutos, haja vista, não só a diferença valorativa entre as situações fáticas, quanto questões envolvendo a própria dinâmica das sociedades modernas onde o atual modelo proibicionista se insere.

O atual modelo de proibicionismo é caracterizado pela transnacionalidade, onde é possível se verificar uma espécie de identidade entre as legislações mundiais. Esta característica está diretamente relacionado a ideia global reinante atualmente de que os entorpecentes são um mal a ser combatido a nível global. Neste contexto, foram feitas campanhas internacionais por grupos moralizadores, que ao longo dos tempos criou a noção de que o proibicionismo seria a única forma de se combater os males advindos do uso dos entorpecentes.

O resultado mais visível desse esforço é a atual coerência e identidade das leis antidrogas no mundo que, apesar das particularidades locais possíveis de serem encontradas, trabalham em uníssono a partir de uma fórmula comum: o proibicionismo. Antes de ser uma doutrina legal para tratar da questão das drogas o proibicionismo é uma prática moral e política que defende que o estado deve, por meio de suas leis próprias, proibir determinadas substâncias e reprimir seu consumo e comercialização. (Rodrigues apud Escohotado 2008 p.91)

Observa-se que os esforços anti drogas precedem as primeiras legislações proibicionistas de modo a evidenciar as influências políticas que determinados grupos tiveram na formação da atual política de entorpecentes baseada na repressão, como demonstra Rodrigues (2008, p.91) ao analisar as rápidas modificações históricas que esta campanha ocasionou:

Esta pressão moralista contra as drogas remonta ao final do século XIX e princípios do século XX e assumiu formas particulares nas Américas, Europa e Ásia. Se hoje o proibicionismo está cristalizado em normas internacionais, há cerca de um século havia um vazio jurídico que deixava ainda intocado, do ponto de vista da regulação legal, um mercado de drogas psicoativas bastante vigoroso e mobilizador de importantes interesses econômicos.

Este fenômeno, que levou a rápida passagem dos entorpecentes da legalidade para a ilegalidade, ocorreu de forma violenta, como se observa do movimento que vai da guerra do ópio, no século XIX, à lei Seca de 1919.

No contexto imperialista do final do século XIX, em que as nações europeias tentavam expandir seus produtos aos mais variados cantos do mundo, a Inglaterra tinha como importante produto de exportação o ópio que encontrava grande mercado consumidor na China Imperial. Este comércio não era visto com bons olhos pelo governo chinês. Assim surge a guerra do ópio onde a Inglaterra, juntamente com outras grandes potências europeias, derrotariam a China impondo-a com esta derrota a reabertura dos portos ao ópio britânico.

Muito deste contexto iria se transformar, quando as potências mundiais voltariam a China para novamente debater a questão do ópio na Conferencia de Xangai. Desta vez com os Estados Unidos da América entre um dos interessados. Onde discutiu-se justamente a limitação do comércio do ópio a nível internacional.

Ainda que o encontro de 1909 não tenha sido impositivo, ficando apenas no campo das recomendações genéricas a necessidade de reduzir o mercado de opiáceos, o texto final trazia a marca da experiência estadunidense nas Filipinas e que seria uma das características centrais do proibicionismo: a defesa do uso legal sob o estrito controle para uso médico, e a ilegalidade para qualquer outra forma de uso (recreativo, hedonista). (RODRIGUES 2008, p.93)

Entrando em compromissos internacionais para combater os entorpecentes, os EUA começaram aos poucos mudando suas legislações internas para se adequar ao crescimento de sua política internacional de proibicionismo. Isto aliado as verdadeiras cruzadas que os setores mais conservadores faziam em oposição ao álcool, sendo a princípio, uma das drogas mais atacadas nas primeiras manifestações do proibicionismo.

Assim, é possível compreender porque, apesar da aprovação do Harisson act, em 1914, lei que trazia para os EUA determinações de controle médico já proclamadas internacionalmente, a norma que merece a posição de primeira lei proibicionista contemporânea é o Valstead Acte 1919, conhecida como Lei Seca. (RODRIGUES, 2008 p. 93)

A aprovação desta lei simbolizava a vitória política ultra-conservadora bem como a concretização do aumento do poder social com ampliação do poder estatal sobre os hábitos e de certa forma sobre a liberdade civil dos cidadãos através da criação de mecanismos jurídicos. Este projeto político se mostraria fracassado, pois além de não conseguir alcançar os objetivos que se propunham, ainda criou um problema muito sério ao colocar na ilegalidade o comercio e a distribuição de bebidas, causando um aumento

de violência sensível até para aqueles que não estavam diretamente envolvidos nestas atividades recém proibidas.

O resultado imediato desta proibição é bastante conhecido e comentado: o efeito automático da lei seca não foi a supressão do álcool e dos hábitos a ele associados, mas a criação de um mercado ilícito de comerciantes dispostos a oferecer-los a uma clientela que parecia inalterada. Inalterada em gosto mas agora diferente, pois ilegal, criminosa. Produziu-se um campo de ilegalidades novo e punjante; inventou-se um novo crime e novos criminosos; e o álcool talvez para a agustia dois proibicionistas mais dedicados, não deixou de ser consumido. (RODRIGUES, 2008 p.94)

Seguindo a tendência proibicionista mundial, o Brasil também iria aderir a bandeira da repressão tendo como importante marco a Consolidação das Leis Penais em 1932 que iria alterar a disciplina do artigo 159 do código de 1890, onde na redação original do seu preceito primário incriminava a conduta de: “Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorizaçãoe sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários” e sujeitava o infrator a aplicação de pena de multa. Alteração se dá com a substituição da proibição a utilização de substâncias venenosas pela proibição as substâncias entorpecentes, prevendo pena carcerária e determinando as formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública. Seguindo estas mudanças vieram os Decretos 780/36 e 2.953/38. Sobre os primeiros passos da evolução proibicionista no Brasil:

Assim, é lícito afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionista sistematizada. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delitos. (CARVALHO 2013, p.59/60)

O processo de autonomização das leis criminalizadoras se dá com os supracitados Decretos 780/36 e 2.953/38, aliado a este processo temos filiação do Brasil às ideologias proibicionistas mundiais com o Decreto-Lei 891/38 que, inspirado na Convenção de Genebra, marca o ingresso do Brasil no modelo internacional de controle de entorpecentes.

A tendência de proibição através de regulação autônoma, é rompida com o código penal de 1940, que acaba estipulando um modelo de criminalização dos entorpecentes junto à codificação penal geral. Entretanto com os Decretos 4.720/42 e 4.451/64 resta consolidado o processo de descodificação das legislações proibicionistas, fazendo germinar o que mais tarde floresceria como um processo de separação deste ilícito das demais formas de criminalidade, desconstituindo-se assim a sistemática e a lógica científica desta matéria penal.

Neste processo de densificação da repressão aos entorpecentes, a partir da década de 50, expande-se o primeiro discurso relativamente coeso sobre a problemática da repressão aos tóxicos.

Se impõe um discurso oficial que se pode denominar ético jurídico pela ênfase que adquire nesta época a promulgação de severas leis penais para sancionar o fenômeno, que por sua vez dá lugar a criação do estereótipo moral se lembrarmos que de acordo com o que impõe o uso de drogas é por um lado questionável como hábito vicioso e degradante e por outro aparece descrito como algo intimamente ligados ao prazer, diversão e sexo. (OLMO 2004 p.123): (tradução nossa)¹²

Já nos anos 60, com a popularização do consumo da *cannabis sativa* e do LSD, associados aos movimentos de contra cultura, que torna o consumo de entorpecentes algo mais do que mero hedonismo, mas sim, uma forma de contestação à política belicista norte americana, faz com que surja as primeiras dificuldades às agências de controle penal. Neste contexto surge um movimento que iria encaminhar o processo de transnacionalização do controle sobre entorpecentes com a “Convenção Única sobre Estupefacientes”. Este movimento encontrará seu fundamento ideológico no Movimento de Defesa Social, que se baseia no maniqueísmo em que se cria ideias de “bem” e “mal” abstratas e anti-históricas. “Como todo processo de universalização cultural e/ou econômico, os argumentos centrais para a repressão da delinquência passam a ser invocados de forma autônoma e distantes das especificidades locais” (CARVALHO, 2013 p.63). Evidenciando-se a discrepância entre a política

¹² Se impone un discurso oficial que se puede denominar ético-jurídico por el énfasis que adquire en esa época, la promulgación de severas leyes penales para sancionar el fenómeno, que a su vez da lugar a creación del estereotipo moral, si se recuerda que según éste 'el uso de drogas es por parte censurable como hábito vicioso y degradante y por otra aparece descrito como algo estrechamente ligado al placer, al ocio e al sexo.

governamental em abstrato e o contexto social, distância esta que acompanharia toda a história do proibicionismo moderno.

Tem-se neste momento uma mudança de paradigmas, fazendo nascer o modelo médico-jurídico de discurso proibicionista, este que inspiraria bastante as legislações sobre entorpecentes, inclusive a nossa atual lei de tóxicos, baseando-se na separação entre consumidor e traficante. Neste contexto o usuário seria tratado necessariamente como dependente/doente e o traficante como criminoso, logo aquele seria tratado segundo as concepções médicas-psiquiátricas, enquanto que este seria alvo do poderoso mecanismo penal que se fortalecia a cada dia.

Este modelo apesar muito ter influenciado as legislações proibicionistas tendo traços dele até mesmo em nossa atual lei de tóxicos iria perdendo a força frente às novas necessidades da política proibicionista.

A escassez do discurso médico-jurídico no que concernia a densificação do processo de repressão permite a elaboração de um sistema predominantemente jurídico, baseado na severa punição que não obstante manter resquícios do antigo sistema, cria condições para o nascimento do discurso jurídico-político.(CARVALHO, 2013 p 69)

Podemos ver uma ruptura do modelo médico-jurídico o Decreto Lei 385/68 que acaba criminalizando o usuário com penas idênticas aquelas impostas ao traficante, seguida pela Lei 5.726/71. Esta medida drástica, de identificar traficante e usuário num mesmo conceito de reprovabilidade, seria um retrocesso que evidenciaria o caráter não linear e lógico do discurso proibicionista.

O novo discurso, que apesar de aproveitar muito do antigo modelo médico-jurídico, vai substituí-lo de modo a integrar uma rede global de repressão viabilizando um sistema internacional de controle de entorpecentes. Esta ideologia intensifica a ideia da droga como um vilão da sociedade democrática, fazendo com que o presidente americano Nixon, declare verdadeira “guerra às drogas”. Partindo do fato de que, o consumo de entorpecentes nos EUA vinha aumentando, em despeito à política interna de repressão, a ideologia proibicionista irá ampliar sua atuação desta vez focando no mercado externo, dividindo os países em consumidores que seriam vítimas dos efeitos das drogas e produtores que deveriam ser combatidos. Neste contexto de internacionalização do controle aos entorpecentes é que surge o discurso jurídico-político.

Para Rosa Del Olmo a cômoda posição das agências centrais produziu resultados desastrosos porque, sendo exportado e imposto do centro para a periferia, o discurso jurídico-político ignorava a alteridade, ou seja, estava alheio (ou pouco preocupado) à historicidade, às questões sociais, políticas e econômicas, bem como a relação cultural entre drogas e os grupos sócias envolvidos. (CARVALHO, 2013 p.71).

Neste contexto, a Lei 6.368/76 surgiria como forma de efetivar as novidades ideológicas do proibicionismo, reafirmando o tradicional discurso médico-jurídico ao diferenciar o consumidor do traficante. Entretanto, aplicando o discurso jurídico-político ao enrijecer as penas, bem como, os mecanismos de repressão ao traficante, este que neste novo momento do proibicionismo agregaria o estereótipo do narcotraficante e ganhando o papel político de inimigo interno a ser combatido no contexto de guerra as drogas. “Embora a Lei 6.368/76 rompa com a lógica da Lei 5.726/71 e a do Decreto-Lei 385/68, diferenciando o tratamento punitivo entre porte e comércio de drogas ilícitas, as alterações em matéria de penas evidenciam o aprofundamento da repressão.” (CARVALHO, 2013 p.77).

O amplo processo de descodificação das leis penais, principalmente em termos de repressão aos entorpecentes, bem como a grande defasagem da Lei 6.368/76 frente à realidade social, trouxeram à tona a necessidade de se repensar a legislação pátria regulatória dos entorpecentes. É nesse contexto que surge a atual lei de tóxicos, a Lei 11.343/06. Embora sejam perceptíveis certos avanços em institutos que a muito tempo se mostravam anacrônicos, a atual legislação de drogas deixou a desejar em muitos pontos onde poderia ter avançado de modo exemplar. Um avanço que pode ser citado foi a descarcerização penal, pois sabe-se que o modelo de repressão ao usuário mostrava-se ineficiente e desproporcional, mas foi aquém do que se esperava: uma descriminalização do porte para consumo tendo em vista ser esta a corrente de vanguarda em termos de política criminal de entorpecentes. Também há, para reforçar esta ideia, um nítido incremento do aparato punitivo aos demais delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes.

CAPÍTULO 2. O PROIBICIONISMO E AS IDEOLOGIAS PROIBICIONISTAS

O proibicionismo, segundo o conceito de Karen, pode ser entendido como:

Um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal – e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais –, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros. (KAREN, 2010, p. 1)

Este posicionamento em relação aos entorpecentes, deixando de tratar a questão das drogas como uma questão comum de mercado e tratando-a como um ilícito, não pode atribuir uma causa específica bem como um fator com caráter determinante, em virtude da complexidade dos fatos sociais envolvidos. Entretanto pode-se afirmar com certeza que este processo de construção deste discurso, que se deu de forma arbitrária, ganha potência, inclusive se institucionalizando, nos EUA.

Enumeram-se diversas causas desse “pioneirismo” norte americano, ainda que nenhuma delas lá exclusivamente: a profunda antipatia cristã por algumas substâncias antigas e os estados alterados de consciência, agravada diretamente pelo puritanismo asceta da sociedade norte americana; a preocupação das elites econômicas e políticas com os “excessos” das classes ou raças vistas como inferiores ou “perigosas”; o estímulo a determinados psicoativos em detrimento de outros, como decorrência de interesses nacionais e econômicos. (FIORE, 2005 p. 259)

Logo, a construção do discurso proibicionista, em termos de entorpecentes, funda-se em bases axiológicas moralistas, bem como num caráter de seletividade marginalização e controle social que a adoção deste discurso propicia. O ideal puritano de uma vida livre das tentações dos vícios morais faz com que o moralismo volte a influenciar nas correntes políticas de reforma legal. Isto aliado à necessidade dos detentores do poder político quanto a criação de mecanismos de controle social, que indentificando nos hábitos de determinado seguimento social um fator de criminalização acaba controlando parcelas da população ditas indesejáveis, através de suas características e preferências culturais (a utilização da *cannabis sativa* pelos mexicanos

serve de exemplo), acaba sendo, entre os muitos existentes, os fatores ditos como mais importante deste triste fenômeno que guardamos a sequele até hoje.

Bobbio ao se referir a ideologia, entende-a em sua manifestação forte como o conceito tradicional de ideologia em Marx onde ela é identificada como uma falsa percepção da realidade produtiva. Ao filiar-se ao conceito marxista, supra citado, como uma falsa consciência das relações sociais de poder, uma distorção da realidade a qual se torna uma espécie de subversão do conhecimento verdadeiro, observamos que as bases que fundamentam as ideologias proibicionistas são desprovidas de substrato fático, sendo de certa forma impostas por grupos políticos específicos sem a devida maturidade discursiva própria para a construção do conhecimento científico, encaixando-se perfeitamente no conceito ideológico marxista.

Além das ideologias conservadoras, com ideais absteistas e moralistas, que foram marcantes durante os primeiros passos do proibicionismo, em termos de política criminal, as principais ideologias que influenciaram e que marcam a matriz valorativa da cruzada contra os entorpecentes são a Ideologia de Defesa Social, Ideologia de Segurança Nacional e Movimentos de Lei e Ordem.

(...)o sistema proibicionista no Brasil se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional.(CARVALHO, 2013 p.83).

Além do que foi já citado, também, modernamente podemos destacar a influência do discurso do Direito Penal do Inimigo¹³ como bastante influente neste campo.

¹³ Corrente que defende o direito penal máximo desenvolvida pelo alemão Jakobs. Segundo esta teoria o Direito Penal deveria se dividir em Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, pois aqueles qualificados como inimigos não deveriam gozar das mesmas garantias que o cidadão haja vista a qualidade atribuída ao mesmo de inimigo do estado, tem-se assim a estes indivíduos um contínuo estado de exceção penal.

2.2.1 Ideologia da defesa social (IDS)

Com o advento do positivismo no campo criminológico, surgiu a necessidade de se racionalizar os sistemas de controle penal que dispunha o Estado, de modo a abordar as ciências criminais de maneira cada vez mais técnico e científica. Através deste ideal se construiu as bases da Ideologia da Defesa Social que, através de mecanismos racionais, intensificava os modelos de controle penal, de modo a criar um sistema cada vez mais “eficiente” de direito penal. Este discurso positivista, racional, de caráter liberal iria criar um modelo que se legitimava na técnica científica como forma de maximizar a eficiência do sistema penal.

O objetivo de estruturação burocrática de controle social inaugurado com a Ilustração foi o de estabelecer mecanismos racionais de repressão e/ou erradicação do delito (política criminal de luta contra a criminalidade). Neste quadro a IDS se apresenta como elemento configurador, sendo impossível ler a historiografia das práticas punitivas dissociada desta ideologia informadora. (CARVALHO, 2013 p.85)

Esta ideologia seria bastante influente na criminologia e demais ciências penais, principalmente em termos de política criminal que, com o Movimento de Defesa Social iria utilizar toda esta carga teórica advinda desta nova forma de interpretar o delito, gerando ações políticas concretas.

Os princípios cardeais que norteiam a Ideologia da Defesa Social, bem como da projeção política de suas tecnologias penais, conhecido como Movimento de Defesa Social, seriam explicitados por Baratta, que os enumera nos seguintes termos¹⁴: Princípio da legitimidade: segundo o qual o Estado como expressão da sociedade esta legitimado a prevenir a criminalidade por meio das instâncias oficiais de controle social; Princípio do bem e do mal: vê o delito como um dano a sociedade, bem como o delinquente como um elemento disfuncional no contexto social; Princípio da culpabilidade: o delito é visto como a reprodução de uma atitude interior reprovável; Princípio do fim e da prevenção: a pena não possui apenas sua função retributiva, mas sim uma função preventiva; Princípio da igualdade: a lei penal é igual para todos e a reação penal se aplica de modo igual para todos e; Princípio do interesse social e do

¹⁴ CARVALHO Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**, p. 87

delito natural: os delitos representam ofensa a interesses sociais e condições essenciais de para a existência em sociedade.

Esta ideologia seria mais à frente severamente criticada, principalmente pelas Teorias Sociológicas Interacionistas¹⁵ e pelas Teorias Psicanalíticas¹⁶, haja vista seu modelo teórico estar em descompasso com a realidade fática, permitindo uma ruptura com o modelo científico proposto pela IDS.

Apesar da crise da Ideologia da Defesa Social, ela ainda permanece fornecendo a base ideológica para a hermenêutica criminal. Atualmente, grande parte desta influência deve-se a sua grande repercussão em termos de opinião pública. Um fato bastante criticado pelas correntes mais modernas da criminologia, é que, apesar de um discurso de caráter humanista, na prática diferem totalmente deste ideal, pois mantém uma estrutura penal voltada essencialmente a repressão criminal, estando legitimada pelas tecnologias científicas penais que, longe de uma visão crítica e transformadora, desenvolvem-se apenas seus aspectos técnicos reprodutivos de um sistema penal seletivista. Neste sentido Carvalho (2013) critica a atuação de tal pensamento em oposição a sua proposta humanista declarada:

A estrutura principiológica da IDS permite, assim, ininterrupta (auto)legitimação do sistema repressivo, pois sustenta a ideia de poder racionalizado(r), cujo escopo é a tutela de bens jurídicos (universais) compartilhados por estrutura social homogênea. Ademais, instrumentaliza os aparelhos repressivos determinando atuação letal em oposição frontal ao discurso oficial de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, diferentemente de tutelar bens jurídicos e igualizar a repressão, mantém a estrutura hierarquizada e seletiva do sistema de controle social. (CARVALHO, 2013, p. 89)

¹⁵ Nesta corrente criminalista muda-se o foco da análise dos desvios do homem entendido individualmente como causador de delitos, como fazia a corrente positivista, focando-se agora na importância da relação e interações entre o indivíduo e a sociedade.

¹⁶ Partindo das premissas de Freud critica a criminologia tradicional que se baseia no princípio da culpabilidade. “A constatação de Freud foi a de que a prática dessas ações estava associada ao fato de serem proibidas e sua execução propiciava um alívio psíquico àqueles que as cometiam. Observou ainda que tais pacientes sofriam de um “oprimente sentimento de culpa” de origem desconhecida e que, depois da prática delituosa, a opressão da culpa era abrandada, tendo em vista que tal sentimento podia ser creditado a algo real. Havia, no caso, uma inversão, na qual o sentimento de culpa preexistia à ação ilegal, ao invés de surgir depois de seu cometimento. O crime “era a resultante do sentimento de culpa”, mais que isso, era a sua racionalização.” CABETTE. **A criminologia no século XXI**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2012/08/01/a-criminologia-no-seculo-xxi/>> Acesso em: 01/03/2014.

Esta ideologia influenciaria a política global de entorpecentes principalmente por seu caráter não histórico e universal, onde as especificidades culturais são desprezadas, gerando enormes problemas ao impor um modelo de combate desvinculado da realidade fática de muitos dos locais onde foi implantado no momento em que o proibicionismo adentra no plano das relações internacionais.

A problemática do consumo de entorpecentes e em especial da cannabis sativa tem como já frisado, um caráter cultural onde, as especificidades do contexto onde o consumo e conseqüentemente a comercialização se insere, são de suma importância para a compreensão da realidade de um povo. Desta forma qualquer reducionismo abstrato acaba criando falsas impressões da realidade que surtirão sérios efeitos quando embasarem estratégias de controle baseadas na repressão.

3.2.2 Ideologia da segurança nacional (ISN)

Esta ideologia que chega com força nos países latino americanos durante a década de sessenta, trazida a América por autores franceses, visava a eliminação de correntes políticas consideradas perigosas. Embora inicialmente seu objetivo seja a eliminação da criminalidade política ao entrar em contato com os postulados da IDS, acaba remodelando a pauta de controle da criminalidade tradicional.

Esta união entre os postulados destas duas teorias que, apesar de visar combater categorias diferentes de criminosos, acabará se dando em virtude de suas potencialidades transnacionais e sua lógica voltada para uma divisão de bem e mal, característica essencialmente maniqueísta. Esta divisão se dará na IDS com divisão entre cidadão comum e criminoso enquanto que na ISN o que vemos é oposição de países ou blocos políticos, construindo neste último caso uma divisão entre países consumidores, que seriam vítimas do perigo das drogas, e países produtores, que seriam responsáveis pelos perigos morais do consumo interno das grandes potências.

Na verdade, muito se tem criticado a ISN pelos princípios em que se fundam, sendo desprovida de referencial teórico capaz de legitimá-la. Segundo Zafaroni é um exagero considerar a ISN como ideologia devido à falta de densidade teórica de seus postulados¹⁷, pois esta seria apenas uma tese simplista que anunciava uma guerra total e permanente contra o comunismo. Neste contexto destaca que os estados policiais

¹⁷ Ibidem, p. 93

acabavam por estabelecer quem em determinado caso seria enquadrado como inimigo político, onde a violação a princípios garantistas essenciais acabavam se institucionalizando através de um permanente estado de exceção.

A união entre estas duas correntes ideológicas iria dar a tônica da repressão à criminalidade dali em diante.

Com a incorporação dos postulados da Doutrina de Segurança Nacional (DSN) no sistema de seguridade pública partir do golpe de 1964, o Brasil passa a dispor de método repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos. A estruturação da política de drogas requeria, portanto, reformulação: o inimigo interno político (subversivo) é acrescido do inimigo interno político-criminal (traficante). Categorias como geopolítica, bipolaridade, guerra total, adicionadas a noção de inimigo interno, formentam o sistema repressivo que se origina durante o regime militar e se mantém no período pós-transição democrática.”(CARVALHO, 2013 p.73)

Esta incorporação se daria com a adoção da estrutura normativa da IDS que guiaria o poder legislativo na elaboração das leis bem como o judiciário na sua interpretação e aplicação, enquanto a ISN influenciaria a criação de um modelo militarizado de combate aos entorpecentes, influenciando na atuação das agências civis de controle de criminalidade.

3.2.3 Movimento lei de ordem

Originário dos Estados Unidos da América, os movimentos de Lei e Ordem partem da premissa de que o Direito Penal poderia servir para conter os desvios da sociedade servindo de meio para eliminação dos males da segurança pública. Seu método é o gradual engrandecimento do Direito Penal, bem como dos meios de repressão que dispõe o estado para lidar com a criminalidade.

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

O MLO conseguiu uma grande divulgação ideológica na mídia, cuja utilização de um discurso alarmista, fazia com que o pânico moral da sociedade fosse aos poucos influenciando a opinião popular à adesão do seus postulados.

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programa de entreterimento e etc) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados. (GRECCO, 2009 p.12)

O MLO vai tentar construir no imaginário popular estereótipos de criminosos, através da utilização seletiva do sistema penal. Os métodos de repressão aos entorpecentes serão, a partir desta visão, bastante influenciados. A criação da estética da violência (esteriotipização) acaba direcionando o aparelho repressivo estatal ao combate daqueles que se enquadram neste estereótipo. Este processo eminentemente seletivista marginaliza setores sociais, os quais identificados com o conceito de inimigo público (traficantes), sofrem a repressão estatal, enquanto aqueles que não são identificados diretamente neste estereótipo, embora tão ou mais importante na cadeia distributiva de entorpecentes, não será alvo primário deste sistema. Tendo em vista que neste estereotipo são enquadrados, essencialmente setores mais frágeis da sociedade, pode-se observar a partir deste fenômeno que esta ideologia vem a acentuar o potencial seletivista do sistema penal.

Nesse sentido, vem os MLDs completar o tripé ideológico dos discursos proibicionistas através de uma lógica defensivista que será sentida desde os anos setenta até atualidade, onde se ressalta a visão de um inimigo a ser combatido, dividindo a sociedade em dois polos antagônicos e maniqueístas, relegando àqueles que se identificam com o estereótipo do traficante/inimigo, normalmente enquadrando neste, conceito àqueles setores já marginalizados, todos os rigores das novas tecnologias punitivas.

3.3 Argumentos favoráveis ao proibicionismo da *cannabis sativa* e seus reflexos na sociedade

A campanha proibicionista foi inaugurada após a liberação do álcool nos EUA sem que ainda tivesse comprovação ou estudos suficientes a respeito do tema, de modo a qualificar a *cannabis sativa* como uma droga cujo perigo justificasse sua proibição. Muitos argumentos foram desenvolvidos para sustentar tal medida política, porém neste primeiro momento tais argumentos não se pautavam em questões científicas, mas em mero senso comum, haja vista a escassez de estudos a respeito do tema.

De lá pra cá, ocorreram várias pesquisas para tentar legitimar a proibição, entretanto, observa-se que houveram poucos estudos aprofundados sobre o tema, em virtude principalmente, da própria proibição que dificultava um trabalho de estudo científico mais elaborado a respeito dos efeitos positivos e negativos da utilização da *cannabis* no organismo humano. Outro fator importante que ajudaram a desinformação a respeito do tema foi que as poucas pesquisas que foram feitas tinham um viés essencialmente político, cujo objetivo principal era a justificação, através da utilização da ciência, à política proibicionista, malgrado a busca por dados concretos e reais a respeito do tema.

Tal direcionamento político a respeito do tema pode ser observado quando o então presidente Nixon, aquele que decretou a famigerada “guerra às drogas”, convocou um relatório sobre a maconha, para justificar sua política de repressão aos entorpecentes. Para comandar esta pesquisa, convocou Raymund Shafer, um político conservador que já havia sido ex-governador da Pensilvânia pelo partido republicano. Quando suas descobertas chegaram a apontar que os males da *cannabis* estavam sendo exagerados e ele sugeriu que houvesse uma regulação do mercado para que esta planta pudesse ser melhor controlada e não cair nas mãos do crime, Nixon descartou as pesquisas e continuou com os planos proibicionistas ampliando a repressão.¹⁸

Apesar de todas estas dificuldades com o passar do tempo alguns estudos mais amplos conseguiram ser realizados. Um marco científico sobre o estudo da erva se encontra em uma investigação sobre a *cannabis* da Organização Mundial da Saúde

¹⁸ BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da guerra: A maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas**, p.71.

(OMS), onde em 1993 foram convocados vários especialistas para analisarem pesquisas, separando o que é mito do que é fato em relação ao consumo desta planta. Os resultados destas pesquisas foram reunidas em um documento de 49 páginas com o título “Cannabis: uma Perspectiva de Saúde e Agenda de Pesquisa” que seria até então um dos maiores estudos a respeito do tema.¹⁹

Este relatório rendeu muita polêmica quando, na edição de 21 de fevereiro do mesmo ano, a revista semanal inglesa *New Scientist*, em sua matéria de capa, denunciou possível censura neste relatório, por motivos políticos, de um capítulo em que se constatava que o consumo de *cannabis* seria menos danoso que o consumo de álcool ou tabaco.

A OMS admitiu a supressão de tal capítulo, entretanto, negou a motivação política, afirmando que havia a supressão do comparativo entre as três drogas, onde a *cannabis* sairia como a menos perniciosa delas, se deu pois os estudos nos quais ele se apoiava não eram conclusivos. Logo, segundo a OMS, por uma questão de prudência ele não foi publicado junto com o resto do texto.²⁰

Apesar das polêmicas e de muitas das conclusões terem sido reestudadas em outras pesquisas, chegando-se a conclusões muitas vezes diversas ao se analisarem novos pontos da questão, o relatório da OMS ainda é um marco no estudo científico do consumo da *cannabis* e mesmo desmistificando muitos mitos sobre alguns danos atribuídos à erva que permeiam o senso comum, ainda assim, aponta que o uso prolongado da *cannabis sativa* pode trazer riscos a saúde, o que de certa forma pode servir de argumentos razoáveis àqueles que defendem a proibição, ao legitimar a repressão por possível perigo a saúde dos usuários.

Uma das novidades que demonstram o estudo da OMS sobre o consumo da *cannabis* é que segundo as conclusões desta pesquisa, a erva pode influenciar na memória e na capacidade cognitivas. Há muito tempo tentavam provar, a relação entre uso regular da *cannabis* e problemas cognitivos, sem muito êxito até então. A novidade desta pesquisa foi apontar dados que comprovariam que, quem fuma regularmente por muitos anos tem mais dificuldades de organizar grande número de informações. Para se chegar a este resultado foram feitos testes onde o indivíduo tinha de empilhar cartas,

¹⁹ Revista Super Interessante Disponível em: < <http://super.abril.com.br/saude/tras-cortina-fumaca-437467.shtml> >. Acesso em: 10 de outubro de 2013

²⁰ Ibidem

segundo uma regra específica do jogo que variava constantemente e que teriam de ser deduzidas, usuários pesados de *cannabis* tinham mais dificuldades e erravam com mais frequência, no entanto, a diferença é sutil, aponta o relatório.

Entretanto apesar desta diminuição da memória e da capacidade cognitiva, não houve comprovação de que o uso ainda que prolongado da *cannabis sativa* pudesse ocasionar danos cerebrais ou aos neurônios. Neste ponto os resultados pesquisados são ambíguos, logo a OMS recomenda que se façam estudos mais aprofundados sobre o tema.²¹

No que se refere à dependência, o resultado das pesquisas que foi compilado pela OMS apontam que usuários pesados podem sim chegar à dependência e que muitos destes perdem o controle sobre o hábito, causando danos à vida privada e à saúde. Entretanto, deve-se frisar que os resultados em questão não demonstram que todos acabam caindo em dependência, apenas 10% de todos os usuários da droga apresentam este quadro.

Logo, o vício nem pode ser considerado inevitável, nem acontece com frequência, o próprio relatório aponta: “Fumar é um hábito de adolescentes”, tanto é que os jovens representam boa parte dos usuários, cerca de 70% do total na Europa e nos Estados Unidos.²²

Outro dado que a referida pesquisa aponta é que muitos jovens que começaram com o uso de *cannabis* ampliaram as opções partindo para substâncias mais pesadas, “Nota-se que a experiência com a *cannabis* precede o interesse por outras substâncias” afirma o relatório, concluindo que é mais fácil um jovem que utiliza *cannabis* partir para outras drogas mais pesadas.

Esta conclusão deve ser vista com extremo cuidado, pois apesar de muitos jovens ampliarem o seu coquetel de drogas, não ficando apenas na *cannabis*, isto não quer dizer que o motivo tenha sido exclusivamente desta. Neste campo pode-se inserir como um conjunto de causas, onde a *cannabis* pode não ter influência direta neste interesse, se observado o fato de que o próprio hábito de recorrer a *cannabis* pode ter tido causas mais profundas como problemas sociais e familiares. Neste contexto, o mesmo motivo que fez com que o usuário experimentasse a maconha, pode tê-lo levado a experimentar outras drogas sem que a maconha tenha tido influência nesta vontade.

²¹ Ibidem

²² Ibidem

Este é inclusive a explicação melhor aceita entre os pesquisadores da OMS: “a imensa maioria dos usuários de maconha não usa a cocaína e a heroína.”²³

Sobre a relação entre acidentes de trânsito e o consumo da *cannabis*, foi estabelecida uma relação negativa, onde aqueles que consumiam o psicoativo antes de dirigir um veículo automotor tinham bem mais dificuldades em se concentrar, brecando em horas erradas, bem como demorando a reagir aos sinais de trânsito. O que não indica a perda total da capacidade para dirigir, haja vista, que em alguns testes, os fumantes reconhecem esta limitação, tentando compensá-la com um redobrado cuidado e tentando focar mais a concentração. Nos desastres de trânsito onde se verifica o consumo de *cannabis*, é comum ter havido ingestão de outras substâncias, como o álcool, por exemplo, o que descaracteriza a responsabilidade única da maconha por tais acidentes.²⁴

Outro ponto abordado foi o dano ao sistema respiratório. Como todo hábito de fumar, o consumo de *cannabis* pode levar a complicações no sistema respiratório como na traqueia e nos brônquios em virtude da fumaça tóxicas com alto teor de substâncias nocivas.

Observando que todos estes males advém da utilização da *cannabis* através do hábito de fumar o que há grande chance de redução caso sem utilizada de outras formas, como através de vaporizadores, haja vista estarem ligadas a fumaça nociva da queima da erva, sobre os danos da *cannabis* em relação a outras maneiras de seu consumo não houveram estudos mais detalhados. Também não foram encontrados dados que comprovem que a maconha cause câncer, apesar de possuir mais substâncias tóxicas do que o próprio cigarro, esta relação ainda deve ser melhor estudada segundo o relatório.²⁵

Sobre a esquizofrenia, apesar de haver relação entre as crises desta patologia e o consumo da maconha, o relatório não aponta que seja dela a culpa de tais crises, podendo ser justamente as condições que desencadearam a crise que torne o usuário mais propenso ao consumo.

O relatório em questão apresenta outros dados como possível dano ao feto em caso de consumo por parte de gestantes, bem como alterações nos ciclos menstruais²⁶.

²³ Ibidem

²⁴ Ibidem

²⁵ Ibidem

²⁶ Ibidem

Resta claro que a utilização da *cannabis*, a longo prazo, pode trazer complicações ao quadro de saúde dos usuários, apesar de muitos dados terem sido reexaminados por pesquisas mais recentes, muitas das conclusões ainda são contundentes. Entretanto, tais males não são tão graves quanto os que permeavam o senso comum a respeito da erva, tendo o relatório desmentido muitos mitos sobre o assunto.

Durante muito tempo, a sociedade, baseada na ideia proibicionista, tentou erradicar as drogas do meio social, travando verdadeira “guerra às drogas”. Este ideal, longe de ter sido alcançado, acabou por movimentar grande parte do aparelho estatal, ampliando contingente de recursos humanos à disposição do estado e orçamentos públicos vultuosos. Nesta gigantesca empreitada, cujas cifras se perdem de vista, os Estados Nacionais, durante o século passado e início deste século, modificaram bastante o meio social em busca de meios mais eficientes de combate ao inimigo declarado, trazendo enormes reflexos por onde esta guerra foi travada.

Após mais de quase um século de cruzada proibicionista e uma década de vigência do plano das Nações Unidas chamado “Um Mundo Livre das Drogas”, onde foi idealizada a erradicação do problema do consumo de drogas no mundo, pode-se observar que o resultado de toda esta campanha proibicionista havia fracassado. Tanto foi assim que as nações voltariam a se reunir em março de 2009, em Viena, para rediscutir esta temática.

Nesta reunião os projetos proibicionistas, em especial as diretrizes do projeto lançado em 1998, foram analisados, confrontando seus programas e resultados com a realidade social capitada através de pesquisas dos principais institutos de pesquisa de política criminal. Deste confronto foi possível observar que os efeitos de tais estratégias repressivas não obstante, não conseguiram seus objetivos de eliminação ou sequer diminuição do consumo de entorpecentes, ainda provocou a densificação da violência, criação de criminalidade subsidiária (comércio de armas, corrupção de agentes da estrutura estatal proibicionista) bem como, e talvez o pior de seus efeitos geraram um processo de marginalização de setores sociais vulneráveis, entre os quais podemos identificar, usuários, dependentes, moradores de áreas de riscos e etc.²⁷

O reflexo imediato desta constatação foi através da “Declaração Política e Plano de Ação sobre Cooperação Internacional” onde se observa uma nítida mudança nos

²⁷ CARVALHO Salo de. **A política criminal de drogas no brasil: estudo criminológico e dogmático**, p. 121

planos de ação sobre o problema dos entorpecentes. O documento, apesar de ainda manter o caráter repressivo, expressamente indica a necessidade de elaboração de estratégias equilibradas para lidar com a questão, sendo necessário o desenvolvimento de programas alternativos de prevenção e de respeito aos direitos humanos.

As consequências do sistema repressivo, já podem ser sentidas em várias áreas, sendo um programa ineficaz na prevenção do consumo. Ainda assim, causa grande violação aos direitos humanos, criando a já citada marginalização de diversos setores. Boa parte deste insucesso se deve pela análise da questão dos entorpecentes e de suas consequências e principalmente de suas causas. Todas as tentativas de explicar o fenômeno do consumo de entorpecentes através de lógicas simplistas se mostraram ineficazes, haja vista a complexidade de variáveis que compõe esta equação complexa. Da mesma forma qualquer tentativa de impedir tal fenômeno através de estratégias que utilizam a mera causalidade mecânica, apta a através da etiologia à explicar fenômenos simples, não os de grande complexidade como o do consumo de entorpecentes, cujas causas e consequências advém de vários fatores sociais, não tendo pois uma causa única a ser combatida para assim evitar suas consequências.

A lógica da causalidade mecânica, cujo fundamento é realizar a etiologia do fenômeno para encontrar a solução para suas consequências fracassou. A riqueza e a pluralidade das manifestações do mundo real demonstram que a percepção e o impacto de determinadas experiências são sentidas de formas diversas, estabelecendo relações distintas em cada indivíduo. Não por outro motivo os grandes projetos que buscam uniformizar respostas aos fenômenos das drogas e da violência fracassaram no choque com a diversidade e a intensidade do real.(CARVALHO, 2013 p. 236)

A visão moralista que observa o consumo de drogas como uma doença social que pode e deve ser erradicada, ignora o fato de que o consumo de substâncias que alterem a consciência é algo universal, inerente ao ser humano, sendo presentes em inúmeros momentos da história da humanidade.

O ideal abstencionista não observa as inúmeras manifestações e causas que marca o fenômeno das drogas, bem como suas inúmeras consequências, tentando através de fórmulas simples de repressão erradicar esta questão. Também peca ao não analisar os efeitos da adoção destas fórmulas no contexto social, onde a repressão é mais marcante. Partindo desta constatação, qualquer tentativa de análise deve considerar o fenômeno das drogas como algo complexo, interpretando-o de forma a transcender os valores morais.

Apenas a questão transvalorativa, não moralizante ou moralizadora da questão, permite que se possa pensar em estratégias de redução de danos produzidos pelo abuso de drogas (i)lícitas tais como dependência química, contração de doenças infectocontagiosas, a violência do tratamento coercitivo e, em última análise, a criminalidade derivada e o sequestro realizado pelas instituições totais (cárceres e manicômios).(CARVALHO, 2013 p. 237)

A adoção de uma nova perspectiva pode ser a solução para o descrédito do atual pensamento sobre drogas existente, cuja análise monofocal e homogênea de base é justamente a criminalização, cai na falácia maximizadora de que o direito penal pode ser a resposta para os problemas sociais, cumprindo a função preventiva, educativa e servindo como justa repressão. O direito penal “acredita, pois, que a criminalização impediria a propagação da dependência, a reabilitação do adito e a ressocialização dos envolvidos no comércio ilegal.” (CARVALHO, 2013 p.237)

Todo este pensamento faz com que o direito penal acabe construindo uma falsa imagem sobre a realidade fenomenológica das drogas, de modo a legitimar a sua atuação como único remédio para este problema social.

A falsa imagem que o direito penal reproduz como resposta criminalizante na questão das drogas é frequentemente derivada de visão equivocada do fenômeno –v.g. da existência de vínculo entre consumo e dependência; da irreversibilidade da dependência; da necessária formação, pelo usuários, de subculturas criminais (carreiras criminais); da convicção de que o comportamento dos usuários leva ao isolamento da vida produtiva entre outras. Outrossim, a reprodução desta imagem pelas agências que integram o sistema de punitividade, inclusive as agências de informação (mídia), estabelece perigosos consensos do público consumidor do direito penal. (CARVALHO, 2013 p. 237)

Esta falsa imagem, vem gradualmente sendo desconstruída através das correntes criminológicas mais modernas, que através de vários estudos vem demonstrando o grande abismo entre ela e a realidade fática. Outro problema criado por esta imagem do modelo punitivista, além da completa discrepância com a realidade social, é que acaba levando ao extremismo o processo de repressão onde o sistema de controle de entorpecentes se torna um sistema de higienização e repressão total.

Esta visão monofocal que acaba gerando esta falsa imagem, tem seu principal equívoco na:

(...)falsa conexão entre usuários e toxicômanos, sobretudo por que a grande maioria dos consumidores de drogas não são dependentes e não fazem parte de culturas marginais. Pelo contrário, na maioria dos casos o usuário consumo eventualmente a droga, lícita ou/e ilícita, e integra normalmente o

sistema produtivo, sendo excepcional a dependência. (CARVALHO 2013 p.238),

Nesta perspectiva, a diferença entre os dois, reside no fato de que:

Os usuários de drogas podem se valer da droga para seu deleite e em momentos de angústia, mas a droga nunca se transforma na razão maior de suas existências. Os toxicômanos, porém, são compelidos a ingestão por forças físicas e psíquicas poderosas. A droga passa a representar para este grupo, o valor soberano de sua existência. (CARVALHO, 2013 p. 239),

De todo este processo, a principal influência da criminalização é justamente a diminuição da distancia entre esta imagem criada pelas agências punitivas e a realidade do fenômeno em todas as suas vertentes, propiciando a marginalização de classes que ao longo do tempo irão realmente corresponder à imagem estereotipada da subcultura marginal que as agências punitivas pregavam. No caso dos usuários este processo irá constituir o processo chamado de junkização²⁸ que será melhor estudado no próximo subtópico.

Dado este aspecto introdutório sobre os efeitos do proibicionismo e a crítica ao seu modo de ver o fenômeno das drogas, criando falsas compreensões da realidade que perigosamente irão embasar e fundamentar os discursos repressivos, passa-se a análise dos danos e custos específicos da criminalização em diversos campos.

²⁸ CARVALHO Salo de, op., cit. p.240

CAPÍTULO 3. CRÍTICA AO PROIBICIONISMO DA CANNABIS SATIVA

3.1 Crítica ao proibicionismo da cannabis sativa: frente aos usuários e dependente

Como já dito anteriormente, a repressão das agências estatais acaba criando uma falsa imagem que, ao longo do tempo, tende a se aproximar da realidade. No caso dos usuários este fenômeno poderia ser denominado de junkização, ou seja a estigmatização do usuário de modo a identifica-lo com subculturas criminais, processo que ao longo do tempo irá produzir o isolamento e a rotulação do usuário, entrando este cada vez mais neste fenômeno que aos poucos o separará da sociedade, fazendo com que o mesmo entre num círculo vicioso de marginalização. “O sujeito envolvido com as drogas por força da política proibicionista, ingressa no vicioso círculo da clandestinação, fato que, em caso de dependência, inviabiliza o serviço de assistência médica e social.” (Carvalho, 2013, p. 241)

Ferrajoli (apud CARVALHO 2013, p.241) compara os efeitos do proibicionismo dos entorpecentes aqueles oriundos da criminalização do aborto, pois acontece, tanto em um quanto em outro, um distanciamento entre os envolvidos e as práticas médicas que o poder público tem a oferecer em virtude do caráter clandestino que as duas práticas envolvem.

O efeito principal da lei [penal] é levar os toxicodependentes a esconder sua condição, refutar o contato com aqueles que poderiam ajuda-lo, mas também denuncia-lo e com os serviços de assistência pública, e, sobretudo, a integra-se cada vez mais no mundo das drogas por força de sua maior dependência do mercado ilegal.

No caso da *cannabis* este processo pode ser bem mais sentido, pois ao contrário de outras drogas ilegais, cujo potencial viciante é altíssimo. O consumo da *cannabis* em regra não altera o convívio social do usuário, sendo muitas vezes o proibicionismo e a ilegalidade do consumo que poderá trazer a marginalização do usuário e não o consumo da maconha em si, pois este hábito pouco ofensivo em tese, num contexto de proibição, aproxima-o de um mercado ilegal e perigoso, bem como possibilita que aqueles usuários que utilizem apenas a maconha possam entrar em contato com drogas mais pesadas, como o crack e a cocaína.

Um dos efeitos óbvios deste processo de marginalização nos usuários é um gradual distanciamento entre estes e o poder público, o que inviabiliza qualquer tentativa de implementação de uma política de redução de danos causados pelo abuso de substâncias entorpecentes. Um bom exemplo de políticas de redução de danos que tem surtido efeito no plano internacional é a utilizada em relação às drogas injetáveis, para evitar a proliferação de doenças advindas desta prática como a AIDS. Este bom exemplo de redução de danos se mostra incompatível com modelos criminalizadores do consumo, pois, nas palavras de Helena Regina Lobo da Costa:

A criação de centros para receber o usuário, transmitir informações, distribuir seringas descartáveis ou permitir o uso em salas higienizadas, evitando-se o compartilhamento de seringas, esbarra em todos os empecilhos relacionados à estigmatização já descritos. (apud CARVALHO, 2013, p.234).

Um exemplo claro deste empecilho está na atual lei de tóxicos, que apesar de enunciar formalmente uma política de redução de danos, a inviabiliza, pois, não obstante haver descarcerizado o uso de entorpecentes, ainda o põe na ilegalidade, sujeitando a instrumentos realizadores alternativos que ainda assim seguem a lógica proibicionista causando o danoso efeito da marginalização acima descrito. Esta lógica proibicionista presente na Lei 11.343/06 obsta a aplicabilidade de qualquer tipo de efetiva campanha de redução de danos.

Com relação à realidade brasileira, o crack é de longe um dos maiores problemas em relação ao consumo de drogas que possuímos, tendo seu crescimento se tornado alarmante nos últimos anos. Há uma necessidade de se reduzir os danos do consumo desta substância altamente viciante, mas esta necessidade esbarra na política proibicionista brasileira. Sabe-se o potencial da *cannabis sativa*, em termos de redução de danos em usuários de crack, pois estudos comprovam que o vício do crack pode ser combatido de modo eficiente com a utilização da maconha, que comprovadamente aliviar os efeitos dos danos causados. Existem estudos que comprovam que após a utilização ao longo de três meses da maconha cerca de 68% dos usuários examinados haviam largado totalmente o uso do crack e após algum período, tinham inclusive diminuído o consumo da *cannabis*²⁹.

²⁹ Niel, Marcelo; da Silveira, Dartiu Xavier. Drogas e Redução de Danos: uma cartilha para profissionais de saúde/ Marcelo Niel & Dartiu Xavier da Silveira (orgs), p. 50

Outro aspecto do proibicionismo que vai refletir diretamente nos usuários é a falta de controle que o poder público possa ter das substâncias postas à venda o que potencializa os efeitos danosos das mesmas, bem como seu poder viciante. A utilização de produtos que ampliem seus efeitos, de conservantes, as péssimas condições de armazenamento, dentre outros fatores próprios da ilegalidade podem acabar tornando o consumo muito mais prejudicial à saúde dos usuários do que deveria ser em tese.

Em relação ao produto Miron sustenta que a ausência de controle incentiva que o mercado ilegal produza drogas com custos econômicos menor e com maior concentração de princípio ativo, como p. ex., nos casos do crack em relação à cocaína, da heroína frente ao ópio e do haxixe sobre a maconha (CARVALHO, 2013 p.242).

3.2 Crítica ao proibicionismo da cannabis sativa: custos econômicos

Com relação ao aspecto econômico do fenômeno das drogas e sua proibição, dois fatores são importantes na análise da restrição a estas substâncias, um primeiro fator é o alto custo da manutenção do aparelho repressor proibicionista, o segundo seria o necessário aumento do preço das substâncias.

Sobre o aumento do preço, trata-se de um fator lógico da ilicitude, que quanto maior o risco, mais elevado será o preço do produto, considerando que a ilicitude envolverá necessariamente apreensões de mercadorias e perdas de recursos humanos e materiais tais custos serão necessariamente repassados nos valores da mercadoria.

Também a variável do risco se encontra diretamente relacionada ao lucro, como defende F. B. Hawley³⁰, onde a ideia de lucro se explicaria pela ideia do risco. De acordo com o economista, o lucro seria o preço pago pelo consumidor em virtude da assunção de um risco por parte de um agente empreendedor, logo a compensação pela assunção do risco deve ser maior do que o risco esperado.

Esta relação entre risco e lucro, que já é perceptível no mercado legal, ganha uma proporção ainda maior quando falamos em mercado clandestino, onde os riscos são bem maiores do que a perda de capital, envolvendo riscos de vida e de perda da liberdade, e o lucro, proporcionalmente, atingirá cifras astronômicas.

³⁰ MEIRELES, Manoel. **O Lucro**. p 22

A variante mercadológica da ilegalidade cria mercado extremamente lucrativo no qual os maiores prejudicados são os consumidores. Afirma Cervini que os benefícios derivados deste gigantesco mercado clandestino dão condições possíveis para se concluir que sua ilegalidade é provocada habitualmente pelos beneficiários, empresários e comerciantes da droga que tem interesse no aumento da demanda.(CARVALHO, 2013 p.246)

O outro aspecto do proibicionismo em matéria econômica que deve ser analisado é o alto custo na manutenção do aparato repressivo proibicionista. A manutenção de um aparato burocrático repressivo envolve gastos astronômicos com material bélico, serviços de inteligência e recursos humanos.

Jeffrey A. Miron, em estudos sobre o impacto da legalização da maconha, nas finanças públicas norte americanas, conclui que o país economizaria na faixa de US\$ 7,7 bilhões por ano em gastos com ações militares e policiais, enquanto que poderiam aumentar a arrecadação de impostos em até 6,2 bilhões de dólares anualmente. O estudo financiado pela ONG *Marijuana Policy Project* (MPP) causou grande repercussão no mundo acadêmico, recebendo adesão de vários economistas de importantes universidades como Yale, Stanford e Cornell, rendendo um abaixo assinado encaminhado ao governo norte americano onde se requeria mudanças legislativas.

Segundo o estudo, se houver uma mudança nas leis, lucrariam agronegócios como Archer Daniels Midland e ConAgra Foods, que poderiam se tornar plantadores e distribuidores da erva, e empresas de bebidas alcólicas como Constellation Brands e Allied Domecq. Não haveria um boom de plantadores domésticos de maconha, defende Miron, da mesma maneira que não há um grande número de destiladores particulares de uísque de ou cultivadores de tabaco. (FOLHA DE SÃO PAULO. Estudo prevê economia de US\$ 14 bi. 2005)

Milton Fridman, Nobel de Economia, que encabeça a lista de economistas que enviaram o abaixo assinado ao governo, argumenta que:

O atual estado das coisas é uma desgraça social e econômica. Veja o que acontece todos os anos neste país: colocamos milhares de jovens na prisão, jovens que deveriam estar se preparando para o seu futuro, não sendo afastados da sociedade. Além disso, matamos milhares de pessoas todos os anos na América Latina, principalmente na Colômbia, na tal "Guerra contra as Drogas". Nós proibimos o uso das drogas, mas não podemos garantir que elas não sejam de fato consumidas. Isso só leva à corrupção, à violação de direitos civis. Acho que o programa contra as drogas dos EUA é uma monstruosidade e ele é que devia ser eliminado. A maconha é apenas um pequeno pedaço desse problema, mas essa equação pode ser aplicada a qualquer droga hoje em dia ilegal. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2005)

3.3 Crítica ao proibicionismo da cannabis sativa: reflexos no sistema penitenciário

Dados do Sistema Penitenciário no Brasil³¹ apontam que em 2009 cerca de 78.725 pessoas compõem a população masculina carcerária presa em virtude de crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, o que corresponde a 20% do total de presos neste mesmo ano, perdendo apenas para roubo que totaliza 113.522 presos (29% do total). Quando se avalia os dados relacionados à população carcerária feminina é possível observar a grande influência do crime de tráfico nesta parcela de presas. Em 2009 os dados apontam um total de 12.312 presas por crimes relacionados a entorpecentes o que totaliza 59% das encarceradas. Como é possível observar um dos maiores fatores de encarceramento no Brasil é o tráfico ilícito de entorpecentes, sendo a segunda maior causa de encarceramento entre homens e a maior absoluta entre mulheres.

O proibicionismo representa um agravamento do já defasado sistema carcerário nacional que sofre com superlotações, falta de infraestrutura e de cuidados mínimos que preservem a dignidade humana. “A análise da composição da população carcerária brasileira em relação ao delito imputado permite sustentar a hipótese de que o punitivismo nacional tem como referência o delito de tráfico de entorpecentes.” (CARVALHO, 2013 p.253).

Sabendo-se dos problemas relacionados à superpopulação carcerária resta claro que uma possível mudança de paradigmas, no sentido de uma legalização/descriminalização de substâncias, hoje tidas como ilegais e que motivam grande parte das prisões como acima demonstrado, iria ajudar a desconstruir este quadro crítico de superlotação prisional.

³¹Ministério da justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>>. Acesso em: 02 de março de 2013.

3.4 Crítica ao proibicionismo da cannabis sativa: frente aos avanços científicos e médicos

A *cannabis sativa*, como já analisada, tem seu potencial ofensivo à saúde pública, fato inegável frente aos dados científicos pesquisados. Problemas como possível dependência de usuários, problemas respiratórios, possíveis danos à gestação, e diminuição do potencial cognitivo e de raciocínio após elevado período de consumo entre outros são alguns dos males associados ao consumo desta substância.

Entretanto observa-se que, com os dados obtidos a partir das pesquisas, não é possível atribuir um grau de risco ao consumo que justifique o proibicionismo, ressaltando-se que as pesquisas possuem muitos pontos não conclusivos, alguns até contraditórios, onde é necessário melhor estudo a respeito do tema para se chegar a melhor compreensão a respeito dos efeitos desta substância no organismo humano.

Se hoje ainda não possuímos dados tão conclusivos a respeito de tais efeitos, muito menos possuíam os políticos que deram o pontapé inicial a proibição da maconha no início do século XX ou durante a década de 70 ou 80 nos tempos em que Nixon decretou “guerra às drogas”.

O fato é que o proibicionismo se deu de modo apressado por fatores mais morais do que racionais, onde não foi pesado os efeitos nocivos do consumo da maconha ou seus efeitos colaterais, tendo a sua proibição precedido os estudos a respeito do tema.

O que comprovaria esta afirmação está no fato de que, nestes momentos, ainda não se tinha uma ideia precisa de como o complexo sistema de substâncias da erva atua no cérebro humano, fato que só foi melhor compreendido com a descoberta ocorrida em 1988, de que em nossos neurônios há um receptor para os canabinoides, batizado de CB-1. Mechoulam, importante pesquisador, se pois a pesquisar os efeitos desta descoberta e constatou que em nossos cérebros havia uma substância parecida com as da *cannabis sativa* que ativava o tal CB-1, chamada de Anandamida, advinda da palavra em sânscrito “*ananda*”, que significa êxtase, tratando-se de um endocanabinoide, uma substância similar a *cannabis sativa* que é produzida dentro do corpo humano. Com o passar do tempo descobriu-se outro endocanabinóide, chamado de 2-AG, bem como o CB-2, outro receptor de canabinoides. Todas estas descobertas formam o complexo sistema endocanabinóide, totalmente desconhecido quando da proibição da maconha.³²

³² BURGIERMAN, Denis Russo, op. cit., p.76-77.

Todo este sistema se relaciona com várias partes do corpo humano, onde é possível notar as influências do sistema endocanabinoide, que atua no sistema nervoso, atua no cérebro da mãe no momento do parto, ele tem influência inclusive no sistema imunológico, o que talvez explique o grande potencial terapêutico da *cannabis sativa* na luta contra várias doenças. Em 1975, o instituto de saúde do governo dos EUA financiou pesquisadores da Faculdade de Medicina da Virginia, onde com este experimento, longe de comprovarem grandes danos advindos da utilização da *cannabis* ao sistema imunológico comprovou que, após os testes realizados em ratos com tumores de pulmão, mama e com leucemia, com a utilização da *cannabis* estes sofreram diminuição, além disto a droga pareceu não afetar os tecidos saudáveis.³³ O mesmo estudo inspirou um grupo de pesquisadores espanhóis, liderados pelo biólogo molecular Manuel Guzmán e com a utilização de cannabinóides sintetizados chegaram à mesma conclusão dos pesquisadores norte americanos, que pelo menos em ratos, os canabinóides realmente reduzem tumores.³⁴

Todos estes dados parecem reforçar o grande potencial da maconha como importante elemento medicinal, cujo efeitos são extremamente eficazes no combate ao glaucoma por exemplo. O fato é que o proibicionismo, além de criminalizar um potencial remédio, também impede avanços com relação aos estudos sobre outras utilizações medicinais, bem como sobre possíveis efeitos colaterais, o que facilita a propagação de mitos e saberes baseados unicamente no senso comum, já repleto de preconceitos.

O neurocientista Sidarta Ribeiro, chefe do laboratório do instituto internacional de neurociência de Natal, considerado um dos maiores neurobiólogos do Brasil, afirma que: “Se quisermos entender coisas complexas como a consciência da mesma forma que entendemos, por exemplo o fígado, precisamos ter pleno acesso a estas substâncias para estudá-las.”³⁵. Logo, observa-se que, de certa forma, o proibicionismo atrasa a ciência e as descobertas na área de saúde.

³³ BURGIERMAN, Denis Russo, op. cit., p.78.

³⁴ BURGIERMAN, Denis Russo, op. cit., p.83.

³⁵ BURGIERMAN, Denis Russo, op. cit., p.93.

3.5 Crítica ao proibicionismo da cannabis sativa: frente aos princípios penais

Os princípios são considerados na ciência do direito como normas de caráter geral e abstrato, que como posições diretoras da análise das normas jurídicas, são de observância obrigatória, tanto na sua aplicação, quanto na interpretação de outras normas, dado o seu caráter abstrato e normativo.

Sobre princípios como enunciados, diretores da ciência em geral Greco apud Espínola (2009) afirma:

Pode-se concluir que a noção de princípios e sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas, por um ideia mestra, por um pensamento chave, por um baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam se reconduzem ou/e se subordinam. (GREGO APUD ESPÍNOLA, 2009, p. 47)

Desta ideia de princípios ordenadora de um sistema, é que os ordenamentos jurídicos vêm positivando, ao longo do tempo, vários princípios em seus mais diversos ramos.

No Direito em um primeiro momento, os princípios eram relegados a segundo plano frente à aplicabilidade das regras legais, não havendo normatividade nos princípios. Desta normatividade nula ou duvidosa, passamos a uma fase em que os ordenamentos jurídicos foram incorporando estes princípios em seus textos legais. Logo, os princípios passaram a possuir um caráter vinculante, cujo fundamento é a própria lei, sendo utilizados com caráter subsidiário como uma espécie de “válvula de segurança” que garante o “reinado da lei” (GRECO apud BONAVIDES, 2009 p. 52).

Em um terceiro momento, na chamada fase pós-positivista, os textos constitucionais acabam incorporando os princípios, colocando-os em um lugar de destaque no ordenamento jurídico, no topo da pirâmide normativa Kelseniana³⁶, Esta incorporação principiológica por parte das constituições, aliado a um processo de gradual aumento da força normativa das Cartas Magnas em virtude da mudança da visão que se tinha das constituições como um documento político encarando-as agora como um documento jurídico e vinculante, põe os princípios no patamar mais elevado

³⁶ Segundo o filósofo Hans Kelsen, o fundamento de uma norma jurídica deve ser encontrado em outra de natureza imediatamente superior, constituindo-se assim, todo o ordenamento jurídico, numa espécie de pirâmide normativa onde o seu ápice é a constituição, fundamento de todo o sistema normativo.

da hierarquia legal dos ordenamentos jurídicos, acentuando, na lição de BONAVIDES (1996 p. 237) “a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Neste contexto atual, os princípios não só tem força vinculante, como também por estarem no topo da hierarquia legal, ocupam local de destaque em matéria de conflitos de normas, não podendo norma infraconstitucional contrariar um princípio jurídico constitucional ou princípios deles decorrentes, sob pena de invalidade.

3.5.1 Princípio da intervenção mínima

O direito penal, como todo o ramo do direito, possui seus princípios próprios. Entre os vários princípios que dispõe este ramo do ordenamento jurídico, um deles, que está diretamente relacionado a outros princípios bem como ao próprio fim do direito penal modernamente considerado, é o princípio da intervenção mínima.

Segundo as teorias contratualistas, o contrato social surge da necessidade dos cidadãos de cederem um pouco de seus direitos para depositá-los na figura do Estado que por sua vez tem a função de assegurar a paz social que estaria ameaçada no estado de natureza. Com estas teorias, os filósofos buscaram legitimarem as intervenções do Estado no âmbito da vida dos cidadãos, incluídos nesta intervenção as de âmbito penal, que numa concepção iluminista só se justificariam caso pudessem proporcionar mais vantagens que o anterior estado de natureza. Sobre o poder de punir do Estado e sua legitimidade, afirma Beccaria (2006 p. 27):

O conjunto de todas estas pequenas porções de liberdades é o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

Modernamente, o Direito Penal é entendido como o ramo do direito cuja sua atuação é a mais violenta de todos os demais ramos jurídicos, pois se em vários outros temos também sanções, no direito penal estas são as mais severas, daí relegar a sua finalidade à proteção dos bens tidos como mais importantes da vida social. Partindo desta compreensão surge o princípio da intervenção mínima, sobre o qual afirma GRECCO apud CONDE (2010 p.45)

O poder punitivo do estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais relevantes. As perturbações mais leves são objeto de outros ramos do direito.

Tomando este raciocínio, enfatiza-se que o princípio da intervenção mínima não só deve servir como critério para a seleção dos bens mais importantes, para desta forma tutela-los penalmente, como também funciona como um poderoso fator de descriminalização de condutas penais que não causem danos a estes bens considerados mais essenciais.

Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, por que considerados de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento as mutações da sociedade, que com sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará retirar do ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores (GRECCO, 2010, p.45)

A necessidade de descriminalização de condutas torna-se de grande importância dado o fenômeno de inflação legislativa penal, em que através do engrandecimento do poder punitivo estatal, viabilizado por correntes ideológicas de políticas criminais que pregavam o direito penal simbólico como forma de educar a sociedade, acaba gerando uma crise social que afeta principalmente o sistema carcerário, que atualmente entra em colapso.

É com base neste princípio que limita a atuação penal a casos extremos, que surgem movimentos que buscam minimizar os impactos do sistema penal, através de uma gradual redução de seu tamanho. Na busca de uma efetivação do princípio da intervenção mínima, é que surgem correntes como a abolicionista e a minimalista que visam reduzir ou até extinguir a atuação penal do estado em virtude das grandes consequências danosas que este ramo do direito pode trazer à sociedade.

As correntes abolicionistas e minimalistas congregam autores que, tendo como pressuposto o avanço do etiquetamento, comungam de táticas para limitar o uso do sistema penal e substituir gradualmente as instituições carcerárias. Mathiesen, por exemplo a partir da criação da Organização Norueguesa Anti-Carcerária (KROM), procurou criar condições para a revolução permanente e sem limites, formentando pequenas reformas de curto prazo nas instituições punitivas.(CARVALHO, 2013 p.189)

Mathiesen, assim como os defensores de teses minimalistas defende uma minimização penal, mas ainda aceita possibilidades de encarceramento, mas argumenta que deve haver meios de diminuir a necessidade de intervenção penal, que seriam:

(a) o direcionamento das políticas sociais aos sujeitos vulneráveis (b) a descriminalização das drogas. Ao partir do pressuposto de que grande parte da população carcerária é composta por pessoas que praticam crimes contra o patrimônio, a ação positiva do Estado no incremento das condições de emprego e diminuição da pobreza reduziria drasticamente a necessidade de se optar pelo modelo repressivo. No que diz respeito ao processo de descriminalização das drogas, sustenta que esta política atingiria o epicentro do crime organizado “neutralizando o mercado ilegal e reduzindo drasticamente a quantidade de crimes.”(CARVALHO, 2013 p. 190 e 191)

Por ser uma necessária reformulação das políticas criminais a descriminalização de condutas relacionadas aos entorpecentes em geral e a *cannabis sativa* em específico, seriam importantes mecanismos para concretizar os ideias garantistas e minimalistas e um importante passo para uma gradual substituição do modelo repressivo, atualmente responsável pelo caos carcerário que vive o país, e como norte deste processo está a devida efetivação do princípio da intervenção mínima.

Desta forma, também resta claro a violação a tal princípio a existência de crimes relacionados ao consumo e distribuição da *cannabis sativa*, haja vista que, apesar de o consumo desta substância estar diretamente relacionado a algumas complicações de saúde, e a saúde pública ser um bem jurídico importante, sabe-se que tais danos são relativamente pequenos, como demonstrados, sendo indicados, em algumas pesquisas, como menores do que os advindos do consumo de álcool e do tabaco, que não só são indiferentes penais quanto são plenamente legalizados e regulamentados por outros ramos do ordenamento jurídico.

3.5.2 Princípio da natureza subsidiária do direito penal

Como já foi visto o Direito Penal é considerado *ultima ratio* da intervenção estatal, razão pela qual é um instrumento subsidiário de proteção aos bens jurídicos, ressaltando a natureza fragmentária deste ramo do direito.

Segundo Grecco (2010):

O caráter fragmentário do direito penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal. (GRECCO, 2010, p. 57)

O ordenamento jurídico possui muitos ramos que se dedicam a proteção das mais variadas espécies de bens jurídicos, entretanto, como decorrência lógica da intervenção mínima princípio que da norte a atuação deste ramo do direito, o direito penal se preocupa com apenas uma pequena parcela deles, que é tida como mais importante.

Logo, caso os demais ramos jurídicos se mostrem eficientes na proteção de determinado bem jurídico, não há por que invocar a proteção deste ramo tido como o mais violento entre todos, haja vista os mais diversos reflexos negativos que a atuação penal gera a uma sociedade, como por exemplo o aumento da população carcerária, o efeito estigmatizante da pena para o condenado e para a sua família. Neste sentido, Grecco apud Queiroz (2009):

O Direito Penal deve ser, enfim, a extrema ratio de uma política social orientada para a dignificação do homem. Semelhante intervenção há de pressupor, assim, o insucesso das instâncias primárias de prevenção e controle social, família, escola, trabalho e etc., e de outras formas de intervenção jurídica, civil, trabalhista, administrativa. Vale dizer: a intervenção penal, quer em nível legislativo, quando da elaboração das leis, quer em nível judicial, quando da aplicação concreta, somente se justifica se e quando seja realmente imprescindível e insubstituível. (GRECCO apud QUEIROZ, 2009, p.73)

No caso da escolha de um bem jurídico como entre aqueles de maior importância, o legislador deve, ainda assim, realizar uma análise sobre a possibilidade deste bem ser adequadamente protegido por outros ramos jurídicos, para só em caso negativo, criminalizar condutas relacionadas àqueles bens.

Neste sentido, resta observar a atuação penal frente as condutas relacionadas ao consumo da *cannabis sativa* e se é possível a eficaz tutela da saúde pública através da regulação destas atividades por outros ramos do direito, mormente o civil e administrativo.

Como critério utilizado, pode-se utilizar a analogia, haja vista haver substâncias perigosas à saúde pública como o álcool, o cigarro e remédios potentes que não estão no manto protetivo do direito penal, mas são regulados por outros ramos do direito, como o

civil e o administrativo. Para todas estas substâncias, a regulação estatal se mostra eficiente, causando impactos sociais menores do que aqueles nefastos reflexos advindos do proibicionismo penal da *cannabis sativa*, já devidamente estudados.

Para reforçar este argumento, pode-se recorrer ao Direito Comparado, haja vista outras legislações conseguirem lidar com os impactos do consumo da *cannabis sativa* sem a utilização do Direito Penal, seja para descriminalizá-la ou legalizá-la. Como exemplo podemos citar a já antiga legislação holandesa que permite a venda e o consumo da *cannabis sativa* à maiores de dezoito anos de forma controlada no famoso sistema de *coffe shops*. Também, pode-se citar, iniciativas recentes como a do Colorado e que passou aceitar a legalização da venda e da produção da *cannabis*, onde as primeiras lojas dedicadas a este comércio começaram a funcionar em 1 de janeiro de 2014. O estado americano de Washington, da mesma forma, também legalizou a *cannabis*, assim como o Uruguai em que a legalização se dará com a venda estatizada da erva. Além da legalização para uso recreativo, são vastos os exemplos de legalização para uso medicinal, bem como de Estados em que o consumo é um indiferente penal, o que reforça ainda mais a necessidade de se repensar o proibicionismo penal da maconha ao se analisar o Direito Penal como ramo subsidiário dos demais ramos, sendo pois ultima ratio, na qual havendo outros ramos capazes de uma adequada regulação, deve-se afastar a atuação penal.

3.5.3 Princípio da lesividade

Durante boa parte da história da humanidade, as práticas punitivas careciam de uma diferenciação entre as leis e a moral que só ocorreu com o iluminismo. Durante muitos anos punia-se não apenas condutas que causavam danos à sociedade, mas também, e talvez até mais, condutas que eram apenas manifestações da própria individualidade pessoal de cada um ou mesmo condutas tidas para a moral média da época como desviadas.

Esta união entre Direito e moral começou a ruir com a filosofia iluminista que critica a intervenção estatal no âmbito da vida íntima e privada do cidadão, sem que esta intervenção seja justificável por algum perigo a sociedade. “O período iluminista veio romper com a chamada secularização, ou seja, houve a separação entre direito e moral. Nem tudo aquilo que fosse considerado imoral poderia ser considerado também contrário e proibido pelo Direito.” (GRECCO, 2009, p 77).

Sendo uma importante transformação, esta separação irá ditar e restringir a atuação estatal alcançando os vários ramos jurídicos. No Direito Penal este processo faz surgir um importante princípio o da alteridade, onde segundo este, o estado não pode punir condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, não causando desta forma danos a terceiros. Se inter-relaciona bem com o princípio da intervenção mínima, posto que serão utilizados em conjunto quando analisa-se se uma determinada prática deve ser criminalizada, servindo com duplo filtro da intervenção legislativa penal. Sobre esta relação entre os dois princípios Grecco:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces da mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade no esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. (GRECCO, 2010, p. 50)

Segundo a lição de Ferrajoli, Carvalho argumenta sobre a aplicação do princípio da lesividade:

Determina que somente podem ser considerados bens jurídicos relevantes aqueles empiricamente identificáveis, notadamente os de titularidade de pessoas de carne e osso. Do contrário, as normas penais seriam injustificáveis, pois típicas de leis penais autoritárias ou de emergências identificadas, p. ex., com a tutela da personalidade do Estado. Ferrajoli sustenta que, na medida em que o estado, nos ordenamentos democráticos, não constitui bem ou valor em si mesmo, incriminação de condutas de natureza intengível são privadas de objeto e portanto isentas de significado. No mesmo sentido ações deflagradas contra si mesmo ou não lesivas a terceiros “como a prostituição, os atos considerados ‘contra a natureza’ a tentativa de suicídio, e em geral os atos contra si mesmo, da embriaguez ao uso pessoal de entorpecentes.” (CARVALHO, 2013 p.263)

Tendo sido explicitado o princípio em questão, resta confrontá-lo com a proibição de condutas relacionadas a *cannabis sativa*.

A primeira delas que a muito vem sendo criticada pela doutrina a luz deste princípio é a de consumo da *cannabis*, bem como dos demais entorpecentes, restrição feita pelo artigo 28 da lei nº 11.343/2006, que em seu caput preceitua: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas”

A finalidade do consumo pessoal por si não causa possível dano a outrem, sendo um caso de que na pior das hipóteses, mesmo considerando que o consumo realmente

cause danos, estes danos estariam restritos a pessoa do usuário, restando esta proibição em total desacordo com o princípio em tela. À muito a doutrina se posicionando de forma crítica a criminalização da conduta de porte de entorpecentes para cultivo próprio

O consumidor de quaisquer substâncias consideradas drogas tóxicas, estupefacientes ou psicotrópicas, está atuando em faceta de sua liberdade com relação à disposição de sua própria saúde de forma autônoma, ainda quando esta sofra menoscabo pelo prazer do consumo de narcóticos. Atendendo a esta perspectiva individual, a criação de barreiras punitivas por parte do estado, que determinem uma obstaculização a este direito de consumo, se apresenta como uma intolerável ingerência que se concretiza numa vulneração de um dos fundamentos da natureza política e da paz social: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, concreção da dignidade humana (GRECCO apud JIMÉNEZ, 2009 p. 80).

Logo, fica clara a violação à alteridade, o Estado criminalizar condutas de consumo de entorpecentes ou posse para o consumo, atuando de forma a violar a autodeterminação pessoal do indivíduo em uma interferência ilegítima e desarrazoada na vida do cidadão, contrariando os primados do moderno conceito de Direito Penal.

O principal postulado do Direito Penal moderno, que funda os modelos de direito penal do fato, é a radical separação entre o direito e a moral, reforçando que a pena não pode servir para reforçar ou impor determinados padrões de comportamentos. A assunção do pluralismo cultural, portanto, é a máxima fundante do Estado Democrático de Direito. Neste quadro os princípios da lesividade, intimidade e vida privada instrumentalizam a máxima secularizadora, visto que somente podem ser proibidas condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bens jurídicos de terceiros. Exclui-se pois qualquer legitimidade criminalizadora contra atos autolesivos, condutas que não violam ou arriscam bens jurídicos de terceiros, condições ou opções individuais (ideológicas, políticas, religiosas, sexuais, entre outras). (CARVALHO, 2013 p. 26)

3.5.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem ganhado bastante destaque em termos de debates acadêmicos, suas raízes remontam à Antiguidade, mas a consolidação se deu com os postulados do Iluminismo que vieram restringir a atuação restritiva do Estado, assim na obra intitulada “Dos Delitos e das Penas”. Beccaria já discorre sobre a necessária proporcionalidade que deve existir entre a atuação restritiva de direitos por parte do

estado quando este atua na esfera penal e o fim que se almeja reprimir, devendo esta relação estar nos seguintes termos: “Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas proporcionada ao delito e determinada pela lei.”(GRECCO apud BECARIA, 2010 p.73)

O princípio da proporcionalidade é considerado no ordenamento jurídico pátrio como princípio constitucional que embora não seja explícito, é decorrente de outros princípios, bem como dos valores adotados pela lei maior. Muitos autores consideram como um ramo do devido processo legal, em sua vertente material. O certo é que é um dos princípios que mais vem ganhando destaque e que tem forte repercussão no âmbito penal e constitucional.

Segundo este princípio, uma limitação só deve acontecer no âmbito dos direitos do cidadão caso seja razoável e proporcional, caso contrário deve-se de plano afastar esta limitação. Desta forma, caso uma restrição se mostre desnecessária, inadequada ou ainda caso os males advindos da sua adoção sejam piores do que aqueles que ela vise combater, deve-se evitar tal limitação, haja vista a mesma padecer de vício de inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade.

Com relação ao proibicionismo, resta plenamente caracterizado a desproporcionalidade entre a restrição penal e o bem jurídico tutelado, de modo a evidenciar-se a falta de proporcionalidade de tal restrição.

3.5.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

Embora muitos tentem traçar a origem deste princípio ao longo da história da humanidade, é com o período iluminista em que ele ganha destaque e relevo. “Os séculos XVII e XVIII foram de fundamental importância não somente ao efetivo reconhecimento, como para a consolidação da dignidade da pessoa humana como um valor a ser respeitado por todos.” (GRECCO, 2009 p.55).

Este princípio é um dos nortes normativos no nosso sistema jurídico, pois consubstancia-se mais do que um direito fundamental que o cidadão tem de ver sua dignidade respeitada, sendo também um fundamento da república onde todas as outras normas devem buscar sua validade.

Por ser um conceito aberto, é difícil conceitua-lo com precisão, dado sua natureza altamente abstrata, tendo-se bem mais sorte em identificar na prática, quando houve ou não um caso de violação à dignidade humana. Entretanto, apesar da dificuldade teórica muitos pensadores se inclinam a tentar formular um conceito de dignidade humana condizente com as necessidades jurídicas de proteção aos direitos humanos. Assim, Ingo Wolfgang Sarlet através da condensação de alguns pensamentos utilizados para a definição de dignidade humana, afirma:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (GRECCO apud SARLET, 2009 p.57).

O reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana como um postulado teórico e filosófico essencial para o desenvolvimento humano, abriu caminho para que dos tratados jus filosóficos, tal princípio acabe se incorporando aos mais diversos textos legais ressaltando assim a grande amplitude normativa que a dignidade humana iria adquirir nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Este processo de incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque com a fase pós-positivista do direito, na qual nos encontramos em que as cartas magnas começaram a incorporar a dignidade humana aos seus textos, pondo-a

em um lugar de destaque como ápice da pirâmide normativa sendo um princípio reitor de muitos outros.

Sobre esta posição de destaque que o princípio da dignidade humana ocupa no Direito pátrio, Grecco (2009) se posiciona da seguinte forma:

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito a a criação legislativa, bem como aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim por exemplo o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflagrada, a exemplo dos açoites. (GRECCO, 2009, p.59)

Logo, em decorrência do seu papel constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana tem o condão de afastar a atuação do poder público que contrarie tal princípio seja ela administrativa, jurisdicional ou até mesmo legislativa, haja vista não poder uma norma infraconstitucional está em dissonância com o texto magno.

CAPÍTULO 4. SUPERAÇÃO DO MODELO PROIBICIONISTA

4.1. Garantismo penal e a necessidade de descriminalização

Em oposição as correntes ideológicas maximizadoras do Direito Penal, que buscam através da construção de um mecanismo punitivo pedagógico a eliminação dos males sociais, surge as teses abolicionistas e do Direito Penal Mínimo, como forma de fortalecer o discurso garantista. As correntes garantistas propõem:

Estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal , deslegitimando qualquer forma de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Percebido desta forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento pratico-teorico idôneo a tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.(CARVALHO, 2002 p.19).

Desta forma, as correntes garantistas que buscam a diminuição do direito penal, obtém seu fundamento nos direitos individuais de modo a densificar o seu núcleo de proteção contra as tentativas de relativização que acabam fragilizando as proteções constitucionais do cidadão frente ao Estado. Como fundamento destes mecanismos surge o principio da dignidade da pessoa humana, valor considerado fonte dos demais direitos individuais que dele decorrem.

Neste sentido, afirmar-se que o garantismo:

È uma teoria de resistência a toda e qualquer estrutura de saber/poder que concebe o homem como descartável, que nega a primazia da pessoa e dos direitos. A perspectiva garantista, portanto, estabelece mecanismos jurídicos-políticos de luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo, correspondendo a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado na atualidade pelos movimentos Lei e Ordem e de (Nova) Defesa Social. (CARVALHO, 2002 p.20)

Como instrumento crítico ao dogmatismo positivista, o garantismo penal nega a crença de que os atos emanados do poder público serão sempre justos e se propõe, através da critica a ideia de que o poder é sempre bom criar parâmetros para que a lei possa, além de seguir os seus aspectos formais de criação, possuir a sua correta legitimidade que advém do respeito aos direitos do cidadão advindos da dignidade

humana sem o qual careceria de legitimidade, pois toda restrição que vá de encontro a dignidade humana deve ser imediatamente rechaçada.

A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado a violação dos direitos (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, conseqüentemente, (c) que os atos emanados do poder público, seja legislativo, seja executivo e judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de controle. (CARVALHO, 2002 p.21)

Diante do exposto, há uma superação da crença positivista plena nos atos normativos formalmente aptos a produzirem seus efeitos em virtude da obediência ao processo legislativo constitucional. Neste contexto pós-positivista, além da regularidade formal, uma norma deve possuir compatibilidade não apenas quanto ao procedimento de elaboração, mas também quanto a seu conteúdo que não pode destoar de princípios mais elevados, estampados como direitos fundamentais nas cartas magnas.

(...)os conceitos de vigência e validade são assimétricos e independentes. Vigência trata essencialmente da forma dos atos normativos, sendo que a validade diz respeito ao significado e a compatibilidade das normas com os valores materiais expostos nas constituições democráticas. (CARVALHO 2002, p.22)

Assim, surge a teoria garantista que visando fortalecer os direitos individuais critica a dogmática tradicional, que por sua vez acredita que o único critério de análise sobre uma lei é o seu aspecto formal, ou seja, sua vigência. Vem assim o garantismo deixar clara a importância da análise da validade da lei frente aos princípios constitucionais, haja vista, restar incompatíveis tais disposições deverá o jurista considerar a invalidade da lei, pelo vício da inconstitucionalidade.

Além de romper a imagem analítica da norma jurídica, tal composição teórica proporciona redefinições relevantes no papel do jurista, principalmente do julgador, visto que a ruptura entre os significados de vigência e validade transpõe ao interprete o dever de estar submetido às leis (constitucionalmente) válidas tanto no plano formal como substancial. Destarte, demonstra Lenio Streck a necessidade de delegar ao jurista a séria tarefa de contaminar o direito infraconstitucional, pois garantismo deve ser entendido como maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito. Como “tipo ideal” o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito. (CARVALHO, 2002 p.23)

Estes postulados são muito úteis na atual realidade onde é palpável a crise do modelo repressivo clássico, bem como da gradual constatação de crise dos modelos

teóricos que legitimavam à atuação penal. Aos poucos a criminologia vem desmistificando as funções reais exercidas pelo direito penal bem como apontando o auto custo do processo de encarceramento.

Outro ponto a que se soma na análise crítica ao tradicional modelo de direito penal é o gradual processo de inflação legislativa penal que através da proliferação de tipos penais, resulta tanto no descredito do direito penal, haja vista o estado não ter estrutura para prevenir ou punir o grande numero de infrações penais, bem como um alto grau de encarceramento, de caráter eminentemente seletivo, cujos custos muitas vezes são superiores aos danos causados pelas condutas eleitas como criminosas.

O tratamento eminentemente penal de situações problemáticas (Huslman), na concepção dos representantes das mais diversas correntes críticas, obtivera inúmeros efeitos perversos, desde a proliferação das violências pela incidência desigual da repressão penal aos mais vulneráveis, inclusive a proliferação dos danos às vitimas (revitimização) à própria inoperância das agencias de controle decorrente da sobrecriminalização de condutas (direito penal máximo) (CARVALHO, 2013 p.171)

Ao diagnosticar os perversos efeitos do sistema penal, tal qual estruturado na atualidade, as correntes criminológicas críticas propõem uma mudança de paradigma na política criminal.

O consenso entre a falta de harmonia entre as funções declaradas (redução/eliminação da criminalidade) e as efetivamente exercidas (multiplicação da violência) induz as correntes da Criminologia Crítica à criação de programas politico-criminais alternativos.(CARVALHO,2013 p.175)

Uma destas práticas alternativas seria a descriminalização de condutas que careçam de real ofensividade a bens jurídicos relevantes, que não afetem bem jurídicos de terceiros ou que sejam suficientemente protegidas por outros ramos do direito que não se mostre tão violento e cheio de efeitos colaterais como é o Direito Penal.

Como alternativa para dirimir os efeitos perversos desta disfunção provocada pelo sistema penal, a crítica criminológica, convertendo-se em políticas criminais alternativas, procurou desenvolver programas concretos de ação (criminologia da práxis) visando a minimização da incidência do poder punitivo. O projeto de descriminalização aparece portanto, como alternativa viável, como tema consensual entre as mais diversas correntes críticas (minimalistas, garantistas, abolicionistas, realistas marginais). (CARVALHO,2013 p.452)

Neste contexto, a descriminalização surge como alternativa aos efeitos perniciosos que a repressão penal causa. Logo, o norte deste gradual processo de descriminalização deve ser feito através do filtro dos princípios penais anteriormente analisados para que a repressão estatal se mostre mais racional, conforme os ditames garantistas.

No sentido de ilustrar essa questão vale observar a recente jurisprudência advinda do juiz singular da vara de entorpecentes do DF que se posicionou pela inconstitucionalidade da proibição da *cannabis sativa*, abrindo um precedente para a descriminalização judicial da conduta. A decisão se deu nos termos a seguir:

Processo : 2013.01.1.076604-6
Classe : Ação Penal - Procedimento Ordinário
Assunto : Tráfico de Drogas e Condutas Afins
Autor : MPDFT MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS
Réu : MARCUS VINICIUS PEREIRA BORGES

A conduta praticada pelo acusado, com efeito, parece se adequar àquela descrita no art. 33, caput, cc art. 40, da lei 11343/06.

Contudo, no meu entender, há inconstitucionalidade e ilegalidade nos atos administrativos que tratam da matéria.

Com efeito, o art. 33, caput, da lei 11343/06 é classificado pela doutrina do Direito Penal como norma penal em branco o que, em brevíssima síntese, é aquela que depende de um complemento normativo, a fim de permitir de forma mais rápida a regulamentação de determinadas condutas.

No caso, o Ministério da Saúde, por meio da portaria 344/1998, com o objetivo de complementar a norma do art. 33, caput, da lei 11343/06, estabeleceu um vastíssimo rol de substâncias sujeitas à controle e, sem qualquer justificativa constante na referida portaria, na lista F, proibiu, entre outras, o THC.

O ato administrativo, em especial o discricionário restritivo de direitos, diante dos direitos e garantias fundamentais e também dos princípios constitucionais contidos no art. 37 da Constituição da República devem ser devidamente motivados, sob pena de permitir ao Administrador atuar de forma arbitrária e de acordo com a sua própria vontade ao invés da vontade da lei.

A portaria 344/98, indubitavelmente um ato administrativo que restringe direitos, carece de qualquer motivação por parte do Estado e não justifica os motivos pelos quais incluem a restrição de uso e comércio de várias substâncias, em especial algumas contidas na lista F, como o THC, o que, de plano, demonstra a ilegalidade do ato administrativo.

Sem motivação, tal norma fica incapaz de poder complementar a norma penal do art. 33, caput, da lei 11343/06.

Ademais, ainda que houvesse qualquer justificativa ou motivação expressa do órgão do qual emanou o ato administrativo restritivo de direitos, a proibição

do consumo de substâncias químicas deve sempre atender aos direitos fundamentais da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

Soa incoerente o fato de outras substâncias entorpecentes, como o álcool e o tabaco, serem não só permitidas e vendidas, gerando milhões de lucro para os empresários dos ramos, mas consumidas e adoradas pela população, o que demonstra também que a proibição de outras

substâncias entorpecentes recreativas, como o THC, são fruto de uma cultura atrasada e de política equivocada e violam o princípio da igualdade, restringindo o direito de uma grande parte da população de utilizar outras substâncias.

O THC é reconhecido por vários outros países como substância entorpecente de caráter recreativo e medicinal, diante de seu baixo poder nocivo e viciante e ainda de seu poder medicinal para a saúde do usuário, sem mencionar que em outros o seu uso é reconhecido como parte da cultura.

Não é por outro motivo que os estados americanos da Califórnia, Washington e Colorado e os Países Baixos, dentre vários outros, permitem não só o uso recreativo e medicinal da droga como também a sua venda, devidamente regulamentada, e outros países permitem somente o uso, como Espanha, dentre outros, e o Uruguay está praticamente a ponto de, a exemplo desses outros entes do Direito Internacional, regulamentar a venda e o uso do THC.

Também não se desconhece a opinião pública de escol, em especial de ex-presidente da República, a qual demonstra a falência da política repressiva do tráfico e ainda a total discrepância na proibição de substâncias entorpecentes notoriamente reconhecida como recreativas e de baixo poder nocivo.

Portanto, no meu entender, a portaria 344/98, ao restringir a proibição do THC não só é ilegal, por carecer de motivação expressa, como também é inconstitucional, por violar o princípio da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

Um dos maiores fatores de encarceramento na realidade são os delitos relacionados aos entorpecentes que constituem o norte da política repressiva penal do mundo, inclusive no Brasil. Faz-se necessário repensar esta política repressiva aos entorpecentes, modificando o norte destas práticas que se mostram ineficazes quanto ao seu objetivo, pois o consumo de entorpecentes mesmo com o aumento da repressão não diminuiu, mas por outro lado, causou mais danos que o próprio consumo que objetiva evitar, em virtude do alto custo do encarceramento e da proliferação da violência, fenômenos diretamente ligados ao proibicionismo e a repressão penal.

Entre as várias opções para esta mudança no rumo da defasada política de entorpecentes seria a descriminalização do consumo destes no geral, bem como da *cannabis sativa*, objeto de estudo deste trabalho, por afrontarem de forma gritante os princípios penais, mormente a alteridade, implantando repressão de cunho estritamente moral anti-secular, característica de estados pré-modernos ou modernos autoritários em

que formas de comportamento pessoal que não causem danos a terceiros são reprimidos com fundamento em uma suposta moralidade padrão adotada pelo Estado.

Assim, atendendo ao ditames garantistas, deve-se buscar a gradual descriminalização de condutas relacionadas aos entorpecentes, bem como buscar soluções alternativas para combater os efeitos nocivos que esta repressão causam a sociedade.

4.2. Legalização da maconha

A descriminalização é apenas o primeiro passo, que tardiamente os Estados ainda não adotaram. Nela não se esgota as possibilidades de mudança que necessita a atual política de entorpecentes, haja vista que a maior problemática da política-criminal moderna é a questão do tráfico ilícito de entorpecentes, que é neste crime onde a violência se mostra mais efetiva e onde o estado mais gasta com a criminalização.

Neste contexto é necessário que se busque alternativas a repressão que já há muito tempo não mostra resultados favoráveis. Considerando o fracasso na repressão ao tráfico deve-se também pensar nas alternativas ao combate bélico. Assim a legalização de substâncias que não causem o devido mal surge como forma alternativa de lidar com o problema, retirando da ilegalidade e da criminalidade todo um mercado que, devido a marginalização criada pelo direito penal, acaba se tornando violento.

Assim, a legalização de substâncias como a *cannabis sativa* surge como uma alternativa viável a repressão, pois, retirando da ilegalidade tal comércio, evita-se os efeitos nocivos que esta repressão causa, como o aumento da violência e o grande numero de encarceramento, muitas vezes decorrente da marginalização dos usuários. Também se abre a possibilidade de regulação, evita-se os grandes gastos repressivos bem como do encarceramento, possibilitando também o aumento das receitas fiscais ao Estado, como já devidamente abordado anteriormente.

Como fundamento científico para esta posição têm-se nas teses de Thomas Szasz, um dos principais expoentes da corrente antipsiquiatria norte-americana e Antonio Escohotado, reconhecido autor europeu sobre a temática das drogas, a constatação de que, não só a proibição penal dos entorpecentes constitui-se como ilegítima juridicamente, como também, para além das teses anti-proibicionistas, a defesa

de que o consumo de entorpecentes, para qualquer finalidade, constitui-se em direito inalienável do cidadão nas sociedades democráticas, constituindo-se como liberdade de intoxicação ou liberdade de automedicação que por sua vez se constitui como um direito fundamental, assim como o direito à propriedade ou de liberdade de expressão comumente consagrados nos ordenamentos dos Estados.

A obra de referência é *Our rights to drugs: the case of free Market*, publicado por Szasz, em 1992, cujo conteúdo remete ao trabalho precursor *Cherimonial Chemistry*, de 1975. Conforme demonstra Escoto, em *Cherimonial Chemistry*, Szasz coloca em relevo como “la cruzada antidrogas carece de raiz científica, y unicamente resulta inteligible como específico delírio popular de nuestro tempo, maquinado como iniciativa terapêutica” (CARVALHO, 2013 p.266)

A tese de Szasz é desenvolvida sobre dois pontos centrais, um negativo e outro positivo. Argumentando pela ilegitimidade da proibição, afirma que o consumo constitui-se direito fundamental do cidadão. A tese negativa é defendida por estar a intervenção estatal, nos países democráticos, limitada à autonomia individual.

Assim, ao contrário de governos de feição totalitária, as democracias liberais carecem de legitimidade política para privar adultos do direito de utilizar qualquer substância que elejam, independente dos danos que se possam causar. A limitação e a regulação do mercado pelo Estado – englobando neste caso a proibição (drogas ilícitas) e controle total ou parcial (drogas lícitas de uso restrito) – com a delegação do monopólio da autorização de alguns fármacos à classe médica e às autoridades sanitárias, caracterizam política governamental totalitário-terapêutico orientada à proteção coletiva. (CARVALHO, 2013 p.267)

Neste aspecto, a tese defendida pelo autor critica não só o proibicionismo, mas também a venda controlada, onde se delega a uma autoridade governamental ou uma classe, no caso a médica, o monopólio da prescrição desta substância, entendendo que o melhor modelo seria o que mais se aproximasse do livre comércio.

Partindo da tese negativa ao intervencionismo estatal, o autor, em sua tese positiva, argumenta pelo direito à ampla liberdade do cidadão em um regime democrático, partindo de dois marcos teóricos: o político referendado por Thomas Jefferson e o científico referendado por Ludwig Von Mises.

A premissa de Szasz pode ser exposta pela afirmação de que a titularidade sobre o corpo integra os direitos inalienáveis de propriedade das pessoas, não constituindo mero regalo estatal ou governamental que pode ser limitado ou

ampliado conforme são delineadas as opções políticas da administração. Portanto, sustenta o autor, permitir que o Estado decida sobre qual tipo de substância as pessoas pode ingerir, significa a derrogação dos direitos sobre o próprio corpo. (CARVALHO, 2013 p.269)

Para longe dos extremismos em que o autor defende de forma radical a não intervenção estatal e liberalismo radical na sua tese negativa, cabe então se filiar a sua premissa positiva, de amplo direito do cidadão de escolher a utilização da substância que melhor lhe convier.

Os preceitos de Szasz falham por estarem em consonância com um extremo livre mercado, apesar de partirem da premissa correta em considerarem o direito ao consumo de entorpecentes um desdobramento das clássicas liberdades civis ainda não devidamente reconhecidas no corpo das legislações nacionais, mas decorrentes de outros princípios ali elencados como o modelo republicano-democrático. A crença na ideia de um radical livre mercado falha por desconsiderar que:

Reduzir o numero de normas e regras de comportamento pode ser saudável. Porém é falho que a total inexistência de normas e de regulações cederia lugar ao surgimento de uma sociedade completamente livre. Em questões de política social é necessária a regulação investida de eficácia.(GUERRA, 2012 p.56)

Com a reformulação deste discurso de modo a transformar o caráter liberal clássico da tese de Szasz para as necessidades contemporâneas, onde o livre mercado não pode ser visto como um fim e sim como um meio de se livrar do paternalismo estatal, faz-se necessário que se adote com relação à *cannabis* uma política de legalização ampla, mas, tendo esta ampla legalização como um fim a ser alcançado, faz-se necessário, em um primeiro momento, que haja uma intervenção estatal para regular alguns aspectos importantes deste já antigo comércio que agora passará a legalidade.

Assim, a legalização deverá ocorrer com o controle estatal partindo da mesma premissa que restringe certo tipos de atividades inerentes ao comércio das drogas nocivas legalizadas, como o álcool e o tabaco, como por exemplo, a proibição de venda a menores de idade, a restrição a propaganda, a adoção de medidas que conscientizem os consumidores dos efeitos nocivos desta substância, bem como o controle de qualidade de modo a evitar efeitos indesejáveis à saúde dos usuários.

Tendo a legalização como questão de direitos humanos individuais, faz-se necessário um mínimo de controle como o já citado controle de qualidade de modo que

a legalização se mostre efetivamente melhor que a ilegalidade imposta ao público consumidor. Por outro lado, também deve-se ter cuidado com um controle exagerado, fora dos padrões dos usados para o comércio de drogas nocivas legalizadas. Como exemplo de controle que se mostra excessivo, temos a delegação da prescrição a agentes sanitários ou médicos, nos chamados sistemas de uso medicinal, pois assim iriam trazer benefícios apenas a uma parte dos consumidores, não abarcando os usuários recreativos, que por ser uma questão, como já defendida por Szasz de direitos individuais, não pode ser feita com discriminação e sim de forma ampla.

CONCLUSÃO

O uso de entorpecentes tem sido algo constante na história da humanidade, basta analisar os mais variados contextos históricos onde o consumo de algum determinado entorpecente se mostra como um fator cultural e quase que inerente ao ser humano no processo de autoconhecimento e de inter-relação com o meio.

A *cannabis* se insere como um dos entorpecentes mais consumidos na história da humanidade, datando sua utilização de mais de 6.000 anos atrás os registros mais antigos do contato entre a erva e o *homo sapiens*.

A sua utilização se deu para os mais variados fins, ganhando conotações médicas, outras sendo usadas ritualisticamente para o desenvolvimento espiritual de determinada cultura e em outros casos o uso tinha caráter recreativo. Além do consumo da planta também se popularizou o uso de suas fibras para fabricação de papeis, na utilização naval e etc.

Logo, observa-se a ampla utilização da *cannabis sativa* pelo homem ao longo da história, história esta que mudaria drasticamente no começo do século passado quando as ondas proibicionistas ganharam poder, levando muitas substâncias antes amplamente consumidas a ilegalidade, como é o caso da *cannabis*.

Embasados por ideologias que pregavam um direito penal simbólico, bem como ideais moralistas o proibicionismo ganhou força internacional, onde campanhas globais foram lançadas a fim de reprimir cada vez mais o uso de substâncias entorpecentes. Passando por várias mudanças, até chegar aos dias de hoje, o proibicionismo iria criar uma verdadeira guerra às drogas, cujas consequências gerariam problemas sociais graves ao longo do mundo, principalmente nos países periféricos, ditos produtores, em que a conjugação do aumento da violência, resultado direto do proibicionismo, com as grandes desigualdades sociais, gerariam efeitos bem mais danosos do que os advindos do abuso de substâncias entorpecentes.

Os defensores do proibicionismo argumentam contra a utilização de drogas, filiando-se ao modelo ideal abstencionista em que o consumo de entorpecentes caracteriza-se como degradação moral. Entre outros argumentos há aqueles que falam a respeito do possível mal a saúde dos usuários de maconha, bem como a possibilidade de a utilização da erva possa ser a porta de entrada para outras drogas.

Para fundamentar o argumento dos supostos males a saúde, existem pesquisas científicas mais recentes que realmente confirmariam estes males, entretanto, mostra muitos dados não conclusivos, além do fato de que tais males não são mais graves (e às vezes até menores) ao compará-los com outras substâncias consumidas legalmente como o tabaco e o álcool.

Na contra mão do proibicionismo, surgem correntes que visam superar este modelo. Com a ajuda de vários estudos que provam o grande mal que o proibicionismo se tornou na atualidade vêm-se estudando alternativas a este modelo de gestão de política criminal.

Buscou-se apresentar ao longo desta pesquisa os reflexos do proibicionismo sob vários aspectos, destacando-se o atravancamento das pesquisas médicas e as possibilidades da utilização medicinal da *cannabis sativa*. O custo aos usuários que ao terem de recorrer à ilegalidade para buscar consumir este entorpecente inserem-se num sistema de clandestinidade bem como de marginalização.

No que se refere ao sistema carcerário o delito de tráfico de entorpecentes é a segunda maior causa de encarceramento entre homens e a maior entre mulheres, contribuindo seriamente para agravar o grande problema carcerário do país. Em relação aos reflexos econômicos, por sua vez, pode-se observar que o proibicionismo gera gastos extremos para sua manutenção, recursos que poderiam ser melhor aproveitados em outras áreas, como a tratamento para dependentes químicos ou em campanhas preventivas sobre os efeitos nocivos do abuso de drogas. Além disto, o proibicionismo torna o negocio ilegal mais lucrativo à medida em que o torna mais perigoso em uma equação em que quanto maior o risco, maior o lucro, conforme aponta a clássica doutrina econômica de F. B. Hawley.

Constatando-se os efeitos danosos do proibicionismo, surge a necessidade de reformulação desta política e o fundamento apresentado para esta reformulação é o garantismo penal, que através dos princípios penais, visa reconciliar o direito penal com a dignidade humana. Assim, analisando a proibição da *cannabis sativa* frente a tais princípios, que são reguladores do poder punitivo do estado, resta por ilegítima esta proibição por afrontar de modo incisivo vários destes nortes normativos.

Neste contexto, os princípios da dignidade humana, da intervenção mínima, do caráter subsidiário do direito penal, da alteridade são frontalmente violados frente ao proibicionismo, que se mostra como uma restrição desproporcional e desnecessária, devendo desta forma ser repensada.

Diante dos ditames garantistas e de um direito penal racional justifica-se por obvio a descriminalização do consumo da *cannabis*, bem como dos demais entorpecentes para desta forma concretizar os ideais humanos básicos.

As mudanças não devem, entretanto, ficar restritas a mera descriminalização, observando-se as premissas de Szasz, de que o direito ao consumo de entorpecentes constitui-se desdobramento das clássicas liberdades civis, não devendo o estado interferir neste direito do cidadão. Nesta perspectiva deve-se repensar a proibição de modo a não só tornar as práticas advindas do consumo da *cannabis* um indiferente penal, como também colocá-la na plena legalidade, utilizando-se de outros mecanismos jurídicos não penais para regular alguns aspectos deste comércio agora legal, equiparando, desta forma, o comércio da *cannabis sativa* ao do álcool e do tabaco que apesar de potencialmente danosos a saúde são vendidos de modo regulamentado pelo Estado.

Defender a descriminalização, bem como a posterior legalização da maconha, é defender o fim de todos os males do proibicionismo, fazendo com que através da economia em aparato bélico e como a nova fonte fiscal de arrecadação de impostos, o Estado pudesse ter mais recursos para a implementação de melhorias na saúde, na prevenção, bem como em outras áreas, mantendo na plena legalidade um comércio que só se torna violento em virtude dos efeitos nocivos do proibicionismo penal.

Referências Bibliográficas

DAMACENO, Ana Paula Pinto. **As representações sociais do usuário de maconha sob a política da segurança nacional nas décadas de 60/70.** Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/1233/1053>, acessado em 11/11/2013.

BETTIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito.** São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no brasil: estudo criminológico e dogmático.** 6 ed. São Paulo: Saraiva 2013.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2002.

ESCOHOTADO, Antonio. **O livro das drogas: usos e abusos, preconceitos e desafios.** SP, Dynamis Editorial, 1997.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Estudo prevê economia de US\$ 14 bi.** Disponível em :

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1906200518.htm>>. Acessado em 26/12/2013

FOLHA DE SÃO PAULO. ENTREVISTA 19.05.05. Disponível em :

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1906200517.htm>> Acessado em: 26/12/2013.

HERODOTO. **Historia,** Disponível em

<<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/historiaherodoto.html#4>> Acessado em 11/11/2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais.** Disponível em:

<http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/10_Drogas%20-%20legislacao%20brasileira.doc?1286477113>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

LIMA, Rita de Cássia Cavalcante. **Uma História das Drogas e do seu Proibicionismo Transnacional: Relações Brasil-Estados Unidos e os Organismos**. Disponível em <pt.scribd.com/doc/36564062/Uma-historia-das-drogas-e-do-proibicionismo-transnacional-Tese-Lima-2009-UFRJ> Acessado em 01/02/2014.

MEIRELES, Manoel. **O Lucro**. São Paulo. Editora Arte e Ciência. 1999.

MERLIN, M D. (2003). **Archaeological Evidence for the Tradition of Psychoactive Plant Use in the Old World**. *Economic Botany* **57**. Disponível em: http://www.econbot.org/webmaster/factoids/02_opium_poppy/ebot-57-3-295.pdf, Acessado em: 09/11/2013

OLMO, Rosa del. **Las Drogas y sus Discursos**. In: *Direito Criminal (05)* PIERANGELI, José Erique (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.

Revista Super Interessante. **Por trás da cortina de fumaça**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/saude/tras-cortina-fumaca-437467.shtml>>. Acesso em: 10 de outubro de 2013.

ROBINSON, Rowan. **O grande livro da Cannabis: Guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Ed. 1999

VENÂNCIO, Renato Pinto; e CARNEIRO, Henrique (orgs). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo, Belo Horizonte, Alameda/Editora PUC-MG, 2005.

VIEIRA, Edinaldo Antunes. **O Discurso de Combate às Drogas no Brasil: Êxito do Fracasso Repressivo**. Disponível em <<http://dSPACE.c3sl.ufpr.br:8080/dSPACE/bitstream/handle/1884/30874/M%201047.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 21/11/2013.