

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA, CIDADANIA E
DIREITOS HUMANOS

MESSI ELMER VASCONCELOS CASTRO

DROGAS: RESPONSABILIDADE, POLÍTICA CRIMINAL E JUSTIÇA

Manaus, AM

2018

MESSI ELMER VASCONCELOS CASTRO

DROGAS: RESPONSABILIDADE, POLÍTICA CRIMINAL E JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos, linha de pesquisa: Ordenamento Jurídico, da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito parcial para a Obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos

Manaus, AM

2018

MESSI ELMER VASCONCELOS CASTRO

DROGAS: RESPONSABILIDADE, POLÍTICA CRIMINAL E JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos, linha de pesquisa: Ordenamento Jurídico., da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito parcial para a Obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos

Manaus, AM,

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Alfredo Wagner Berno de Almeida

Universidade do Estado do Amazonas

Professora Doutora Izaura Rodrigues do Nascimento

Universidade do Estado do Amazonas

Professor Doutor Mauro Augusto Ponce de Leão Braga

Universidade do Estado do Amazonas

À Simone e Sarah, razões sublimes do meu existir.

AGRADECIMENTOS

Com a ajuda de D-us.

ב"ה

À minha esposa Simone pelo conforto de um lar feliz e apoio incondicional durante o desenvolvimento desta pesquisa, com quem compartilho os sucessos e desafios da vida.

À minha filha Sarah, pelo significado do tempo, do amor e da justiça, *felix et beatus perpetua*.

Aos meus pais, Manassés e Elaine, pela tradição dos valores da educação e respeito à pessoa humana, espelhos de formação do meu caráter.

Às minhas irmãs Laena e Liana pelas tenras memórias vividas e incentivo sincero no período desta pesquisa.

Aos meus sogros, Moyses e Margareth; cunhadas, Rebecca, Deborah e Micaela; cunhado, André; e sobrinhos, Antônio e Rafael pelo fraterno convívio e apoio.

Aos amigos e amigas pela compreensão do tempo dispensado.

À Defensoria Pública do Amazonas, na pessoa do Professor Doutor Rafael Barbosa, pelo suporte e incentivo à qualificação prestados durante este período e pela contribuição individual durante o processo de qualificação para o aprimoramento deste trabalho.

À Doutora Telma de Verçosa Roessing, pelo incentivo original da busca pela qualificação profissional e acadêmica, primordial apoio durante o desenvolvimento deste trabalho.

Aos amigos Marcelo Pinheiro, Maurílio Casas e Felipe Mestrinho pelas certas indicações bibliográficas e diálogos acadêmicos.

Ao amigo Jeibson Justiniano pela oportunidade e incentivo à docência durante este período.

Aos colegas do Programa do Mestrado de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos, pelo êxito na formação do ambiente acadêmico livre e autônomo.

À equipe do Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia, pela paciência e cordialidade na seção de espaço físico para a realização da pesquisa.

Ao meu orientador, Professor Doutor Alfredo Wagner Berno de Almeida, pela honra do convívio e aceite da orientação, pelo despertar acadêmico e reflexivo acerca da sociedade e pela contribuição singular que presta ao estado do Amazonas.

À Professora Doutora Izaura Rodrigues do Nascimento pelas importantes contribuições ao desenvolvimento deste trabalho, desde sua qualificação até a conclusão.

Ao Professor Doutor Mauro Braga, pela confiança na qualidade da investigação e participação na banca de defesa da dissertação.

Ao "Berg", "Marta", "Pires" e tantos outros assistidos da DPE que personificam a crença no contraditório e na recuperação do indivíduo.

A todos que contribuíram de alguma forma para este êxito.

Antigos fundamentos se honram, mas nada impede, de em algum lugar, em algum momento, se começar tudo outra vez (GOETHE).

RESUMO

A presente dissertação tem por alvo identificar o relacionamento da questão das drogas com a responsabilidade penal, a política criminal e a justiça. A pesquisa parte da análise do conceito de drogas a partir da existência dos mecanismos de intervenção do estado utilizados por meio de sanção penal. Em seguida, identifica e descreve os elementos responsáveis pelo processo de construção da responsabilidade criminal associada às drogas. Destaca os antecedentes históricos do processo de criminalização de substâncias e indica as origens da política proibicionista. Adiante, reflete o pensamento dogmático jurídico-penal e dialoga com os pensamentos contemporâneos acerca da responsabilidade criminal. Identifica as funções e conceito de Política Criminal e sua relação com a questão da ilicitude de drogas. A investigação relaciona princípios que limitam a atuação do estado na utilização da Política Criminal e enfatiza as experiências comparadas para análise do fenômeno do uso e comércio de drogas. A intervenção do Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 é destacada pela relação e aplicação dos conceitos de bem jurídico e autonomia individual. A partir da ideia de jurisprudência reflexiva, enfoca o significado de justiça reflexiva e sua contribuição para a compreensão do tema de drogas ilícitas. Ao final, analisa a necessidade de redescoberta dos valores de justiça e amizade a partir do conceito de Aristóteles.

Palavras-chave: Drogas. Política Criminal. Responsabilidade Criminal. Direitos Humanos. Sociologia Jurídica.

ABSTRACT

This master's thesis aims to identify the relationship between the drug issues and the criminal responsibility, criminal policies and justice. The research follows the analysis of the drug concept once related to state mechanisms of intervention through the criminal sanctions. Moreover, it identifies e describes the elements responsible for the construction of the criminal responsibility related to drugs. It highlights the historical backgrounds of the substance criminalization process, pointing to the origins of the prohibition policy. Ahead, it reflects on the dogmatic legal thoughts and establishes dialogue with the contemporary thinking on criminal responsibility. It identifies the functions and concept of Criminal Policy and its relation on the illegal drug issue. The research describes the principles which establish boundaries to the state interventions by the criminal policy. The rule of the Supreme Court is enhanced by its relationship between the legal protection and private autonomy. From the idea of reflexive jurisprudence, it focuses on the meaning of reflexive justice and its contribution to understand the illegal drug subject. Finally, it analyses the necessity to discover once more the values of justice and friendship from Aristoteles's concepts.

Keywords: Drugs. Criminal Policy. Criminal responsibility. Human rights. Sociology of law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DPEAM	Defensoria Pública do Estado do Amazonas
EMCDDA	Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência
GEPCA	Grupo de Estúdio de Políticas sobre el Cannabis
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
JIFE	Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TJAM	Tribunal de Justiça do Amazonas
UNGASS	Assembleia Geral das Nações Unidas
UNODOC	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime
VEMEPA	Vara de Execuções de Medidas e Penas Alternativas
VEP	Vara de Execução Penal

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1.	A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL	15
1.1.	A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL COMO CONCEITO CHAVE PARA A DEFINIÇÃO DE DROGAS	Erro! Indicador não definido. 18
1.2.	ELEMENTOS DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS DROGAS	18
1.2.1	Aspectos históricos	21
1.2.1.1.	Drogas e as sociedades antigas	22
1.2.1.2	Origens do proibicionismo	29
1.2.2	As drogas ilícitas na ordem internacional	31
1.3	O PENSAMENTO DOGMÁTICO JURÍDICO-PENAL	42
1.3.1	Escola Clássica	46
1.3.2	Escola Positivista	47
1.3.3	Escola Finalista	50
1.3.4	Escola Normativista	52
1.4	RESPONSABILIDADE CRIMINAL NO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO	56
1.4.1	Funcionalismo penal de Claus Roxin	59
1.4.2	O pensamento de Nicola Lacey	60
2	POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DROGAS: PENSANDO O PROBLEMA ANTES DO SISTEMA	69
2.1	CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO	69
2.2	PRINCÍPIOS DE POLÍTICA CRIMINAL	75
2.2.1	Princípio da liberdade como antecedente necessário da legalidade	77
2.2.2	O direito a ter direitos e a dignidade da pessoa humana	80
2.2.3	O direito à segurança pública	82
2.3	POLÍTICA CRIMINAL DA DISTINÇÃO ENTRE USO E TRÁFICO DE DROGAS	84
2.4	OPINIÃO PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL	88
2.5	POLÍTICA CRIMINAL COMPARADA	94
2.5.1	Portugal	97
2.5.2	Espanha	98
3	DROGAS: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA	102
3.1	REDISCUINDO A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO	102
3.2	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A QUESTÃO DAS DROGAS: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659	108
3.2.1	Voto Ministro Gilmar Mendes	113
3.2.2	Voto Ministro Edson Fachin	114
3.2.3	Voto Ministro Luís Roberto Barroso	115
3.3	JUSTIÇA REFLEXIVA	117
3.4	UMA PAUSA PARA REDESCOBRIR JUSTIÇA E AMIZADE	120
	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	130

ANEXO A — Subtítulo do anexo.....**Erro! Indicador não definido.**

INTRODUÇÃO

O fim da arte inferior é agradar, o fim da arte média é elevar, o fim da arte superior é libertar. Fernando Pessoa

A investigação acerca do tema de drogas encontrou eco na dicotomia apresentada entre aquilo que se anuncia como fonte e causa das insatisfações sociais relacionadas à segurança pública e a construção da percepção empírica objeto do contato direto com os indivíduos escolhidos pela seletividade penal para submissão ao processo criminal relacionado com os crimes de tráfico e uso de drogas.

A ruptura inicial se revela diante do quadro de senso comum pintado com as cores da proibição irracional, do fortalecimento de grupos sectários defensores de uma moral específica e sobretudo na responsabilização individual como fonte segura de justificativa da intromissão do Estado na seara da liberdade.

A realidade sabida, no caso, revela o contexto de profundo desequilíbrio social. Vidas jovens desperdiçadas no cárcere, famílias desestruturadas, desorganização social e a pobreza como elementos em comum. De outro lado, uma nova política criminal sobre drogas que demonstra estar sendo gestada, inclusive nos organismos internacionais, com vistas a por a termo a famigerada “guerra às drogas”, substituindo o modelo proibicionista em troca de regulamentação, receitas e investimentos financeiros e pacificação social.

O interesse pela temática surgiu da experiência profissional do autor no exercício das funções de defensor público junto às unidades prisionais do interior do Amazonas, em especial da região do Alto Solimões, constatando-se o quadro de mazelas sociais decorrentes do encarceramento decorrente da política criminal sobre drogas. A partir daí, buscou-se investigar os mecanismos e instrumentos utilizados na construção do fenômeno estudado.

Trata-se de pesquisa teórica, desenvolvida por meio de revisão bibliográfica (livros e artigos científicos) e consulta documental (instrumentos internacionais, leis internas), mas que pressupõe, ainda, o compartilhamento de vivência do autor com o tema e o conhecimento estudado.

O trabalho se encontra estruturado da seguinte forma:

No primeiro capítulo, identifica-se a responsabilidade criminal como elemento chave para estabelecer o conceito do que é droga. Nesse sentido, são descritos os movimentos históricos antecedentes e as origens da política de proibição do consumo de determinadas

substâncias, refazendo-se o percurso adotado pela comunidade internacional com vistas a implantar os novos pactos de tratamento sobre o tema. São abordadas as escolas de pensamento dogmático jurídico-penal e as ideias contemporâneas a respeito da responsabilidade criminal.

A política criminal, suas funções, limites e elementos de composição são o destaque do segundo capítulo. Evidencia-se a relação da política no contexto do tratamento da questão das drogas e sua repercussão no quadro brasileiro e internacional. Observa-se o papel dos princípios de política criminal como muros de contenção dos instrumentos de intervenção propostos pela aplicação do direito penal, em especial, no reconhecimento dos indivíduos a partir do prisma da liberdade, dignidade e da necessidade de manutenção dos meios de convivência social. É destacada a relevância da opinião pública e seus efeitos no direcionamento da política criminal sobre drogas.

No terceiro capítulo aborda-se a questão da justiça e seu papel diante dos elementos de responsabilidade penal e da política criminal apontados pela questão das drogas, buscando a rediscussão do bem jurídico a ser efetivamente protegido pelo estado. Ainda, analisa-se as manifestações até então proferidas em sede do RE que discute a constitucionalidade do uso de drogas para consumo pessoal. Dá-se enfoque ao pensamento contemporâneo de justiça reflexiva, discutindo-se, ao final, a relação entre justiça e amizade como entendimento basilar para a reparação do tecido social desconstruído pela política sobre drogas proibicionista

Assim, a partir da questão central deste trabalho, ou seja, de que o fenômeno das drogas na sociedade é multifacetado, importando sua responsabilidade criminal como elemento definidor e a política criminal como o campo de aplicação das finalidades sociais nem sempre produto do esforço racional das instituições ou de determinada teoria jurídico-penal, o objetivo da presente dissertação é destacar a importância do pensamento crítico frente à construção da responsabilidade criminal, ao mesmo passo que analisar o processo de formação da política criminal, observando seus limites a partir do prisma democrático.

A simples menção a qualquer questionamento relacionado às drogas já desperta sentimentos e paixões. Por outro lado, ao menos nos últimos dez anos, o ambiente acadêmico brasileiro e, também, o internacional produziu extensas obras de análise a respeito do tema “drogas”.

Nesse sentido, o desafio desta obra se deu em buscar enfoques ainda pouco considerados na compreensão da criminalização de drogas, sintonizando tendências e aplicações da contemporaneidade como medida de incentivo a geração de novos trabalhos e consolidação dos fundamentos democráticos que sustentam a sociedade brasileira.

Portanto, nos graus de Fernando Pessoa mencionados em epígrafe, o esforço científico apresentado pretende em primeiro anseio a libertação das noções pré-concebidas a respeito do tema das drogas e o aprimoramento do conteúdo científico em disponibilidade, em segunda medida, a elevação do debate acadêmico interdisciplinar mediante a análise dos argumentos que ora se expõe. E por fim, se no mais tudo falhar, que ao menos agrade.

1 A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

1.1. A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL COMO CONCEITO CHAVE PARA A DEFINIÇÃO DE DROGAS

A responsabilidade criminal abrange um conjunto de doutrinas, normas, princípios e um conjunto normativo de ideias subjacentes nos termos das quais, tais normas, doutrinas e práticas são interpretadas e justificadas. Da mesma forma, abrange, ainda que menos observado pelos teóricos do direito criminal, um conjunto de arranjos institucionais que os coloca em prática (LACEY, 2016, p. 1, tradução nossa).¹

Assim, a investigação se inclina para os elementos de construção do processo de responsabilização criminal relativa ao tratamento das substâncias consideradas ilícitas, sendo esta a primeira relevante intervenção conceitual, na medida em que a compreensão do que é droga se mostra essencial para o entendimento da sua relação com os mecanismos de intervenção estatal, em especial o direito penal.

Neste sentido, observa Alex Stevens: A hipótese de que as drogas envolvem criminalidade é central para o nosso conceito a respeito do que é droga. Nós temos outros nomes para substâncias de efeito similar, cuja posse não é ilegal, como o álcool, tabaco e os remédios. A categoria “droga” veio para incluir apenas aquelas substâncias que são legalmente proibidas. Como isso veio a acontecer? Por que é crime possuir *cannabis*, mas não *vodka*? (STEVENS, 2017, p.825, tradução nossa)²

Em semelhante abordagem, questiona Toby Seddon: Por que alguns intoxicantes que são etiquetados como “droga” merecem a atenção da criminologia enquanto outros não? Por que não a substância considerada como a droga mais prejudicial de todas (álcool), ou aquela que mais mata pessoas todos os anos (tabaco), ou, a propósito, aquela que é a mais popular no mundo no gosto de seus consumidores? Alguns podem afirmar que a resposta é simples: substâncias consideradas como drogas são exclusivamente aquelas que são

¹ No original: Criminal responsibility encompasses a set of doctrines rules and principles, and an underlying set of normative ideas in terms of which those rules, doctrines and practices are interpreted and justified. It also encompasses, though this is less often remarked by criminal law theorists, a set of institutional arrangements for putting them into practice (LACEY, 2016, p.1).

² The assumption that drugs involve criminality is central to our concept of what a drug is. We have other names for substances that have similar effect but are not illegal to possess, like alcohol, tobacco and medicines. The category of “drugs” has come to include only those substances which are legally prohibited. How did this come to be? Why is it a crime to possess cannabis, but no vodka? (STEVENS, 2017, p. 825)

proibidas, na medida em que fornecedores e usuários estão sujeitos às sanções penais. (SEDDON, 2017, p. 704, tradução nossa).³

Ainda, o pensamento de Salo de Carvalho: A criminologia etiológica mantém diversas pesquisas voltadas à resposta da indagação “*por que determinadas pessoas usam drogas? a crítica, perguntará por que certas substâncias são consideradas lícitas e outras ilícitas?*” (CARVALHO, 2016, p.37).

Dentro deste aspecto, importa observar que o contexto de criminalização das drogas opera de modo multifacetado, incluindo a participação de agentes sociais e de argumentos de várias naturezas, buscando-se, no escopo desta investigação, a especial análise de sua construção como parte de movimentos históricos internacionais e dos influxos da dogmática jurídico-penal.

Para tanto, destaca-se, *ab initio*, o alerta que faz Salo de Carvalho:

No direito, a cegueira provocada pelo positivismo dogmático invariavelmente tem obscurecido a necessária abertura do tema aos demais ramos do saber. Por este motivo, as investigações realizadas no direito penal e processual das drogas são profundamente limitadas às avaliações exegéticas, meramente descritivas, das leis em vigor e das variações jurisprudenciais. Os estudos alienígenas no âmbito das ciências jurídicas, quando são realizados, normalmente ocorrem de forma incidental, como justificadores ou interrogadores de determinados posicionamentos político-criminais consolidados (CARVALHO, 2016, p.36).

A categoria da responsabilização criminal, relacionada com os crimes de tráfico e uso de drogas, funciona doravante como a prosopopeia linguística de ferramenta do discurso que se propõe, hábil a trazer ao plano da retórica as inconvenientes constatações do plano científico.

No caso de uma antinomia ética, de conflitos éticos sobre os valores últimos, o sábio, o poeta se refere a autoridades, e um dos recursos retóricos que vai empregar - exatamente como fazem os homens políticos - é a prosopopeia, figura de retórica que consiste em falar no lugar de uma realidade ausente em nome de alguma coisa: isso pode ser uma pessoa, os ancestrais, a linhagem, o povo, a opinião pública. Fala-se, portanto, em nome de um conjunto que se faz existir pelo fato de se falar em seu nome (BORDIEU, 2010, p.81).

³ Why should the intoxicants that we label as “drug” be worthy of criminological attention but not others? Why not the substance ranked by some experts as the most harmful of all (alcohol), or the one that kills the most people every year (tobacco), or, for that matter, the one that is the most popular globally amongst consumers (coffee)? Some might say the answer is simple: substances labeled as drugs are the only ones that are prohibited, meaning that suppliers and users are subject to criminal sanctions. But this is a circular answer, and of course, a Western-centric one, as there are several countries in African and the Middle East where alcohol is currently prohibited (SEDDON, 2017, p.704).

A abordagem dogmática jurídico-penal, por meio de Jorge Figueiredo Dias, contribui no sentido de que: O esforço é compreender a formação da responsabilidade criminal dentro do contexto de formação da sociedade e doravante do que se vem a denominar por Estado.

Neste raciocínio, esta tarefa de seleção ou eleição não pode ser levada a cabo sem uma valoração ético-social do comportamento e não se dilui por isso no delito geral de desobediência de que falava Binding. O fenômeno da criminalização e da descriminalização é decerto inseparável da evolução sociocultural no seu mais amplo sentido; mas ele depende sempre, em último termo, das finalidades que com o direito penal se procuram servir, da sua teleologia específica e das intenções político-criminais, não da forma como a valoração seja levada a cabo por outros ramos do direito (DIAS, 2012, p. 17).

Pensar a respeito da criminalização como resultado e ação é atravessar a distinção entre o legal e a construção social do crime: tanto resultado como ação são moldados pelo direito e por dinâmicas sociais mais amplas. Todavia, enquanto a contribuição jurídica à criminalização do resultado é feita sobretudo pela lei penal, as ações de criminalização estão estruturadas principalmente pelas normas de processo penal, direito constitucional, e nas normas de direito público que definem as responsabilidades e poderes dos agentes da justiça criminal (LACEY, 2017, p. 59, tradução nossa).⁴

Com efeito, a questão de se um infrator é responsável por uma ofensa, as normas e os mecanismos institucionais que assim o definam e provem tal responsabilidade é conhecimento essencial ao núcleo da modalidade de justiça criminal: distinguir culpa de inocência, conduta legítima da ilegítima (LACEY, 2016, p.1, tradução nossa).

O conceito de responsabilidade criminal também se encontra sedimentado na análise da evolução do pensamento da dogmática jurídico-penal, em especial no desenvolvimento da teoria geral do delito ou teoria da conduta. A investigação preliminar, assim, há que refletir acerca do papel centralizador do pensamento jurídico como medida justificante da intervenção do Estado, seguramente em sua mais prejudicial forma, uma vez que culmina com a possibilidade de privação da liberdade do indivíduo.⁵

⁴ No original: Thinking about criminalization as outcome and as practice cuts across the distinction between legal and social constructions of crime: both outcomes and practices are shaped by law and by broader social dynamics. But while the legal contribution to criminalization outcomes is made primarily by criminal law, practices of criminalization are structured primarily by rules of criminal procedures, constitutional law, and public law rules defining the responsibilities and powers of criminal justice officials.

⁵ A relação entre uma simples ação e o seu entendimento enquanto violência, entre esse ato qualquer entendido como violência e a sua transformação em crime, entre essa conduta transformada em crime e a responsabilização pelo seu autor, entre a responsabilização de seu causador e a punição dada a ele, entre a punição dada e o seu entendimento enquanto castigo, entre a aplicação de um castigo e o seu entendimento

Com efeito, a probabilidade de que cada ato individual cause danos fica aquém do patamar mínimo de gerador de preocupação, mas o conjunto de ações pode apresentar uma significativa probabilidade de dano. Se diferentes pessoas realizarem os diferentes atos que configuram uma totalidade, ninguém será responsável pelo medo resultante. Tampouco se pode atribuir a alguém uma parte identificável do medo (NOZICK, 2011, p. 92).

As ideias relevantes para o propósito de desenrolar a trajetória da responsabilidade criminal são as narrativas sociais dominantes, conhecimentos e entendimentos dos contornos normativos da responsabilização (LACEY, 2016, p.2, tradução nossa)⁶.

Seria um equívoco presumir que as ideias de responsabilização, em particular, a responsabilização individual, são exclusivamente produto da consciência moderna pós-iluminista. Nesta visão, tudo que necessitamos é de um claro sentido de estrutura conceitual de responsabilidade: há uma resposta correta para como a responsabilidade deve ser entendida, e como se deve presumir o conceito devidamente delineado, ou ainda, tratá-lo como se tivesse, status metafísico.

A abordagem filosófica predominante da responsabilidade fracassa ao considerar a extensão na qual as concepções da responsabilidade foram sendo alteradas no decorrer da história das sociedades modernas, e em como, a seu turno, estas mudanças substanciais se relacionam com o desenvolvimento de instituições e ideias no seu contexto econômico, cultural e político (LACEY, 2016, p.5).⁷

Um dos modos de responder a tais questionamentos seria o de presumir que a política sobre drogas é produto de um processo racional fundamentado em provas. O processo envolveria a criação de informações objetivas acerca da natureza e escala dos danos e

enquanto aspecto pedagógico, entre a educação e a moral a moral e o direito, dentre outras possibilidades relacionais que existem em nossa realidade interacional, são apenas construções sociais em que atribuímos significados e valores distintos a determinadas épocas e lugares (ROSA et al, 2017, p.239) Com maior aprofundamento a respeito do desenvolvimento de tais interações no Cap.2, quando se tratar do abolicionismo penal.

⁶ The relevant ideas for the purpose of unraveling the trajectory of criminal responsibility are the prevailing social narratives, knowledges, and understandings of the normative contours and significance of responsibility (LACEY, 2016, p.2).

⁷ It would of course be a mistake to assume that ideas of responsibility, and in particular of individual responsibility, are exclusively a product of modern, post-Enlightenment consciousness. On this view, all we need is a clear sense of the conceptual structure of responsibility: there is a right answer to how responsibility should be understood, and this properly delineated concept is either assumed to have, or is treated as if it had, metaphysical status. The predominant philosophical approach to responsibility fails to consider the extent to which conceptions of responsibility have shifted over the course of the history of modern societies, and of how in turn these substantives shifts relate to the development of institutions and ideas in their economic, cultural and political contexts (LACEY, 2016, p. 9).

potenciais benefícios do uso de drogas. Todavia, a política sobre drogas, como a maior parte das políticas públicas – não foi criada desta maneira.

Por exemplo, os potenciais benefícios do uso de drogas são raramente considerados nas discussões sobre política sobre drogas, embora haja muitas estimativas sobre os danos. Algumas políticas que se provaram efetivas na redução dos danos no Reino Unido e em outros lugares foram encerradas ou nem oficialmente iniciaram (...) Outras políticas, as quais nunca foram propriamente avaliadas – como o investimento maciço no policiamento de usuários de drogas, controle de fronteiras e longo tempo de encarceramento para os apenados nos crimes de drogas – permanecem na ausência de provas de que reduzem os danos (STEVENS, 2017, p. 825, tradução nossa).⁸

Neste ímpeto, o avançar da investigação no presente capítulo pretende traçar os marcos históricos de subsunção da conduta delitiva relacionada com os crimes de uso e tráfico de drogas, estabelecendo as impressões iniciais e circunstâncias que permearam a configuração da conduta descrita como tipo penalmente imputável.

Mais adiante, no mesmo foco, deverá ser descrita a evolução dogmática no pensamento jurídico-penal acerca da responsabilização criminal, estabelecendo-se os pontos de identidade com a figura típica dos crimes de drogas e seu tratamento doutrinário.

Afinal de contas, o fenômeno das drogas e sua relação com o encarceramento em massa e demais mazelas sociais é algo relativamente recente, como se pretende demonstrar.

1.2. ELEMENTOS DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS DROGAS

Esta percepção de universalidade do desejo psicoativo humano talvez sugira que a história do nosso relacionamento com as substâncias de alteração de consciência é igualmente universal e invariável. Na verdade, é exatamente o oposto.

Uma das características consistentes da história do uso de intoxicantes na sociedade é como suas práticas e preferências são ligadas pela cultura e pela geografia. Os exemplos aqui são infinitos, mas incluem: Beber vinho na Grécia Antiga e Roma e posteriormente no lado europeu do Mediterrâneo; o mascar de folhas de coca na região andina da América do Sul; o

⁸ One way to go about answering such questions would be to assume that drug policy is a product of rational, evidence-based process. It would involve the creation of objective information about the nature and scale of the harms and enhance benefits of drug use. But drug policy – like most other public policies – is not made this way. For example, the potential benefits of drug use are very rarely considered in drug policy discussions, although there have been many estimates of the harms. Some policies which have been proven to be effective in reducing harms in the UK and elsewhere have been ended or never officially started. (...) Other policies which have never been properly evaluated – like major investment in the policing of drug users, in border control and in long-term imprisonment of drug law offenders – continue in the absence of evidence that they reduce harms (STEVENS, 2017, p. 825).

fumar de haxixe na Ásia e no Oriente-Médio e o beber de cerveja no norte da Europa⁹. Isto nos diz algo muito importante: práticas de intoxicação são ligadas e profundamente incorporadas dentro do estilo de vida de uma sociedade e por isso são ricas em conhecimentos para o observador cultural aguçado.

Estas diferentes histórias culturais de intoxicação são formadas por múltiplos fatores: geografia, clima, religião, política e comércio. Em um sentido importante, estas histórias psicoativas fornecem uma janela através da qual pode-se ver trajetórias da existência humana muito mais gerais e amplas. O contrário também é verdade: se apenas compreendermos a trajetória ou preferência e as práticas de intoxicação como particularidades em um sentido estreito, sem as enxergar como parte de um quadro maior, nossa visão restará míope (SEDDON, 2017, p. 706, tradução nossa).¹⁰

Sob a mesma ótica, argumenta-se que o estudo da responsabilização criminal esteve ocupado precipuamente com a questão: o que é – seu contorno conceitual e fundamentos morais – em vez de para o que é – seu regramento social, significados e funções. Em oposto, deve-se argumentar que não se pode entender o que é responsabilidade, ou o que tenha sido, a menos que se questione o para que serviu em diferentes eras e lugares (LACEY, 2016, p.2, tradução nossa).¹¹

⁹ A respeito do funcionamento do sistema de justiça germânico: O Direito Penal se caracterizava por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo. A composição judicial distinguia três espécies principais: a) Wergeld – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) Busse – soma (preço) que o delinquente pagava à vítima ou à sua família, pela compra do direito de vingança; e c) Friedgeld ou Fredus – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz. A composição, determinada por um processo histórico de mutação, deu origem à multa, que passou a integrar o sistema de penas, e à indenização civil de caráter jurídico-privado (PRADO, 2012, p.35).

¹⁰ This sense of universality of human psychoactive desire might suggest that the story of our engagement with mind altering substances is equally universal and unvarying. In fact, the opposite is the case. One of the consistent features of the history of intoxicant use in society is how practices and preferences are culturally and geographically bound. The examples here are endless but include: wine drinking in Ancient Greece and Rome and later the European side of the Mediterranean; coca leaf chewing in the Andean region of South America; hashish smoking in Asia and the Middle East; and beer drinking in Northern Europe. This tells us something very important: practices of intoxication are bound up with and deeply embedded within the way of life of a society and so are rich with insights for the keen cultural observer. These different cultural histories of intoxication are shaped by multiple factors: geography, climate, religion, politics, and trade. In an important sense, these psychoactive histories provide a window through whichever we can see much more general and wide trajectories of human existence. The converse is also true: if we only understand trajectories of preferences and practices of intoxication as very particular stories in a narrow sense, without seeing them as part of a bigger picture, then our vista is myopic (SEDDON, 2017, p.706).

¹¹ No original: Most of the burgeoning scholarship on criminal responsibility has been occupied primarily with the first of these questions: what it is – its conceptual contours and moral foundations – rather than what it is for – its social rules, meaning and functions (...) By contrast I will argue that we cannot understand what responsibility is, or has been, unless we also ask what it has been for at different times and in different places (LACEY, 2016, p.2).

Assim, a premissa de trabalho desta investigação caminha no sentido de buscar o movimento durante o qual se permite identificar os elementos essenciais da construção da responsabilidade criminal dos crimes de drogas, em especial refazendo seu percurso histórico e dos argumentos políticos que sustentam a atual conjuntura.

Esta percepção de universalidade do desejo psicoativo humano talvez sugira que a história do nosso relacionamento com as substâncias de alteração de consciência é igualmente universal e invariável. Na verdade, é exatamente o oposto. Uma das características consistentes da história do uso de intoxicantes na sociedade é como suas práticas e preferências são ligadas pela cultura e pela geografia. Os exemplos aqui são infinitos, mas incluem: Beber vinho na Grécia Antiga e Roma e posteriormente no lado europeu do Mediterrâneo; o mascar de folhas de coca na região andina da América do Sul; o fumar de haxixe na Ásia e no Oriente-Médio e o beber de cerveja no norte da Europa¹². Isto nos diz algo muito importante: práticas de intoxicação são ligadas e profundamente incorporadas dentro do estilo de vida de uma sociedade e por isso são ricas em conhecimentos para o observador cultural aguçado.

Estas diferentes histórias culturais de intoxicação são formadas por múltiplos fatores: geografia, clima, religião, política e comércio. Em um sentido importante, estas histórias psicoativas fornecem uma janela através da qual pode-se ver trajetórias da existência humana muito mais gerais e amplas. O contrário também é verdade: se apenas compreendermos a trajetória ou preferência e as práticas de intoxicação como particularidades em um sentido estreito, sem as enxergar como parte de um quadro maior, nossa visão restará míope (SEDDON, 2017, p. 706, tradução nossa).¹³

¹² A respeito do funcionamento do sistema de justiça germânico: O Direito Penal se caracterizava por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo. A composição judicial distinguia três espécies principais: a) Wergeld – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) Busse – soma (preço) que o delinquente pagava à vítima ou à sua família, pela compra do direito de vingança; e c) Friedgeld ou Fredus – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz. A composição, determinada por um processo histórico de mutação, deu origem à multa, que passou a integrar o sistema de penas, e à indenização civil de caráter jurídico-privado (PRADO, 2012, p.35).

¹³ This sense of universality of human psychoactive desire might suggest that the story of our engagement with mind altering substances is equally universal and unvarying. In fact, the opposite is the case. One of the consistent features of the history of intoxicant use in society is how practices and preferences are culturally and geographically bound. The examples here are endless but include: wine drinking in Ancient Greece and Rome and later the European side of the Mediterranean; coca leaf chewing in the Andean region of South America; hashish smoking in Asia and the Middle East; and beer drinking in Northern Europe. This tells us something very important: practices of intoxication are bound up with and deeply embedded within the way of life of a society and so are rich with insights for the keen cultural observer. These different cultural histories of

Sob a mesma ótica, argumenta-se que o estudo da responsabilização criminal esteve ocupado precipuamente com a questão: o que é – seu contorno conceitual e fundamentos morais – em vez de para o que é – seu regramento social, significados e funções. Em oposto, deve-se argumentar que não se pode entender o que é responsabilidade, ou o que tenha sido, a menos que se questione o para que serviu em diferentes eras e lugares (LACEY, 2016, p.2, tradução nossa).¹⁴

Assim, a premissa de trabalho desta investigação caminha no sentido de buscar o movimento durante o qual se permite identificar os elementos essenciais da construção da responsabilidade criminal dos crimes de drogas, em especial refazendo seu percurso histórico e dos argumentos políticos que sustentam a atual conjuntura.

1.2.1 Aspectos históricos

A tarefa de traçar os antecedentes históricos do relacionamento humano com as drogas remonta aos tempos mais remotos de formação social. Neste esforço acadêmico, pretende-se recortar esta trajetória, observando-se os pontos de conexão entre os marcos históricos e as questões de imputação de responsabilidade penal.¹⁵

Não é novidade que a busca humana pela alteração da consciência existe e existiu em todas as épocas e sociedades das quais se tem conhecimento. Desde tempos imemoriais, as drogas têm enriquecido experiências religiosas, curativas e recreacionais, impregnando a convivência humana e as relações culturais de maneira indissociável (DIORIO, 2018, p.209).

Para desbanalizar e para superar a amnésia dos inícios inerentes à institucionalização, é importante voltar aos debates iniciais que levam a perceber que, ali onde nos restou um

intoxication are shaped by multiple factors: geography, climate, religion, politics, and trade. In an important sense, these psychoactive histories provide a window through which we can see much more general and wide trajectories of human existence. The converse is also true: if we only understand trajectories of preferences and practices of intoxication as very particular stories in a narrow sense, without seeing them as part of a bigger picture, then our vista is myopic (SEDDON, 2017, p.706).

¹⁴ No original: Most of the burgeoning scholarship on criminal responsibility has been occupied primarily with the first of these questions: what it is – its conceptual contours and moral foundations – rather than what it is for – its social rules, meaning and functions (...) By contrast I will argue that we cannot understand what responsibility is, or has been, unless we also ask what it has been for at different times and in different places (LACEY, 2016, p.2).

¹⁵ A investigação histórica possibilita desestabilizar o que está posto no presente como verdade, o que aparece como óbvio e incontestável, perturbando as concepções arraigadas na sociedade e reproduzidas pelas instâncias de poder – sejam elas formais ou informais – como forma de naturalizar as ideologias que lhes são convenientes (DIORIO, 2018, p.225,).

único possível, havia vários possíveis com campos agarrados a esses possíveis (BORDIEU, 2012, p.167).

Assim, cumpre questionar logo de início os elementos e antecedentes históricos de registro dos marcos de responsabilidade criminal associada aos crimes de drogas ilícitas, partindo-se do liame de raciocínio consistente na atualidade do fenômeno.

Se a utilização de substâncias psicoativas sempre fez parte das dinâmicas sociais, por que hoje, ao menos nas sociedades ocidentais, a existência em si e o uso de drogas estão inevitavelmente associados às ideias de desorganização social e psíquica, de crime e vício? Por que o uso de drogas, desde sempre alicerçado em práticas culturais, é hoje lido essencialmente como problema? Quais foram os processos históricos e sociais que naturalizaram entre nós a droga como algo negativo? (DIORIO, 2018, p.210).

1.2.1.1. Drogas e as sociedades antigas

Da Antiguidade nos chega um conceito – exemplificativamente exposto pelo grego *phármakon* – que indica remédio e veneno. Nem uma coisa nem outra, senão ambas inseparáveis. Cura e ameaça se solicitam reciprocamente nesta ordem de coisas. Alguns fármacos serão mais tóxicos, outros menos, mas nenhum será substância inócua ou mero veneno. Por seu turno, a toxicidade é algo matematicamente expresso, como margem terapêutica ou proporção entre dose ativa e dose mortífera ou incapacitante. A fronteira entre o prejuízo e o benefício não existe na droga, senão na sua utilização por parte do indivíduo. Falar de fármacos bons e maus para um pagão era algo tão incomum como falar de amanheceres culpados e amanheceres inocentes (ESCOHOTADO, 2008, p. 20).

Neste raciocínio, o desenvolvimento da noção de prejuízo ou ofensa a um bem comum não encontra respaldo na acepção originária do relacionamento com as drogas, com maior propriedade, a própria terminologia empregada para a distinção de condutas penalmente imputáveis é fruto mais do esforço unilateral do Estado do que resultado da evolução do conhecimento científico acerca do tema.

Na origem de semelhantes atropelos ao sentido comum está a evolução semântica experimentada no início do século pelo termo narcótico – do grego *narkoun*, que significa adormecer e sedar – aplicado até então sem conotações morais a substâncias indutoras do sonho ou sedação. No inglês, *narcotics*, traduzido ao francês *estupéfiants*, o mesmo que chamamos de estupefacientes. Ao incorporar o sentido moral, os narcóticos perderam a

nitidez farmacológica e passaram a incluir drogas que em nada induzem sedação ou sonho, excluindo uma ampla gama de substâncias narcóticas em sentido estrito.

Desde o princípio, a enumeração realizada pelas leis encontrou uma realidade irritante: nem tudo era aquilo que era. Após várias décadas de esforço em tentar conseguir uma definição técnica de estupefaciente, a autoridade sanitária internacional declarou o problema insolúvel pelo caráter extrafarmacológico, propondo classificar as drogas em lícitas e ilícitas (ESCOHOTADO, 2008, p. 21).

O desafio inicialmente proposto reside na própria definição do termo, seja pela sua evolução no tratamento social ou pelos critérios científicos modernamente utilizados.¹⁶

Com relevo, importa reconhecer que o tratamento da autonomia da vontade encontra respaldo desde a formação dos Estados, em maior ou menor grau, garantindo o mínimo de manifestação autônoma do indivíduo na esfera privada. Ocorre que, em relação a questão das drogas, há um marco de exceção severamente inserido no contexto social, escapando da proteção jurídica costumeira, seja ela de origem constitucional ou tradicional.

Para ser mais exato, não há uma única Constituição no planeta que diga que o Estado assume tal supervisão de modo geral e por direito próprio, pois até mesmo aquelas mais afeitas aos regimes totalitários reconhecem direitos subjetivos incompatíveis com uma tutela elevada a tal extremo. Por conseguinte, o que ocorre em matéria de drogas deverá ser considerado uma exceção à regra que defende a autonomia da vontade individual (ESCOHOTADO, 2008, p. 23).

Com efeito, importa desde já o alerta para o afastamento desta investigação de uma eventual descrição indicativa de dispositivos ou de posições dominantes, desprendendo-se, portanto, de uma eventual Teoria Geral do Poder.¹⁷

¹⁶ O que é droga? Se tomarmos como referência as leis norte-americanas (*Food, Drug, and Cosmetic Act*), que regulam o uso de remédio e alimentos daquele país, droga é definida como: (i) substância reconhecida por farmacopeia oficial; (ii) substância utilizada no diagnóstico, cura, alívio, tratamento ou prevenção de uma doença (iii) substância não alimentícia usada para afetar a estrutura ou a função do corpo; (iv) substância usada como componente de um remédio. **Do ponto de vista da neurociência, embora não exista convenção formal para o uso do termo, pode-se dizer que toda substância capaz de alterar parâmetros biológicos é uma droga. Portanto, a despeito das circunstâncias legais, políticas e históricas, do ponto de vista biológico, o termo droga pode ser atribuído a todos os fármacos e substâncias psicoativas, além de muitos alimentos.** Numa sociedade livre e esclarecida o debate sobre a melhor forma de regular o consumo de drogas deve pautar-se exclusivamente pelo conjunto de efeitos que produz. O efeito de uma droga é produto da interação de três fatores: 1) a substância em questão com seu modo de ingestão, composição molecular e especificidades farmacológicas; 2) o corpo que recebe a droga, com sua história de vida, marcas biológicas e predisposições inatas 3) o ambiente físico e social em que ocorre o uso. (RIBEIRO, S; MALCHER-LOPES, R.;MENEZES,J.R.L. Drogas e neurociências. Boletim IBCCRIM, São Paulo, outubro 2012.

¹⁷ Quando se trata de analisar a normatividade dos comportamentos, em se desprender do que seria uma Teoria Geral do Poder ou das explicações pela Dominação em geral, **e em tentar fazer a história e a análise dos procedimentos e das tecnologias de governabilidade** (FOUCAULT,1983, p.41, grifo nosso).

O Estado Teocrático se sentia legitimado para legislar sobre assuntos de consciência e nesta fundamentação decretou duras perseguições de cunho espiritual contra a heresia, a apostasia e o livre-pensamento. Os Estados pós-Teocráticos desencadearam também atividades de cunho similar – contra a crença comunista, sionista, burguesa, etc – e não menos implacáveis. Sem embargo, até 1971, nem a administração teocrática nem a democrática estenderam as faculdades do governo em vigiar a percepção do estado de ânimo, ainda que desde a antiguidade mais remota existissem inúmeros fármacos capazes de influenciar em um ou outro (ESCOHOTADO, 2008, p.23).

Ainda que não haja sido no passado, elegemos nossos venenos de acordo com a tradição, sem levar em conta a farmacologia: são as atitudes sociais que determinam quais são as drogas admissíveis e atribuem qualidades éticas aos produtos químicos (ESCOHOTADO, 2008, p. 24).

Observa-se que a formatação do uso de drogas na sociedade vem inicialmente destacado pela configuração do relacionamento do homem com o divino, ou do homem com a doença, aproximando o caráter institucional representando pelo sagrado, na religião, ou nos estágios iniciais da medicina, onde se busca cura.

Novamente, não há neste estágio qualquer veiculação de responsabilidade criminal pelo uso ou comércio de drogas, sendo inclusive, em determinadas ocasiões circunstâncias, esperada a alteração de consciência.¹⁸

Se buscamos um fator comum às diversas instituições dos povos antigos, pode-se considerar permanente o temor universal da impureza (*miasma*) e seu correlato, o desejo universal de purificação ritual (*katharsis*). Junto a este termo e desejo reina de modo praticamente hegemônico a ideia de enfermidade como castigo divino, manifestada em terminologia como a assíria *shertu*, que significa simultaneamente dor, castigo e ira divina (ESCOHOTADO, 2008, p. 34).

Em correspondência com o princípio da enfermidade/castigo e a oposição pureza/impureza aparece a instituição religiosa fundamental do sacrifício, núcleo de todos os cultos religiosos conhecidos, tanto atuais como do passado. O sacrifício é um *sacer facere*, ou

¹⁸ Dentro do campo de estudos da Antropologia, trabalha-se com a noção de “estado alterado de consciência. Observa-se que nas mais diversas sociedades, em diversos lapsos temporais, há situações em que se aceita, e até mesmo se espera que o indivíduo assuma um papel dentro do contexto social diferente daquele que exerce em sua rotina (VELHO, Gilberto. Drogas, níveis de realidade e diversidade cultural. In RIBEIRO, Maurices de Melo. Drogas: Hegemonia do Cinismo. São Paulo: Memorial, 1997, p.62).

fazer sagrado, que tenta uma ponte entre o mundo humano e o divino (ESCOHOTADO, 2008, p.35).

Assim, a demarcação da utilização das drogas pela sociedade organizada importa de certo modo à relação com a teoria do sujeito, a partir da qual se procuraria destacar, em sua historicidade, os diferentes modos de ser da subjetividade, à análise das modalidades e técnica da relação consigo, ou ainda à história dessa pragmática do sujeito em suas diferentes formas (FOUCAULT, 1983, p.42).

Na observação de ESCOHOTADO, a vítima do sacrifício expiatório se chamava em grego *pharmakós* e o veículo do êxtase xamânico era denominado *pharmakon*. Alterando-se a consoante final e o acento final a mesma palavra vem a designar coisas que a princípio não possuem vínculo algum. O *pharmakós* pertence ao sacrifício/oferenda e o *pharmakon* ao sacrifício/comunhão (ESCOHOTADO, 2008, p.42).

Em definitivo, o *pharmakon* era um *pharmakós* impessoal, quase sempre botânico. Em vez de purificar a um indivíduo ou a uma coletividade pela proteção do *miasma* de outro ser humano, livrava alguém determinado de uma impureza também determinada por um caminho sem paranoia, realista, expulsando pura e simplesmente o *miasma* daquele sujeito, como um laxante aos intestinos. Sem qualquer elemento mágico como veículo catártico objetivo, este conceito definirá o conjunto de tratados médicos *Corpus hippocraticum*. Aliviar um mal (possível ou efetivo) e expulsar uma impureza são a mesma coisa (ESCOHOTADO, 2008, p.45).

Notadamente, um dos primeiros registros de responsabilização criminal relacionada com o manuseio de drogas se encontra na Mesopotâmia, todavia, ainda precipuamente relacionado com a crença coletiva na veracidade dos produtos submetidos a comercialização, em maior grau de relação com o tipo penal hoje previsto sob o título de crimes contra saúde pública.¹⁹

O famoso Código de Hamurábi (século XVIII antes da Era Comum), cujos preceitos sobre casa de bebida ou tabernas mostram a importância da difusão do vinho nesta época. O artigo 108 estabelece que se um comércio rebaixa a qualidade da bebida, e isto fosse provado, jogam-se à água. Considerando que o afogamento é uma das três formas de pena capital

¹⁹ Como por exemplo, no Código Penal brasileiro: Art. 272 - Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo e ainda, **Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.** Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

prevista no Código, não há dúvida de que os babilônios se asseguravam a fundo contra as manipulações em seus vinhos de tâmaras (ESCOHOTADO, 2008, p.74).

Assim, a franca utilização individual ou coletiva de determinada droga se encontrava a par das manifestações jurídicas estabelecidas no período destacado, a salvo da integridade do produto culturalmente estabelecido como de uso comum.

Ao homem de hoje seria surpreendente que a homologação dos antibióticos estivesse a cargo do Comitê Olímpico, ou que a autorização para lançamento de satélites meteorológicos correspondesse à Ordem dos Advogados. A ninguém parece chamar atenção que a cruzada farmacológica tenha sido colocada em marcha por um bispo anabatista e alguns missionários, nem que a regulamentação em vigor sobre fármacos seja elaborada em comissões e posteriormente assumida pela autoridade sanitária, ao invés do contrário (ESCOHOTADO, 2008, p.25).

A esta correlação genérica entre o todo e a parte se adiciona o caso das drogas, o qual semeia questionamentos nucleares sobre os limites do discernimento adulto, a relação entre lei positiva e moral, o sentido do paternalismo político, a dinâmica do prejuízo e a polêmica da eutanásia, só para mencionar o mais evidente (ESCOHOTADO, 2008, p.25).

No continente americano, desde o vale do Mississipi até o Sul, aparece uma flora psicoativa extraordinariamente rica, tanto no âmbito dos estimulantes mais ou menos leves (coca, mate, guaraná, cacau), como de plantas ricas em princípios visionários, como outras de difícil classificação, entre as quais se destaca o tabaco. O cânhamo, a papoula e a videira, foram trazidos pelos espanhóis e portugueses quando se inicia a colonização. Pode-se dizer que as zonas onde subsistiram caçadores e coletores há sempre várias drogas de cunho xamânico (ESCOHOTADO, 2008, p.68).

Mais adiante, é possível destacar umas das primeiras incursões do Direito Penal no tratamento do tema, no comportamento adotado pela organização social inca, relativamente ao uso da coca.²⁰

Com efeito, usar livremente coca era um privilégio da oligarquia, concedendo-se como um favor gracioso aos soldados, camponeses e mensageiros. Mascar sem autorização constituía um crime de lesa-majestade. Assim, era o caso de uma parte considerável do tributo de trabalho se concentrava em produzir os chamados pães de coca – consumidos pela

²⁰ Ao que parece, a palavra coca deriva da língua aimará e significa simplesmente planta ou árvore (ESCOHOTADO, 2008, p.118).

Corte em enormes quantidades – enquanto ao mesmo tempo se controlava o consumo pela população em geral, consolidando um sistema de proibição (ESCOHOTADO, 2008, p.119).

O período histórico da Grécia Antiga e Clássica é marcado pela secularização de quase todas as drogas, inexistindo repressão nos ordenamentos jurídicos até então em vigor, a salvo do abuso do álcool, extraindo-se do diálogo de Plantão em *As Leis*, premissas de tratamento acerca do vinho: *Começaremos por fazer uma lei que proíba aos jovens de provar vinho até a idade de dezoito anos (...) e até aos trinta anos nossa lei prescreverá que o homem prove o vinho com equilíbrio, ainda que abstendo-se radicalmente de embriagar-se em excesso.*²¹

Mais adiante, é possível destacar nova manifestação jurídica a respeito do tema, desta feita pelos romanos, por meio da *Lex Cornelia*,²² único preceito genérico de substâncias modificadores do ânimo, que esteve vigente desde os tempos republicados até a decadência do Império, onde se lê: *Droga é uma palavra indiferente, onde cabe tanto o que serve para matar como o que serve para curar e os filtros de amor, mas esta lei somente reprovava o usado para matar alguém* (ESCOHOTADO, 2008, p. 172).

De modo geral, chama a atenção que na análise da responsabilização criminal no período greco-romano não há, assim como na época babilônica, qualquer imputação frente ao uso ou comércio de drogas. No caso, a preocupação jurídica relevante se concentrava da higidez do produto oferecido, na proteção do consumidor frente as falsificações, como qualquer produto de modo geral.

A ascensão do cristianismo na Europa houve por alterar as questões culturais relacionadas ao uso de drogas. Descartada a euforia como um fim em si mesma, e declarado

²¹ PLATÃO, Laws. 1999. Project Gutenberg.

²² Deve-se observar que o Direito romano implica em verdadeira ponte entre a sociedade antiga e o mundo moderna, dado sua presença significativa nos institutos ainda utilizados pelo direito, conforme Luiz Régis Prado acentua: Roma apresenta uma verdadeira síntese da sociedade antiga – servindo de liame entre o mundo antigo e o moderno –, e o seu Direito oferece um ciclo jurídico completo. Como base do sistema jurídico continental, o estudo do Direito Penal romano se revela de grande importância. Antes de adensá-lo, convém advertir que a análise dos principais caracteres do Direito Penal romano implica considerar as várias épocas ou etapas evolutivas da sociedade romana, haja vista que o Direito como objeto cultural se transforma conforme as mutações da sociedade que rege. Isso porque “durante os vinte e dois séculos de sua vigência (de 753 a.C. até 1453 d.C.), o Direito romano não permaneceu imutável em seus princípios ou invariável em seus fundamentos, mas passou por inúmeras transformações: o Direito romano do período da realeza (*jus civile*) não foi o mesmo que vigorou na época da República (direito pretoriano), no Império (direito jurisprudencial) ou após Justiniano (Direito justiniano e Direito bizantino). Seus princípios e normas foram se amoldando às circunstâncias de cada época. Pode-se, portanto, afirmar que não existe apenas um Direito romano, mas diversos, cada qual com suas características próprias”. Desse modo, fica claro que a partir da fundação legendária de Roma (753 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), a história romana se desenvolveu envolta em inúmeras vicissitudes e peculiaridades, com natural reflexo em seu Direito (PRADO, 2016, p.33).

que a vida humana não pertence ao seu detentor, mas sim à divindade, o campo tradicional das drogas experimenta um recorte decisivo.

No caso, os usos ritualísticos são diminuídos, a eutanásia então valorada na Roma antiga é visceralmente combatida e, por conseguinte o uso de drogas vai se alterando no espectro social (ESCOHOTADO, 2008, p.235).

Com efeito, a alteração de paradigma se converte no exercício do poder político pela religião instalada, a qual se vê obrigada a estabelecer normas de confronto com os poderes descentralizados exercidos pelos xamas, teosofistas, bruxas urbanas e rurais, dentre outros.

Neste sentido, uma cachoeira de normas vai precisar desde pontos de vistas distintos, que aqueles que exerçam as artes diabólicas serão tratados como homicidas, envenenadores e ladrões, tendo a mesma pena aqueles que os consultem. Os textos mais explícitos nesta direção são vários decretos do imperador Carlos Magno – cuja coroação também marca a ascensão do bispo de Roma a Papa – em especial um do ano 800 onde chama o ópio *obra de Satanás*, e indica *quem o toque incorre no crime de bruxaria e envenenador*.

E mais adiante, algo posterior em 873 há um decreto o qual se propõe a erradicar da face da *terra os ímpios, os fabricantes de filtros e os de veneno* (ESCOHOTADO, 2008, p.241).

Tal constatação se revela importante na medida em que, quando associada aos valores incentivados pelo capitalismo industrial como a disciplina, regularidade do trabalho e ausência de satisfação pessoal, opera o recrudescimento do uso de substâncias para alteração de consciência, explicando de modo significativo as escolhas sociais a respeito daquilo que se quer proibir.²³

Em outra esfera geográfica, se verifica que o uso de drogas na cultura árabe se encontrava sedimentado, mas encontrou também o recorte histórico da ascensão do poder religioso institucionalizado, ainda que levemente diferente do que ocorreu na Europa cristã.

Antes de inclinar-se ao fundamentalismo, cabe dizer que o islã considerava como estupefaciente a bebida alcoólica, preferindo outras drogas (ópio, cânhamo e café), por não enxergar uma fonte dos mesmos despropósitos ou mentiras, e por ser menos lesivas organicamente ao usuário (ESCOHOTADO, 2008, p.254).

Adiante, o pensamento liberal se espalha pela sociedade ocidental e inicia-se a seguir novo tratamento a respeito da responsabilização criminal, repercutindo no tratamento da questão das drogas.

²³ Para maior detalhamento remete-se ao segmento Opinião Pública e Política Criminal (Capítulo 2).

No caso, suprimido o lado de lesa-majestade dos delitos, todo o sistema de tradicional de justiça se derruba como um castelo de naipes. Em primeiro lugar, resulta inaceitável o sigilo de procedimento e do julgamento, arruinando-se a impunidade para toda sorte de delatores a soldo, cujo testemunho carece de valor senão se faz em nome próprio, frente ao risco de uma condenação por perjúrio.

Em segundo, o procedimento já não pretende confirmar uma suspeita, senão averiguar indiscutivelmente certos feitos, com os quais a presunção de culpa se converte em presunção de inocência. Em terceiro, se exige do juiz que investigue sem preconceitos (ESCOHOTADO, 2008, p.398).

Assim, os fármacos clássicos são novamente coisas irrelevantes, sem intervenções por parte do Direito Penal ou submetidos a qualquer responsabilização criminal. Ao contrário, há registros de uso de fumo por parte George Washington (1765) e Montesquieu (1721).

A cocaína por seu turno, avança no consumo social, ainda sem a delimitação clara acerca do eventual tratamento jurídico, todavia, seu imenso potencial de geração de lucros impulsiona novos modelos de segurança pública, cujas consequências mais tarde os países produtores ou de rota de passagem passaram a experimentar. ²⁴

No princípio do século XX vê-se três posturas claramente delimitadas. Uma fala de panaceia, outra de maldição e uma terceira – majoritária, considera a cocaína como um fármaco, veneno ou remédio, útil para algumas coisas e pernicioso para outras. Nada se sugere partir para ilegalidade até então e os casos de *overdose* somente ocorrem em consultas e salas de operação (ESCOHOTADO, 2008, p.468).

Com o avanço das relações comerciais no mundo, é possível destacar o tratamento das potências internacionais na questão do ópio, o que inclusive motiva o escalonamento militar. No caso, observa-se a formatação do ambiente propício ao início de legislação repressiva das drogas em âmbito internacional (VALOIS, 2016, p.72).

1.2.1.2. Origens do proibicionismo

Em primeiro lugar, entende-se por proibição o estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas para fins não medicinais ou

²⁴ A institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores – ou no caso do Brasil, país rota de passagem do comércio internacional – a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas (CARVALHO, 2016, p.61).

científicos. É esse o termo utilizado pelo regime internacional de controle de drogas, fundado nas Convenções capitaneadas pela ONU, assim como pelas legislações domésticas. Quando falamos em proibição, estamos nos referindo, portanto, a políticas de drogas essencialmente estruturadas por meio de normas penais.²⁵

As alterações sociais que impõe o capitalismo liberal e monopolista modificam substancialmente o modo de vida de muitas pessoas. Ainda que tais drogas fossem utilizadas por milênios, a descoberta de conservantes – substâncias estabilizadoras do álcool – permitiu armazená-lo e transportá-lo a grandes distâncias, dentre outros exemplos que se aplicam igualmente a drogas tradicionais. A criação da cocaína, com o isolamento do alcaloide da folha de coca por Albert Niemann em 1860 ou o isolamento da morfina, a codeína e a heroína, derivados do ópio, em 1804, 1832 e 1874 são dois outros significativos exemplos (SHECAIRA, 2018, p. 385).

Como relato exemplificativo desta mudança de comportamento e atitude social frente as substâncias consumidas por uma parcela da sociedade, observa Stevens: Houve pouca mudança até o final de 1950 quando cresce o medo do uso de *cannabis* por músicos de jazz visitantes vindo da América bem assim como por imigrantes caribenhos nos clubes de blues. Assim começa a era do “pânico moral”.

Os então valores subterrâneos do hedonismo, excitação, e consumo instantâneo atravessaram a superfície puritana do capitalismo industrial, com sua ênfase no trabalho rígido e na postergação da gratificação (STEVENS, 2017, 826, tradução nossa).²⁶

As drogas que hoje são arbitrariamente consideradas substâncias proibidas ganharam esse status paulatinamente. Para a venda de um simples cigarro de maconha se transformar uma relação comercial com uma carga punitiva maior do que a venda relativa de um copo de nitroglicerina foram necessários muitos distúrbios, mentiras científicas, interesse políticos e, principalmente, a cegueira oriunda do interesse pessoal de alguns indivíduos (VALOIS, 2016, p. 97).

A referência da responsabilidade criminal dentro de um contexto maior de práticas de criminalização já implica que a realização das ideias morais/ filosóficas de responsabilidade

²⁵ STF. RE.635.659-SP. Relator Ministro Gilmar Mendes (em julgamento).

²⁶ No original: There was little change until the late 1950's when fears grew of the use of cannabis by visiting African American jazz musicians and African-Caribbean immigrants in blues clubs. So began na era of “moral panics”. The previously subterranean values of hedonism, excitement, and instant consumption broke through the puritanical surface of industrial capitalism, with its emphasis on hard work and the deferral of gratification (STEVENS, 2017, p. 826).

possuem condições institucionais de existência, e que nossa análise da responsabilidade criminal, deve, em conformidade, possuir especificidade histórica e sistêmica (LACEY, 2016, p.21).²⁷

Com a ainda existente cultura de proibicionismo, logo após o fim da criminalização do álcool, com a revogação da Lei Seca, começa a discussão sobre a proibição da maconha que culminará com o *Marijuana Act* (1937), Tal lei proibiu o consumo da *cannabis* nos EUA, representando assim um marco da política de proibicionismo da planta que se alastrou na década de 1930 no país. O curioso nessa proibição é que a única pessoa da área médica consultada para embasar a proibição foi William Woodward, Presidente da Associação Nacional de Medicina. Apesar de sua opinião apresentada ao Congresso Americano ser desfavorável à criminalização, tal postura foi simplesmente ignorada (SHECAIRA, 2018, p.389).

O tráfico de drogas, diferentemente da concepção aceita sem muito debate sobre essas substâncias, e a forma de tratar esses fenômenos já existia em um período muito anterior, como temos observado. A lei penal tida como única solução para se abordar o comércio de drogas não foi criada após o surgimento do tráfico de drogas, esse já se desenvolvia em período bem anterior, mas fez nascer o tráfico ilegal e o crime organizado respectivo, pois como qualquer comércio, o de drogas requer o mínimo de organização, seja ela legalmente controlada ou não (VALOIS, 2016, p.97).

Começa o padrão norte-americano de vincular o que inicialmente poderia parecer somente uma falha da guerra às drogas, e não à sua falência, com o comércio internacional. Desde então os EUA irão constantemente buscar desculpas para a manutenção da guerra às drogas no exterior, fechando os olhos para o grande mercado de consumo interno produzido por eles mesmos (VALOIS, 2016, p.99).

Não obstante o processo de demonização da droga em face da consolidação da ideologia da diferenciação, pode ser visualizado o uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas através da nomeação de novos inimigos (CARVALHO, pág.55, 2016).

1.2.2 As drogas ilícitas na ordem internacional

²⁷ The location of criminal responsibility with the broader context of practices of criminalization already implies that the realization of moral/philosophical ideas of responsibility has institutional conditions of existence, and that our analysis of criminal responsibility must, accordingly, be historically and system specific (LACEY, 2016, p.21)

A formação moderna de uma ordem internacional composta por organismos e entidades de caráter mundial com poder orientador sobre a normatividade e modo de agir dos países associados é fenômeno que importa também na formação da responsabilidade criminal das drogas ilícitas.

A política criminal de drogas, por seu turno, desde o ponto de vista dos processos de criminalização, de sua estruturação dogmática e da operacionalidade das agências repressivas, define espécie de tipo ideal (Weber) de repressão e de gestão do sistema penal nacional. Em outros termos, a política criminal de drogas assumiu, a partir da assunção dos projetos transnacionalizados pelas agências centrais aos países periféricos, o papel significativo de definição dos horizontes de punitividade (CARVALHO, 2016).

Para além da *pax perpetua* de Kant²⁸ o jogo de interesses entre as nações, sobretudo daquelas com maior influência e poderio militar e econômico começa a delinear os contornos da política criminal acerca das drogas ilícitas.

O encontro destas forças de atuação se orienta a concretização de um objetivo, sendo este o produto que resulta da contestação estratégica entre os grupos sociais, onde os membros destes grupos possuem princípios morais habilidade racional que podem ser utilizadas para implantar os argumentos que criam a política sobre drogas (STEVENS, 2017, p.843).²⁹

Nisto, como se deverá observar adiante no pensamento de Nicola Lacey importa reconhecer que os valores morais passam a fundamentar a construção da responsabilidade criminal. No caso das drogas ilícitas, tem-se, por exemplo a moral protestante enunciada nos Estados Unidos.

²⁸ Kant formula três artigos definitivos para a paz perpétua entre estados, que são: A constituição política deve ser em todo Estado Republicana; O direito do povo deve se fundar em uma federação de estados livres e o direito de cidadania mundial deve se limitar às condições de uma hospitalidade universal (BENHABIB, 2011, p. 30).

²⁹ No original: The reason that some psychoactive substances are illegal to possess while others are widely available and promoted, has something to do with the harms that these substances may cause. But it is also because some social groups have been able, through processes of contestation around and within the state, to reinforce their power and wealth and to promote their moral beliefs by placing controls on substances that are used by a minority of the population; a minority that can be presented as threatening others in the shapes of foreign drug suppliers and unemployed heroin users, or as vulnerable young victims who must be protected from their own desires. The effect has been to produce a drug policy which seems incoherent and absurd in parts. This is not the product of a process of purely rational, deliberative communication. And it does not happen without reference to reason or evidence. It results from strategic contestation between social groups. Members of these groups have moral principles and rational abilities which they deploy in the arguments which create drug policy (STEVENS, 2017, p.843).

A existência de tabus e proibições à utilização de determinadas substâncias psicoativas é bastante anterior à proibição global instituída no século XX, a demonstrar que o tratamento conferido à produção, venda e consumo de drogas ilegais vai muito além da persecução penal, administrativa, submetendo-se a um rigoroso controle moral. No mundo colonial americano do século XVI, por exemplo, a Europa cristã condenava o uso de drogas nativas consideradas sagradas pelos índios, principalmente as alucinógenas, pois era o vinho ministrado nos rituais da Igreja que deveria ocupar o espaço privilegiado (CARNEIRO, p.16, 2018).

Posteriormente, entretanto com os acordos de paz o tratado de Versalhes e a liga das nações, nas primeiras tentativas de se criar uma ordem legal para o mundo a questão das drogas passou a se misturar com outros temas como o tráfico de mulheres e de armas, forjando-se a imprescindibilidade de seu tratamento como questão de direitos humanos inclusive com o problema internacional (VALOIS, 2016, p.125).

Ainda, na esfera do ordenamento jurídico internacional, se tem como embrionária a legislação assinada na Convenção de Haia de 1912, ratificada no Tratado de Versalhes, cuja repercussão tomaria proporções ainda desconhecidas.

Para tanto, a questão das drogas entrou para o ordenamento jurídico mundial *en passant*, mas para sempre. Ainda que seja possível reconhecer que o trato da questão das drogas como matéria internacional já era questão pacífica entre todos, resultado dos debates e acordos de Xangai e Haia, a institucionalização do problema em um tratado dessa importância merecia maiores debates, até pela ínfima participação de nações nas convenções referidas (VALOIS, 2016, p. 129).

O problema social do uso de drogas é uma concepção forjada essencialmente no século XX a partir de complexos mecanismos de práticas, políticas e representações instalados sobretudo por sucessivas tratativas internacionais: Comissão do Ópio de Xangai em 1909, a Conferência internacional do Ópio, realizada em Haia em 1912, as Primeira e Segunda Conferências do Ópio, realizadas em Genebra em 1924 e 1925 e, já na década de 1930, também em Genebra, a *Conference on the Limitation of the Manufacture of Narcotic Drugs* (1931) e uma conferência que deu origem à *Convention for the Supression of the Illicit Trafic* (1936) (DIORIO, 2018, p.11).

Com maior relevo, insere-se nas tratativas internacionais a Convenção de Genebra de 1924, conhecida como Conferência Internacional do ópio. Dos trinta e nove artigos passam para o controle internacional, além das drogas previstas na Convenção de Haia, as folhas de coca, a cocaína pura, a maconha e a *ecogonina*, permitindo-se que novas drogas pudessem ser

adicionadas conforme entendimento da Comissão de Higiene e da Agência Internacional de Higiene, ambos órgãos das ligas das nações.

Assim, não se pode avançar na análise da formação do dispositivo internacional sobre drogas sem enunciar também o questionamento de que: Em seu uso original, em inglês a palavra *commission* significa mandato: ter comissão é ter mandato para fazer alguma coisa. A questão, portanto, é saber quem comissiona os membros de uma comissão. De quem eles são os mandatários? (...) O que Max Weber chama em algum lugar de profetas éticos ou profetas jurídicos, isto é, os fundadores de um discurso destinado a ser unanimemente reconhecido como a expressão unânime do grupo unânime (BORDIEU, 1990, p.81).

A reflexão sobre o dado histórico de recorte acerca da gênese da responsabilização criminal das drogas inclina a discussão a respeito do mandato conferido e da fragilidade de expressão técnica relativa aos procedimentos de análise, discussão e deliberação da matéria. Cumpre destacar que tal dispositivo foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro mediante o Decreto 22950/1933 (VALOIS, 2016, p. 153).

Se antes a humanidade conhecia medidas proibitivas em um ou outro país, sobre todos os tipos de drogas, inclusive sobre o tabaco e o álcool, a comunidade internacional, a partir da Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, realizada pela Liga das Nações, de 8 à 26 de junho de 1936, em Genebra, nunca mais deixa de reconhecer esse tráfico paralelo, nutrido pelas próprias medidas restritivas da Liga, como ilícito legal (VALOIS, 2016, p.174).

O comitê consultivo já tinha um subcomitê do tráfico ilícito, mas não seria suficiente, seria apenas o primeiro passo. Aliás, a estrutura burocrática firmada crescia, a legitimação era necessária. O desejo de expansão dos órgãos burocráticos se prova pela história e a nova Convenção viria para ratificar a necessidade de mais essa frente de batalha da guerra às drogas (VALOIS, 2016, p.175).

Neste sentido, a confirmação do dispositivo inscrito na Convenção de Genebra, especial no artigo II, define de modo concreto a figura do comércio ilícito de drogas, conforme se lê³⁰:

Cada uma das Altas Partes contratantes se compromete a baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:

³⁰ Disponível em <<http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/bra/pt_bra_1936_convencao_repressao_trafico.pdf>>. Acessado em 23.07.2018.

a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções;

b) participação intencional nos atos mencionados neste artigo;

c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados;

d) as tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios.

Nascia para a comunidade internacional o tipo legal de tráfico de entorpecentes abrangendo diversas condutas. A partir de então essas condutas genéricas que passaram a significar tráfico de entorpecentes tiveram poucas mudanças, permanecendo sempre a fórmula abrangente, objetivando a punição, na verdade, de quem quer se visse envolvido, próximo a uma situação de comércio dessas substâncias, mesmo que os EUA quisessem que a punição do traficante ficasse a cargo de disposições mais genéricas ainda, sem a expressa referências às condutas puníveis (VALOIS, 2016, p. 181).

O desenvolvimento da responsabilidade criminal, a partir da ação conjunta da ordem internacional também importa na observação do poder de força entre os atores envolvidos e na utilização das armas simbólicas para superação das opiniões e argumentos contrários, como bem analisa o pensamento de Alfredo Wagner:

As proposições legislativas, que se referem direta ou indiretamente ao desmatamento, jamais consistem num ato solitário de um parlamentar ou numa atividade isolada, antes expressam relações sociais definidoras dos interesses de determinados grupos – objetivados em partidos, facções, blocos de poder e em frentes parlamentares ou bancadas – bem como uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas específicas e não exatamente iguais, capazes de mobilizar recursos vários com propósitos políticos explícitos. As relações de força que caracterizam tal luta impõem, em certa medida as próprias indexações das matérias e traduzem as armas simbólicas acionadas para fazer triunfar a causa expressa pelas respectivas proposições (WAGNER, 2014, p.1).

No mesmo compasso, Toby Seddon: Assim, de modo preliminar, a razão pela qual algumas substâncias psicoativas são ilegais para porte enquanto outros estão amplamente disponíveis e distribuídas tem algo relacionado com os danos que tais substâncias possam causar. Todavia, também pode-se dizer que é porque alguns grupos sociais foram capazes de, por meio de processos de contestação dentro e fora do estado, reforçar seu poder e riqueza e promover suas crenças morais através do controle de substâncias utilizadas por uma minoria da população.

Uma minoria que pode ser introduzida como os “outros ameaçadores” nos contornos dos fornecedores de drogas estrangeiros, usuários de heroína desempregados ou então como jovens vítimas vulneráveis que devem ser protegidas dos próprios desejos. O efeito tem sido a produção de uma política sobre drogas incoerente e em partes até absurda. Isto não é um produto de um processo puramente racional de comunicação deliberativa. Ao mesmo tempo não acontece sem referência à razão ou à prova (SEDDON, 2017, p.706, tradução nossa).

A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 1988, conhecida simplesmente como Convenção de Viena segue os princípios da Convenção Única de 1971, no entanto, com maior recrudescimento das medidas de repressão.

A influência da Convenção é imediata e suficiente a provocar reações em cadeia nos ordenamentos jurídicos internos dos países-membros. Como exemplo, em Portugal, nasce o diploma sobre tráfico e consumo de estupefacientes, Decreto-Lei n. 15 de 22 de janeiro de 1993.

A aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, oportunamente assinada por Portugal e ora ratificada – Resolução da Assembleia da República n 29/91 e Decreto do Presidente da República n 45/91, publicados no Diário da República, de 6 de setembro de 1991 – é a razão determinante do presente diploma (LOBO, 2010, p. 19).

A transposição para o direito interno dos objetivos e regras, que, num processo evolutivo, vão sendo adquiridos pela comunidade internacional mostra-se necessária ao seu funcionamento prático, acontecendo que as disposições mais significativas daquela Convenção das Nações Unidas não são exequíveis sem mediação legislativa (LOBO, 2010, p.19).

O panorama na Espanha também segue a mesma dinâmica, conforme narra Mulas: Apesar de sua transcendência, o fenômeno das drogas é bastante recente, uma vez que sua aparição data dos anos setenta e oitenta. Até então, o consumo de drogas em nosso país se limitava a remédios e plantas tradicionais, receitas facultativas com compostos que posteriormente se tornaram proibidos e o uso de haxixe pelos legionários e alguns jovens de classe média (MULAS, 2017, p.225).

A abordagem da diferenciação, como se deve demonstrar adiante nesta investigação, cria para a ordem jurídica novas formas de “outros”, sujeitos aos quais se nega a

hospitalidade ³¹ ou a condição de participar dos processos de decisão política sobre as escolhas de vida que fazem.

A internalização das regras internacionais faz surgir o fenômeno do encarceramento em massa, mesmo nos países ditos centralizados, não sem o questionamento, em especial da comunidade acadêmica acerca dos fundamentos essencialmente baseados em evidências. ³²

No Brasil, não foi diferente o quadro de normatização inclinada a postura de repressão e combate. Com a adequação das normas internas brasileiras aos compromissos internacionais de repressão, é editado o Decreto-Lei 159/67, que iguala aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica – nesta matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto o uso de entorpecentes o uso, por exemplo, de anfetamínicos ou dos alucinógenos (CARVALHO, 2016, p.56).

A lei 6.368/76 instaura no Brasil modelo inédito de controle, acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais. As condutas criminalizadas na Lei 6.368/76 não diferem substancialmente das figuras típicas encontradas nos estatutos precedentes, notadamente o texto do art. 281 do Código Penal. A distinção, porém, é no que concerne à graduação das penas, cujo efeito reflexo será a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do narcotraficante (CARVALHO, 2016, p.59).

³¹ Dito de outra forma, a hospitalidade não deve ser entendida como uma virtude de sociabilidade, como a bondade e a generosidade que alguém pode demonstrar a estrangeiros que chegam à terra de ou que se mostram dependentes dos atos de bondade de uma pessoa por meio de circunstâncias naturais ou históricas; A hospitalidade é um direito que pertence a todos os seres humanos na medida em que nos enxergamos como participantes em potencial de uma república mundial (BENHABIB, 2011, p.30).

³² Na Inglaterra: The laws of the early 1960's followed a new international treaty which is still in force: the UN Single Convention on Narcotic Drugs of 1961. They brought amphetamines, LSD, and the cultivation of cannabis under the criminal law. The principal effect of the 1968 Regulations was to restrict permission to prescribe heroin to doctors who were specifically licensed by the Home Office. This restriction was a response to concerns over excessive prescription by a small number of private doctors, as expressed by another committee, chaired by Lord Brain. Yet another committee, chaired by Baroness Wootton, was commissioned to examine the rising use of cannabis. It concluded that cannabis was less harmful than other illicit drugs, and therefore should be subject to lighter punishments. But while the Home Office had acted quickly to implement the Brain's committee's recommendation for more restrictive regulation, the Wootton report of 1969 was immediately rejected by the then Home Secretary, James Callaghan. He argued that it would give the impression that the government did not take cannabis offenses seriously. Callaghan's more liberally minded colleagues eventually overruled him. He introduced the bill that became the Misuse of Drugs Act (MDA), in 1971. This set up current legal system of classificatory control. It was intended to calibrate the punishments of drug offenses to the drug's capacity to cause social problems. Cannabis was placed in class B. Heroin, cocaine, and LSD were placed in class A. The MDA also set up the Advisory Council of Misuse of Drugs as an independent body to advise ministers on drug classification and the reduction of drug-related harms (STEVENS, 2017, p. 829).

Tal dispositivo legal teve vigência até a entrada em vigor da Lei 11.343/06, quando se inaugura, ao menos no campo normativo, uma nova abordagem na condução da política sobre drogas, em especial na atenção destinada ao usuário e a sua diferenciação dentro do sistema de justiça criminal.³³

No mesmo compasso se insere o contexto do Estado do Amazonas, cuja disposição geográfica se inclina ao intercâmbio de fronteira com centros de produção de drogas ilícitas, em exemplo claro da denominada rota de passagem a que aduz Salo de Carvalho, cujas consequências podem ser vislumbradas mediante diversos aspectos: Flagelo do Sistema Carcerária (Massacre do Compaj) e o fortalecimento de organizações criminosas rivalizando com outras entidades do sudeste do país.³⁴

Portanto, a descrição dos antecedentes históricos relacionados com o tratamento das drogas, lícitas ou ilícitas, permite a indicação da premissa de que a responsabilização criminal, seja pelo uso ou mercancia, é fenômeno relativamente moderno, cujos parâmetros de justificação da intervenção do Estado se fundamentam em circunstâncias alheias ao pensamento jurídico ou do conhecimento médico e científico.

Ocorre que essa sucessão de acontecimentos não dá conta de toda realidade. Com efeito, a reconstituição automática da cadeia de fatos, ainda que baseada em fontes documentais não nos proporciona qualquer reflexão transformadora do tempo presente. Dessa maneira, a fim de nos desvencilharmos de uma histórica factual, uma história de tratados e batalhas, é fundamental nos debruçarmos sobre a estrutura social, sobre a arquitetura e as permanências das relações entre realidades e massas sociais que o tempo demora imenso a desgastar e a transportar, com o propósito de desnaturalizar certas práticas. Dito de outro modo, não há qualquer razão em recordar os acontecimentos sem explicá-los: é preciso compreender como e por que as coisas acontecem, partindo-se do presente para o passado. (DIORIO, 2018, p.219).

Ao contrário, o estabelecimento das proibições modernas respeitou inicialmente mais os interesses individuais de grupos sectários em aliança com os interesses do mundo economicamente mais desenvolvido, originando-se dos mesmos a própria inversão de rumo relativamente a responsabilização criminal, como se pretende demonstrar a seguir.

³³ Com maior detalhamento remete-se à leitura do segmento: Supremo Tribunal Federal e a questão das drogas (Capítulo 3), onde se aprofunda a análise dos termos da Lei 11.343/06 e as repercussões de sua aplicabilidade.

³⁴ Disponível em <<<https://istoe.com.br/fdn-enfrenta-faccoes-ligadas-a-pcc-para-crescer/>>> e <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/09/faccoes-criminosas-se-enfrentam-em-todos-os-estados-diz-abin.shtml>> Acessado em 07.10.2018

Com mais atenção, há que se destacar que a teorização acerca da responsabilidade, neste estudo a criminal, especificamente relacionada aos crimes de tráfico e uso de drogas, deixa de obedecer a uma presunção de que a ideia de responsabilização é contínua e coerente, movendo-se sempre para frente e submetida ao progresso histórico.

Para tanto, é mister destacar a percepção de que a prática de responsabilização é normativa e construtiva, na medida em que organizam tanto nossas práticas como nossa interpretação do mundo, de maneira distinta e contingente (LACEY, 2016, p. 8, tradução nossa).³⁵

No recorte que por ora se descreve, se tem como relevante para a regulamentação jurídica internacional o afastamento inclusive dos princípios liberais da liberdade econômica, justificando, todavia, a preponderância da legislação de controle junto aos países de produção de drogas.

Com a ressalva, por certo de que a implementação em âmbito internacional decorre do compartilhamento dos valores dominantes, o que, caso diferente o fosse, afastaria de início a eficácia dos estatutos impostos pela ONU.³⁶

Não obstante, o caráter democrático de participação dos países-membros implica, ainda que de modo tácito ou frágil, a subsunção dos elementos de significância na esfera argumentativa de modo antecedentes à própria associação ao organismo internacional.³⁷

Sobre o tema da manipulação das drogas em âmbito internacional, nota-se que o elemento econômico prepondera em integridade com os valores morais, as objeções apresentadas pela Jugoslávia por ocasião dos debates sobre a fixação de cotas naquela Convenção dizem muito da impossibilidade de se criar um mundo ordenado, fiscalizado e livre do comércio de drogas. Primeiro, esse país alegou que o estabelecimento de cotas iria, na verdade, criar um monopólio sobre as drogas. Pior, o monopólio já existia, e a Convenção viria para torná-lo um monopólio de direito, o que iria contra os princípios do livre comércio,

³⁵ No original: This defects attention from the sense in which practices of responsibility are normative and constructive in that they organize both our practices and our interpretation of the world in distinctive and contingent ways (LACEY, 2016, p.8).

³⁶ Nas concepções de soberania liberal internacional, a igualdade formal dos estados depende de modo crescente de que estes subscrevam valores comuns e princípios tais como a observância dos direitos humanos e o domínio da lei e a respeito à autodeterminação democrática (BENHABIB, 2011, p.39, tradução nossa).

³⁷ O soberano democrático obtém sua legitimidade não meramente do seu ato de constituição, senão pelo modo igualmente significativo da conformidade deste ato com os princípios universais de direitos humanos que em algum sentido se diz preceder ou anteceder a vontade do soberano (BENHABIB, 2011, p.41, tradução nossa).

principalmente na medida em que outros países se veriam impossibilitados de se verem admitidos no sistema (VALOIS, 2016, p. 165).

Em adição, o sistema de cotas prejudicaria a qualidade das drogas, visto que se a Convenção assumisse que a qualidade da manufatura era igual entre todos os países, regulando apenas a quantidade, os países consumidores, as indústrias, não estariam livres para obter a droga do país de suas escolhas (VALOIS, 2016, p. 165).

Em contrapartida, indica a conclusão de que os cidadãos cosmopolitas de Kant ainda necessitam de suas repúblicas individuais para serem cidadãos. Por isso Kant distingue com tanto cuidado um governo mundial de uma federação mundial. Um governo mundial que, segundo sustenta, resultaria em uma monarquia universal, seria um despotismo sem alma, enquanto que uma união federativa ainda permitiria o exercício da cidadania dentro de comunidades circunscritas (BENHABIB, 2011, p.30, tradução nossa).

Há um debate cada vez mais amplo e elaborado, embora sem contar com o apoio das Nações Unidas e demais organismos internacionais. Mais uma vez colocada a questão na mesa, na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas (UNGASS) sobre Drogas, em setembro de 2016, somente se conseguiu colocar em evidência a ruptura do consenso de Viena, postergando-se as decisões mais importantes (despenalização, regulação de mercados), para o encontro seguinte em 2019 ou 2020 (MULAS, 2017, p.235).

Portanto, a ausência de responsabilização criminal não leva, como se temia, a um aumento dramático de consumo. Algo que também é demonstrado na despenalização do consumo de todas as substâncias ilícitas em Portugal, Espanha e Luxemburgo (MULAS, 2017, p.243).

Contornos internacionais da política criminal alternativa demonstram que não há dúvida que no tocante ao tráfico de drogas se trata de uma realidade transnacional ou internacional, que requer um tratamento também internacional da questão.

A política criminal de viés proibicionista se encontra fundamentada há muito tempo, tendo como raiz a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 e o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena de 1971 e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de 1988. Neste sentido, a política criminal alternativa não tem sentido senão adotada por toda a comunidade internacional.

Neste sentido, a Recomendação ao Parlamento Europeu destinada ao Conselho Europeu sobre a estratégia europeia em matéria de luta contra as drogas (2005-2012), considera primordial que a política nacional sobre as drogas se fundamente em conhecimentos científicos relativos aos distintos tipos de droga, procedendo à revisão das

políticas relativas aos estupefacientes. Aconselha dedicar especial atenção às políticas alternativas que tenham conquistado melhores resultados em alguns Estados membros. Um bom exemplo é a Holanda. Este país retirou a responsabilidade criminal do consumo de drogas leves, assumindo o Estado o papel de distribuição controlada, com resultados surpreendentes: diminuição dos toxicômanos infectados com HIV e da mortalidade por overdose e da criminalidade. No momento atual, a Holanda ocupa o terceiro lugar dentro dos países com menor número de consumidores problemáticos de drogas pesadas (MULAS, 2017, p.243).

A declaração proferida na UNGASS 2016 por Werner Sipp, Presidente da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE), no sentido de que as convenções internacionais que instituíram o proibicionismo garantem flexibilidade aos países para que adotem abordagens baseadas na perspectiva de proteção à saúde no lugar de medidas criminais em relação à posse de drogas ilegais para consumo pessoal, pode ser compreendida como um tímido, mas inédito, apoio à descriminalização de tal conduta (MARONNA, 2018, página 78).

Por fim, merece guarida a observação do Ministro Luís Roberto Barroso para quem desde o início da década de 70, sob a liderança do Presidente Nixon, dos Estados Unidos, adotou-se uma política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao consumo. Tal visão encontra-se materializada em três convenções da ONU. A verdade, porém, a triste verdade, é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo. Insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade. É preciso ceder aos fatos. As certezas equivocadas foram bem retratadas em um belo poema de Bertold Brecht, intitulado “Louvor à dúvida: *“Não creem nos fatos, creem em si mesmos. Diante da realidade, são os fatos que devem neles acreditar”*”.³⁸

³⁸ STF.RE 635.659 SP Relator Ministro Gilmar Mendes (em julgamento)

1.3. O PENSAMENTO DOGMÁTICO JURÍDICO-PENAL

A construção do pensamento dogmático penal no que se refere à responsabilização criminal envolve a observação dos elementos de fundação das escolas de pensamento penal, bem assim como dos indicadores relativos à conduta imputável que com elas se relaciona.³⁹

O esforço presente se destina, inicialmente, à compreensão da formação dos mecanismos de intervenção do Estado, sob a óptica justificante do pensamento dogmático jurídico-penal. Para tanto, empreende-se na análise daquilo que se vislumbra de modo mais afeto ao tratamento da questão das drogas, a saber: as escolas de pensamento clássica, positivista, finalista e normativista.

Cumprе advertir que a seleção destacada não encerra toda a evolução epistemológica, seja do direito enquanto ciência, ou do próprio direito penal como ramo autônomo, no entanto, o esforço de trabalho aqui apresentado se orienta pela teoria de base que permite a consagração dos elementos multifacetados que permeiam a realidade da responsabilidade criminal das drogas.

O Direito não pode ser corretamente compreendido no contexto da sociedade atual ignorando-se o seu passado. Com efeito, para bem entender uma legislação, é indispensável o conhecimento de sua evolução histórica. Assiste razão quando se assinala que, “felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma dessas épocas lhe legou” (PRADO, 2016, p.3).

Porém, é de salientar que as fases ou épocas da história penal não se apresentam de forma estanque ou isolada; ao contrário, interpenetram-se continuamente. Nessa linha, atinadamente, se destaca que “a história do direito visa compreender como é que o direito atual se formou e se desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos”.

A história do Direito Penal reflete o estado social e as ideias que o caracterizam. Ainda que submetido a contínuas mudanças, deve ser um “direito justo em cada momento

³⁹ Ou como sintetiza Claus Roxin: A tarefa da sistemática no campo da antijuridicidade: ela consiste em construir, de maneira mais completa possível, partindo da massa das causas de justificação, o catálogo dos muito menos numerosos princípios de organização social e esclarecer as suas relações recíprocas (ROXIN, 2012, p.55).

histórico”. A regra no Direito Penal é a variação no tempo e no espaço, ainda que certos institutos e princípios são quase constantes, permanentes, por assim dizer.

Desse modo, tanto a lei, como a doutrina e a jurisprudência devem “abranger as necessidades de cada época e desenvolver respostas jurídicas a essas necessidades, e não apenas reflexionar sobre princípios mais gerais supra-históricos” (PRADO, 2012, p.15).

Assim, o século XIX marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais. São as escolas penais, definidas como “o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções” (PRADO, 2017, p.129).

A análise, portanto, da categoria conduta delitiva importa⁴⁰ no estabelecimento dos parâmetros iniciais de inserção do Direito Penal como elemento legitimado na sociedade, o que, no caso do Brasil, importa em obediência máxima ao princípio da legalidade.⁴¹

Isto se reflete no trabalho do legislador, o qual, ao elaborar uma *novatio legis* incriminadora, tem diante de si um limite intransponível, porquanto só poderá descrever *in thesi* uma conduta humana tomando por base a estrutura conceitual que lhe seja dada, ou seja, a concepção de conduta humana influi decisivamente na elaboração do injusto jurídico-penal, que, agregado à culpabilidade do agente, conforma os requisitos essenciais do crime (GUARAGNI, 2009, p.33).

Daí a preocupação do legislador brasileiro, quando da estruturação do tipo penal do crime de tráfico de drogas inscrito no art. 33 da Lei 11.343/06, como segue: *Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*⁴²

⁴⁰ Assim, é importante distinguir inicialmente a categoria da conduta no pensamento formativo das escolas penais até o ponto de inflexão da questão por que estudar a conduta? A resposta está amparada numa evidência: todo crime é uma conduta (compreendida por ora em sentido amplo como ação e omissão – formas do agir humano). Daí, aliás, vem a parêmia *nullum crimen sine conducta*. (GUARAGNI, 2009, p.35).

⁴¹ E como já citado: Esta tarefa de seleção ou eleição não pode ser levada a cabo sem uma valoração ético-social do comportamento e não se dilui por isso no delito geral de desobediência de que falava Binding. O fenômeno da criminalização e da descriminalização é decerto inseparável da evolução sociocultural no seu mais amplo sentido; mas ele depende sempre, em último termo, das finalidades que com o direito penal se procuram servir, da sua teleologia específica e das intenções político-criminais, não da forma como a valoração seja levada a cabo por outros ramos do direito (DIAS, 2012, p. 17).

⁴² E ainda continuam os incisos I, II e III: - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto

Em outro sentido, a função negativa do conceito de conduta elimina hipóteses irrelevantes para o direito penal (movimentos da natureza, por exemplo, isolados ou atuando em relação a uma pessoa como forças externas irresistíveis que a levam, de modo irrefreável, à violação de um bem jurídico penalmente tutelado, como a pessoa que é arremessada contra uma vitrine em decorrência de uma enxurrada) (GUARAGNI, 2009, p.40).

Em primeiro lugar, deve se submeter um supraconceito para todas as formas de manifestação da conduta punível, um *genus proximum* que se conectem todas as precisões concretas de conteúdo como *differentiae specifica*. De acordo com isto, a ação deve designar algo que se encontre tanto os crimes dolosos e imprudentes como os delitos de omissão e que suponham o elemento comum ao qual se possam reconduzir todas as manifestações especiais de conduta punível. Esse significado lógico do conceito de ação, sua função classificatória, atende a ação como elemento básico do direito penal (ROXIN, 2008, p. 234).

Por certo que o conceito também encerra outras funções⁴³, para além das classificações do tipo de conduta, indicando nortes para e limites daquilo que enseja a intervenção do direito penal.⁴⁴

Também se vislumbra a função transformadora, alusiva à possível comunicação transversal do conceito jurídico-penal de ação com conceito de ação não só de ordem psicológica, pragmática, sociológica e antropológica, mas também de tipo normativo, por exemplo éticos, de forma que o conceito de conduta seria porta de entrada para conhecimentos de outras disciplinas na dogmática jurídico-penal (GUARAGNI, 2009, p. 46).

Ainda, há necessidade de adição do componente garantista à elaboração do conceito de conduta: A função garantista, conduz a uma verdadeira dimensão política atribuída a

químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas ;III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

⁴³ A simplificação do manejo dos fatos da vida que interessam ao direito dá-se pelo método analítico que, quanto mais claro for à elaboração dos estratos que o compõe – o que ocorre pela diferenciação, tanto quanto possível destes estratos – mais facilita o exame das hipóteses concretas (GUARAGNI, 2009, p.41). Observando-se em relação ao conceito de conduta, dentro do sistema jurídico-penal, funções de delimitação e função básica de viabilizar ao direito que extraia a partir da matéria-prima conduta humana, o produto final que é o fato punível, já que a realização do tipo só pode produzir-se dentro do campo da conduta geralmente passível de ser dirigida, pelo que o conceito de ação é prévio ao tipo penal (GUARAGNI, 2009, p. 45).

⁴⁴ Sobre o elemento limite: Finalmente, o conceito de ação tem o propósito de excluir tudo que, de antemão, é independente da configuração variante dos tipos, não se leva em consideração para um pensamento jurídico-penal: eventos causados por animais, atos de pessoas jurídicas, meros pensamentos e atitudes internas, como também modificações do mundo exterior submetidas ao controle e direção do aparato psíquico, como acontece com os ataques convulsivos e os delírios. Neste ponto se fala do significado prático da ação como **elemento limite** ou de sua **função delimitadora** (ROXIN, 2008, p. 233).

conduta humana em teoria analítica do crime. Aqui, mais do que nas tradicionais missões do conceito, reside uma autêntica defesa funcionalista para o tratamento diferenciado da conduta humana em direito penal (GUARAGNI, 2009, p. 48).

O raciocínio empregado, portanto, é da leitura constitucional prévia à formação da categoria delitiva, submetendo-se ao crivo da reserva legal, art. 5, XXXIX da Constituição Federal. Com efeito: *Não se pode proibir que o destinatário da norma penal seja ou ordenar que seja de uma ou outra forma. É dizer, não se poderão punir estados ou maneira de ser, nem construir tipos penais de autor* (GUARAGNI, 2009, p.49).

Aflora, portanto, como dimensão política do conceito de conduta humana, a repulsa do direito penal de autor, seguindo as linhas traçadas pela Constituição da República. Reportada dimensão política torna obrigatória a adoção de um conceito de conduta humana em direito penal, bem como implica assentá-lo de forma autônoma e prévia em relação à tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Fica assegurada com isso, a realização plena da função garantista do conceito de conduta humana, ora desenvolvida na sua base constitucional. (GUARAGNI, 2009, p. 55).

Esta função garantista, aliada às funções desempenhadas pela conduta como elemento básico, de enlace e limite, serve como evidência de que há necessidade sistêmica de uma teoria da conduta em direito penal.

De matriz germânica defluiu, todavia, a origem da ação humana como categoria autônoma na teoria do delito, tema ora desenvolvido: a primeira concepção de conduta humana trabalhada em direito, apoiada no pensamento de Hegel, que remonta a 1921 (GUARAGNI, 2009, p.60).

O moderno conceito de ação é o produto de uma evolução muito paulatina na ciência do direito penal do século XIX. Como pai do conceito jurídico-penal de ação se pode considerar Hegel: O direito da vontade...é reconhecer em seu feito unicamente como sua ação e possuir sozinho, na culpabilidade, aquilo que sabe dos seus pressupostos em sua finalidade, daquilo que dele havia no seu dolo. O feito somente pode ser imputado como culpabilidade da vontade (ROXIN, 2008, p.236).

Importante observação acerca do conceito é a validação do espírito subjetivo, tomada da consciência própria, como elemento hábil a justificar a intervenção do direito penal, assim, o doente mental não praticava ação, ausente o preenchimento da condição indicada (ZAFFARONI, 2011, p.229).

A teoria hegeliana da ação era uma teoria da imputação de um fato, objetiva e subjetivamente, a alguém, razão pela qual exigia vínculo psíquico, que no século XIX foi

identificado como elemento subjetivo ou culpabilidade. Sem embargo, não exigia, para haver ação que houvesse ilicitude na conduta (JAKOBS, 2006, p.157).

Na verdade, a ação hegeliana esteve contextualizada dentro dos marcos do pensamento científico que a iluminava, é dizer, seu desenvolvimento deu-se dentro do ambiente de numa teoria da imputação (GUARAGNI, 2009, p.62).

1.3.1. Escola Clássica

Do pensamento de Cesare Beccaria e posterior desenvolvimento por Feuerbach, Filangieri, Bentham e Lardizábal, dentre outros, a escola clássica (denominada assim pelo positivismo jurídico), representa o estágio inicial da formação do ideal sistematizado acerca da responsabilização criminal.

Apresentando-se como produto da reação ao absolutismo repressivo até então em vigor, o liberalismo penal, reconstruindo o Direito Penal à luz das novas ideias de liberdade e de igualdade perante a lei, e baseando-se na exigência de precisar o ideal legislativo como proteção mais eficaz das condições da vida social, com o menor custo para a liberdade individual, subordinou o direito estatal de punir a limites precisos, mediante particulares garantias.

Tais limites constituem princípios irrenunciáveis do Direito Penal: criminalização como extrema *ratio*, limite da legalidade dos delitos e das penas (preexistência, certeza, clareza e irretroatividade da lei penal), garantia da igualdade; limite da igual responsabilidade dos réus ante a igualdade dos delitos, medida da responsabilidade e da pena pelo dado objetivo (dano); limite da proporcionalidade da pena à gravidade do delito (PRADO, 2017, p.129).

Os postulados basilares dessa escola clássica são: (a) o Direito tem uma natureza transcendente, segue a ordem imutável da lei natural: o Direito é congênito ao homem, porque foi dado por Deus à humanidade desde o primeiro momento de sua criação, para que ela pudesse cumprir seus deveres na vida terrena. O Direito é a liberdade. Portanto, a ciência criminal é o supremo código da liberdade, que tem por objeto subtrair o homem da tirania dos demais, e ajudá-lo a livrar-se da tirania de si mesmo e de suas próprias paixões (PRADO, 2017, p.166).

De modo específico, relativamente aos critérios de responsabilização criminal, os parâmetros utilizados pela escola clássica podem ser sintetizados da seguinte forma: imputabilidade moral (o homem deve ter dado causa material e moral – voluntária – ao

delito); imputável ao agente enquanto conduta reprovável; danosidade social e legalidade penal (PRADO, 2017, p.143).

Neste sentido, é possível destacar que as imprecisões iniciais acerca da responsabilização apontam em direção ao elemento humano (conduta) como condição primordial de análise e julgamento, bem assim como pela indicação de determinadas situações nas quais se expõem os riscos ao tecido social, as quais justificam a intervenção estatal. A inovação, todavia, é a máxima da legalidade como fator exclusivo de determinação das situações risco onde se pretende ver aplicado regime de responsabilização.

Todavia, a crítica que se faz ao pensamento clássico pode ser resumida em três pontos: a exclusão de todo exame da personalidade do agente (com base no postulado de que o homem é absolutamente livre), a exclusividade da pena como instrumento de defesa contra o crime (prevenção geral) e a ignorância total da execução da pena (PRADO, 2017, p.144).

Assim, pensar a responsabilização criminal do crime de uso de drogas ilícitas, por exemplo, cuja sanção importa também em diversas outras imposições legais diversas da prisão⁴⁵, estaria longe do ideal clássico, todavia, o alçar da liberdade como regra e da legalidade como máxima interpretativa permitiram o estabelecimento das bases epistemológicas essenciais para o desenvolvimento do pensamento dogmático-penal.

1.3.2. Escola Positivista

A orientação positivista – de caráter unitário e cosmopolita – apresenta três grandes fases, tendo cada qual um aspecto predominante e um expoente máximo. São elas: (a) fase antropológica: Cesar Lombroso (*L'uomo delinquente*, 1876); (b) fase sociológica: Enrico Ferri (*Sociologia criminale*, 1892); e (c) fase jurídica: Rafael Garofalo (*Criminologia*, 1885) (PRADO, 2017, p.149).

Ao primeiro, deve-se o ensinamento de que o homem não é livre, mas sim determinado por forças inatas (Lombroso, *Le crétinisme en Lombardie*, 1859), a aplicação do método experimental no estudo da criminalidade e a teoria do criminoso nato, segundo a qual o delinquente é um primata ressuscitado por um fenômeno de atavismo.

Já Ferri contribuiu, especialmente, com a tese sobre a negação do livre-arbítrio (determinismo biológico-social); a responsabilidade social, a teoria dos substitutivos penais e a classificação dos delinquentes em natos, loucos, ocasionais, habituais e passionais.

⁴⁵ BRASIL. Lei 11.343/06. Art. 28, inciso I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O homem, afirma Ferri, age como sente e não como pensa. Adotando uma postura mais realista, entendia ele que as ações humanas “são sempre o produto de seu organismo fisiológico e psíquico e da atmosfera física e social onde nasceu e na qual vive” – fatores antropológicos (constituição orgânica do criminoso), psíquicos (anomalias da inteligência), físicos (ambiente natural, clima, solo) e sociais (meio social – densidade diferente da população, estado da opinião pública e da religião, constituição familiar etc.) (PRADO, 2017, p.151).

Conforme a ideia de que o meio social pode ser um importante fator criminógeno, propõem-se, como medida preventiva, os *sostitutivi penali*, instrumentos de defesa social que se apresentam como verdadeiros antídotos aos fatores sociais do crime.¹⁵³ Isso porque há sempre um mínimo de criminalidade natural ou atávica e a pena transformada pela sociologia criminal será o último obstáculo às manifestações inevitáveis e esporádicas da atividade criminal. Os substitutivos penais servirão como meio de transição prática e gradual para se chegar a uma metamorfose social, em nome da qual não será legítimo se opor a tais medidas (PRADO, 2017, p.154).

De seu turno, Garofalo operou a sistematização jurídica da escola, estabelecendo a periculosidade como base da responsabilidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito-obstáculo, de caráter preventivo; e a definição de delito natural como a “violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade”

Assinalam-se, como pontos nodais, da escola positiva: (a) o Direito Penal é produto social, obra humana; (b) a responsabilidade penal se fundamenta na responsabilidade social, derivada do determinismo (vida em sociedade); (c) o delito é fenômeno natural e social (fatores individuais, físicos e sociais); (d) a pena é meio de defesa social, com função preventiva; (e) o método é o indutivo ou experimental; (f) os objetos de estudo do Direito Penal são o crime, o delinquente, a pena e o processo; e (g) busca substituir a pena por medidas de segurança (PRADO, 2017, p.156).⁴⁶

⁴⁶ E ainda sobre a epistemologia positivista: Destacam-se alguns aspectos característicos dessa corrente de pensamento: as ciências, par excellence, são as ciências da natureza (v.g., física, química, biologia, matemática etc.), pelas quais poderiam ser obtidos resultados verdadeiros (certeza racional) e universalmente válidos; o progresso científico era o lema da época, e progresso aqui significa o “aumento constante do conjunto dos factos que conhecemos, aperfeiçoamento dos métodos dirigidos à sua averiguação e interpretação, e melhor conhecimento das leis gerais referidas. Por último, esse avanço científico é uma das causas principais, se não a principal, duma melhoria geral da vida. O século XIX herda neste domínio a melhor tradição oitocentista da fé no progresso permanente da humanidade”. O positivismo enquanto cientismo estava convencido de que o modelo de certeza reinante nas ciências físico-matemáticas – o método positivo – absorveria progressivamente todas as questões que se punham ao espírito humano, cabendo à ciência a tarefa de reorganizar a sociedade, com

O determinismo de tal pensamento é subjacente à forma de sistematizar o regime de responsabilidade criminal, e neste sentido encontrou a primeira grande contestação.

O positivismo como teoria jurídica caracteriza-se por banir da esfera do direito as dimensões do social e do político. Exatamente esse pensamento, por LISZT tomado como um óbvio axioma, fundamenta a oposição entre direito penal e política-crime. A política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal, encontra-se fora do âmbito do jurídico. Crítica a abordagem de LISTZ quanto a dicotomia entre Direito Penal e Política Criminal (ROXIN, 2012, p. 12)

De todo modo, importa reconhecer que a alteração do elemento da voluntariedade na conduta humana afastou o ponto focal do Direito Penal do crime para o criminoso, sendo possível relacionar a epistemologia positivista, por exemplo, na distinção das condutas de uso e tráfico de drogas.

No caso, as circunstâncias sociais, conduta e antecedentes criminais fazem parte dos parâmetros subjetivos elencados pela Lei de Drogas ⁴⁷ para se distinguir o usuário de drogas daquele que se vale da prática mercantil. Da análise do dispositivo, o enunciado normativo aponta mais para a criação de um figurino específico, seja de usuário, seja de traficante, do que propriamente relacionar a conduta humana ao fato penalmente imputável.

Merece atenção a advertência de Nicola Lacey, para quem: Sou simpática a ideia de que as doutrinas legais efetivamente possuem uma certa autonomia e não estão susceptíveis ao reducionismo direto das explicações político-sociais patrocinadas por algumas versões do Realismo Legal ou Direito e Economia, é nítido que as doutrinas legais não se desenvolvem

ordem e progresso. É a ideologia das ciências, que visa a reduzir as ciências da cultura ao modelo das ciências naturais. A ciência tem como característica fundamental sua avaloratividade, isto é, “na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato” – neutros em valor –, representando conhecimento da realidade para informar uma constatação. Nega-se importância à filosofia dos valores, por se entender que a axiologia, por definição, subjetiva, não pode de modo algum pretender uma objetividade reservada à ciência empírica, que versa sobre o ser dos fatos. O valor, como ente metafísico, não pode ser objeto de um discurso científico, que busca a verdade. De acordo com a lei comitiana dos três estados (teológico ou fictício, metafísico ou abstrato e positivo ou científico), passa-se com o positivismo do estado metafísico ao científico, ao se limitar à observação empírica – fatos e suas conexões causais. A única atividade científica era aquela fundada na experiência apreendida através do método causal-explicativo (positivismo naturalista), como, por exemplo, a criminologia (escola positiva italiana). A ciência jurídica será verdadeira ciência enquanto se fundar sobre fatos indiscutíveis. O método positivo, baseado na observação, na experimentação e na formulação das leis, é indispensável nas ciências, devendo ser estendido a todos os domínios. Só há um modo de pensar, o positivo, que tem validade universal. **Os juristas devem se tornar sociólogos, visto que o Direito, como tudo que é vivo, desenvolve-se seguindo as leis por ele determináveis. Sendo o Direito um fato como os outros (realidades naturais), as leis jurídicas se limitam a exprimir as relações necessárias entre os homens, submetidas às transformações impostas pelo progresso (PRADO, 2016, p.256, grifo nosso).**

⁴⁷ BRASIL. Lei 11.343/06. Art. 28, § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

no vácuo social. Logo, se valendo da linguagem da teoria dos sistemas, enquanto as doutrinas legais são normativamente fechadas, permanecem cognitivamente abertas: o ambiente na qual elas operam criam interferência a qual o sistema legal relativamente fechado precisa incorporar (LACEY, 2016, p.22).⁴⁸

Assim, é possível verificar que o fenômeno da criminalização, quando estudado dentro das teorias jurídico-penais, também está sujeito às interferências do ambiente em que operam, e nisto também se coaduna ao pensamento de Roxin, para quem a política criminal, neste sentido, funciona como o elemento de transição das influências do ambiente junto ao dogmatismo da ciência jurídica.

1.3.3. Escola Finalista

A construção jurídico-penal lastreada na epistemologia ontológica é de grande relevância não só para ordenação lógica e consequente do sistema, mas para maior segurança jurídica e mais estreita aproximação do seu desiderato último: a justiça material.

Ao se adentrar nos meandros da ontologia, vê-se, claramente, que “tudo que ali se descobre, e se adquire de imediato, é só certeza para a planificação da atividade correspondente, assim como para o seu desenvolvimento, com a orientação firme e segura que proporciona o conhecimento da estrutura da matéria que nela está envolvida. A matéria que opera o Direito Penal é o homem e o que faz. Tudo tem ou deve ter sua harmonia, suas proporções e seu equilíbrio.

Também o tratamento punitivo do homem e do que faz. Mas para isso, para poder aplicar-lhe o tratamento idôneo, o necessário e o proporcionado, deve-se, como se faz em todo tipo de atividade humana, científica ou não, se não se quer provocar riscos e catástrofes de consequências incalculáveis, conhecer bem a matéria, quer dizer, o homem e a atividade que realiza”.

A primeira estrutura lógico-objetiva, apontada por Welzel⁴⁹, é o conceito ontológico de ação humana como atividade dirigida a um fim. Essa estrutura pré-jurídica, essencial para

⁴⁸ No original: I am sympathetic to the idea that legal doctrines do have a certain autonomy, and are not susceptible to the straightforwardly reductive socio-political explanations ventured by some versions of Legal Realism or Law and Economics, it is clear that legal doctrines do not develop in a social vacuum. Therefore, to put the point the language of systems theory, while legal doctrines are normatively closed, they remain cognitively open: and the environments in which they operate create interference which the relatively closed legal system has to incorporate (LACEY, 2016, p.22).

⁴⁹ Welzel exponencia o movimento que posteriormente se categorizou como a Escola Moderna Alemã, onde Luiz Régis Prado acentua: No contexto do positivismo crítico se enquadra também a escola sociológica alemã, jovem escola ou escola de política criminal, nascida graças aos estudos de Franz Von Liszt – o maior político-

o Direito Penal, decorre do exame das funções e dos instrumentos da legislação penal. Dado o fim do Direito Penal de proteção de bens jurídicos, que há de ser alcançado através das normas de determinação (mandamentos e proibições), “a capacidade do ser humano de causar ou de evitar resultados por meio de uma atividade final, expressada na estrutura final da ação, converte-se em substrato direto do Direito Penal e, com isso, a finalidade em sua estrutura lógico-objetiva”.

Outra vem a ser a culpabilidade, a partir da concepção do homem como um ser responsável (autodeterminação conforme a um sentido). Com o finalismo se opera um giro copernicano na sistemática jurídica do delito: o atuar humano é uma atividade ordenada finalisticamente, o que exige o exame de seu conteúdo subjetivo (vontade), não se tratando de simples processo de natureza causal, objetivo e “cego”; a tipicidade inclui elementos objetivos (tipo objetivo) e elementos subjetivos (tipo subjetivo); a ilicitude tem conteúdo objetivo e subjetivo, sendo o injusto pessoal (desvalor da ação e desvalor do resultado); e a culpabilidade entendida como normativa pura (imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude).

criminólogo alemão –, Adolphe Prins, Gerard van Hamel e Karl Stoos. Configurava-se como uma direção de política criminal, tendo importante função conciliatória e ordenadora. O ponto de partida era a neutralidade entre livre-arbítrio e determinismo, com a proposta de imposição de pena, com caráter intimidativo, para os delinquentes normais e de medida de segurança, para os perigosos (anormais e reincidentes), sendo esta última com objetivo de assegurar a ordem social, como fim único da justiça. Cumpre notar que Von Liszt deu à ciência do Direito Penal uma nova e mais complexa estrutura. **Ela vem a ser uma disciplina completa, resultante da fusão de outras disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política criminal: a gesamte Strafrechtswissenschaft (ciência total do Direito Penal).** Para conhecê-la, faz-se necessário que a formação do penalista seja jurídica e criminalística; a explicação causal do delito e da pena há de ser entendida como criminológica, penológica, e de pesquisa histórica sobre o desenvolvimento da delinquência e dos sistemas penais; e, finalmente, é necessária a elaboração de uma política criminal, como sistema de princípios, em bases experimentais, para crítica e reforma da legislação penal. A política criminal encontra seu limite na lei penal, na qual o princípio da legalidade representa um baluarte de defesa social. Daí as afirmações gráficas de que “o Código Penal é a Magna Carta do delinquente” e de que “o Direito Penal é a insuperável barreira da política criminal”. As suas características podem ser assim enumeradas: (a) a distinção entre o Direito Penal e as demais ciências criminais – criminologia; (b) o método lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; (c) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; (d) a imputabilidade e a periculosidade; (e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de luta contra o delito; (f) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade do delinquente: é a denominada pena finalística ou pena de fim (Zweckstrafe), em que coexistem a prevenção geral e a prevenção especial (intimidação/adaptação artificial), com prevalência da última. A ideia de mal – imanente à pena – pode ser valorada por sua referência direta a uma finalidade: “A pena retributiva se transforma em pena determinada totalmente pela prevenção ajustada a um fim”; (g) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas; e (h) o desenvolvimento da política criminal. Em 1888, os doutrinadores citados fundaram a União Internacional de Direito Penal, que teve como sucessora a Associação Internacional de Direito Penal, organização destinada a promover, por meio de congressos e seminários, estudos científicos sobre temas de interesse das ciências penais (PRADO, 2017, p. 174, grifo nosso).

O método ideal para descobrir as estruturas essenciais e permanentes do ser é o fenomenológico, cuja essência está em considerar fenômeno tudo o que é imediatamente ou diretamente dado à consciência e intuitivamente apreendido mediante a intuição não sensível. Ao depois, procede-se primordialmente por ordem lógico-dedutiva (método axiomático).

Entre as posturas finalistas, prepondera a concepção moderna, para alguns, ortodoxa, em que concorrem igualmente para a formação do injusto pessoal o desvalor da ação e o desvalor do resultado. A tese subjetivista, que sustenta estar o injusto perfeito tão somente com o desvalor da ação, sendo o desvalor do resultado mera condição objetiva de punibilidade, está praticamente superada. Importa agregar que, nos tempos atuais, refuta-se a metodologia finalista, a tese da vinculação do Direito às estruturas lógico-objetivas (conceito finalista de ação), mas aceitam-se, no geral, as suas consequências para o sistema da teoria jurídica do delito (PRADO, 2017, 189)

1.3.4. Escola Normativista

Há mais de trinta anos veio se impondo de forma crescente um enfoque normativista das questões jurídico-penais. Dois foram os autores que mais contribuíram para esta evolução: Roxin e Jakobs. Roxin publicou um trabalho em que atacou o conceito final de ação por se basear em uma ótica ontológica inadequada às necessidades do direito e ao caráter normativo do conceito de delito (MIR PUIG, 2013, p.320).

Sem embargo o normativismo de Jakobs é muito mais radical que o de Roxin. Este admite que o normativismo encontra limite na realidade empírica, a qual teria suas próprias exigências e condicionaria as construções jurídicas e as soluções a que se deve conduzir. De outro lado, postula uma dogmática do Direito Penal aberta a princípios político-criminais para interpretar as normas jurídico-positivas. Jakobs, ao contrário, seguindo Luhmann, contempla o Direito como um sistema normativo fechado, autorreferente e limita a dogmática jurídico-penal à análise normativa funcional do direito positivo (MIR PUIG, 2013, p.321).

Tal distinção, mesmo dentro do prisma normativista, tende a operar consequências diversas na aplicação de dispositivos legais e resguardo de garantias individuais, o que, na práxis do sistema de justiça criminal onde se ver processar os crimes de droga legitima verdadeira exclusão de cidadania dos indivíduos sujeitos à responder uma ação penal.⁵⁰

⁵⁰ Ou ainda, a síntese de PRADO: Essa tendência é marcada especialmente por dois movimentos: um, de caráter moderado, que busca permear o sistema jurídico-penal de aspectos teleológicos e axiológicos (normativismo funcional teleológico); o outro, de matiz radical, que procura a renormativização total do sistema penal, em bases sistêmicas (normativismo funcional sistêmico). A distinção entre ambos está no ponto de partida da renormativização do sistema e suas categorias e no grau de absolutização do fator metodológico funcionalista.

Desse modo, na construção teleológica funcional, o sistema é orientado às finalidades político-criminais, levando-se em consideração valores e princípios garantistas. Já na construção funcionalista sistêmica, isso não ocorre, visto que leva em consideração simples necessidades sistêmicas, às quais se deve ajustar o sistema penal.

O Ponto nodular da sistemática normativo-teleológica ou racional-funcional é a inserção nas categorias dogmático-penais, em particular no conceito de delito, de elementos político-criminais. Na verdade, exprime essa postura mais um método de construção do sistema do que uma nova teoria do delito (PRADO, 2017, p.193).

Com uma preocupação de ordem prática, procura-se “salvar o sistema tornando-o, por sua vez, apto para a resolução de problemas. A solução diante do sistema fechado, por um lado, e o pensamento tópico, de outro, chama-se sistema aberto de orientação teleológica”.

Define-se o sistema penal com base em critérios teleológicos ou finalísticos decorrentes de decisões político-criminais. Em outras palavras, assinala-se à dogmática uma função político-criminal (sistema penal teleologicamente orientado).

Tem-se que o “avanço consiste principalmente em que se substitui a algo vaga orientação neokantiana aos valores culturais por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena”. O sistema deve ser, portanto, construído atendendo a finalidades valorativas: “Quando as finalidades reitoras se convertem diretamente em configuradoras do sistema, fica de antemão garantida a justiça do caso concreto (...) na medida em que isso é possível em um Direito vinculado à lei; já que toda constelação de casos se reduz ao fim da lei.” No Direito Penal estruturado teleologicamente, “as finalidades reitoras que constituem o sistema jurídico-penal só podem ser de tipo político-criminal, já que naturalmente os pressupostos da punibilidade devem ser orientados aos fins do Direito Penal” (PRADO, 2017, p.199, grifo nosso).

Numa alusão crítica aos sistemas anteriores, sustenta-se que “os três requisitos fundamentais que devem ser exigidos de um sistema frutífero – clareza e ordenação conceitual, referência à realidade e orientação a finalidades político-criminais – foram só parcialmente realizados, e com abandono a outros aspectos, com as desfigurações e superposições que hoje apresenta-se ante nossos olhos como teoria dominante, ainda que com

Mas a diferença principal reside nas referências funcionais em razão das quais se assinalam conteúdos aos conceitos. Ademais, o primeiro se preocupa com os fins do Direito Penal, e não só com os fins da pena, como o segundo (PRADO, 2017, 199).

muitas variantes”. **O Direito Penal é mais a forma em que as finalidades político-criminais se transformam em módulos de vigência jurídica.**

Dentro dessa perspectiva, atribuem-se funções político-criminais a cada categoria do delito: atribui-se à ação uma função limitativa; preventivo-geral e garantista ao tipo; solução de conflitos sociais e de unidade da ordem jurídica à ilicitude e realizadora da política criminal da finalidade da pena à culpabilidade.

Por último, “na categoria delitiva da ‘responsabilidade’ (...), trata-se de saber se o agente individual merece uma pena pelo injusto praticado. O pressuposto mais importante da responsabilidade é, como sabido, a culpabilidade do agente (...). Mas esta não é o único pressuposto, deve-se acrescentar ademais uma necessidade preventiva de punição” (PRADO, 2017, p.200, grifo nosso).

O funcionalismo sistêmico tem origem no campo das ciências biológicas, especialmente na biologia molecular, nos anos 70 do século XX, graças aos estudos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, passando, depois, ao domínio das ciências sociais (sistemas sociais como sistemas autorreferenciais de comunicação), por obra do sociólogo alemão Niklas Luhmann⁵¹.

A sociedade se caracteriza pela organização (auto) reprodutiva e circular dos atos de comunicação, é um sistema autorreferente e autopoietico (sistema compreensivo das comunicações). O sistema social é um sistema comunicativo, que tem a participação do indivíduo, mas que não é integrado por ele. Em outras palavras, a sociedade se compõe de comunicações e não de seres humanos. Estes últimos pertencem ao ambiente que a envolve: entre o homem e a sociedade só existe uma relação ecológica. Os sujeitos nessa teoria são os sistemas, nunca os indivíduos. Trata-se de uma sociedade sem homens.

Nesse contexto, o sistema jurídico se torna um subsistema social caracterizado funcionalmente pela presença de um código binário peculiar, de natureza normativa (lícito/ilícito). Em razão dessa diferença fundamental, o Direito processa toda informação que

⁵¹ Sobre o sistema normativo: A partir daí, a teoria da autopoiesis biológica é concebida como modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais. Tem como premissa maior a noção de autorreferência e circularidade, característica não apenas dos seres vivos, mas também dos sistemas sociais. Autopoiesis quer dizer autoprodução, atividade própria. Constitui uma forma particular de autoprodução, pela qual se mantém a unidade e a totalidade do organismo celular. Desse modo, autopoiesis é a operação de autorreprodução de um sistema, mediante a qual o sistema cria sua própria estrutura e os elementos que a compõem. Trata-se de um sistema “autorreferencial no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma sequência de interação circular e fechada”. Os sistemas autopoieticos são auto-organizados, capazes de gerar sua própria ordem, e, também, autorreprodutivos, capazes de produzir seus próprios elementos. A autorreferência sistêmica vem a ser o mecanismo gerador da ordem sistêmica (estrutura) e das unidades sistêmicas (elementos). Para Luhmann, os sistemas sociais são sistemas cuja base reprodutiva é o sentido. Isso significa que os seus elementos constitutivos são comunicações e não seres humanos. Com efeito, no domínio social, a unidade de análise é o ato comunicativo: interação simbólica que dá lugar a certo padrão de conduta (PRADO, 2017, p.201).

precisa para sua própria reprodução autopoietica. Não se indica, contudo, o que é lícito (legal) ou ilícito (ilegal).

O Direito é, então, um subsistema social autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema comunicativo normativamente fechado. A sua particularidade como sistema social é ser normativo. O Direito, como regulador social, delimita o âmbito das expectativas normativas de conduta. Esse é o alicerce metodológico primeiro da teoria funcionalista sistêmica desenvolvida por Günter Jakobs para o Direito Penal (PRADO, 2017, 202).

Busca-se a reconstrução do sistema penal em novas bases normativas e sociológicas. Aliás, tem-se colocado em dúvida sua característica normativa, tendo-se como preferível classificá-lo como modelo sociológico, visto que “a construção dogmática perdeu toda autonomia valorativa (e, com isso, toda possibilidade de aportar princípios corretores) e se tornou escrava da constatação empírica de quais são as funções do subsistema jurídico-penal no sistema social”.

A proposta funcionalista sistêmica inverte a ordem lógica, conceituando o delito e suas categorias a partir dos fins da pena, com função preventiva geral positiva. A pena deve ser definida positivamente: “É uma mostra da vigência da norma à custa do responsável”. É uma reação diante da infração à norma, pela qual são reafirmadas tanto a sua vigência como da ordem jurídica. Isso resulta da confiança adstrita às normas e da fidelidade ao Direito. O delito é visto como um indício da falta de fidelidade ao Direito (é o ato comunicativo que atenta contra essa fidelidade) que põe em perigo a vigência do sistema normativo, derivando daí a resposta penal, como reafirmação daquele. Isso significa prevenção geral, mediante o exercício de fidelidade ao Direito, “como exercício no reconhecimento da norma”.

Aduz-se, ainda, que a pena como infração à norma não deve ser considerada somente como um acontecimento exterior, mas também significa algo, isto é, que o significado do comportamento infrator não é determinante e que a determinante continua sendo a norma. Demonstra-se, assim, que o autor não se organizou corretamente: deve ser privado de meios de organização. Esta réplica diante da infração à norma, executada à custa do infrator, é a pena.

Resumindo: missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, diante do questionamento da norma”. Ao Direito Penal cabe restabelecer no plano comunicativo a vigência perturbada da norma, por meio da pena que, como resposta, confirma a norma.

O normativismo que Roxin opôs ao finalismo desvinculou o fundamento da dogmática de exigências ontológicas, para se basear em decisões político-criminais – como a atribuição das penas e medidas de segurança a uma função de proteção de bens jurídicos por meio da prevenção aos delitos (MIR PUIG, 2013, p. 327).

Basear a teoria jurídica no reconhecimento de que o Direito há de servir ao cidadão me parece obrigatório para uma concepção democrática do direito. É evidente que isso supõe a renúncia de uma teoria jurídico-penal válida para qualquer contexto político (MIR PUIG, 2013, p. 333).

A combinação de elementos físicos e normativos que caracteriza toda a realidade social deve ser levada em conta na análise jurídica, iniciando pela função do direito. Em um Estado social e democrático corresponde ao Direito Penal uma função de prevenção limitada de direitos, entendidos estes como atos danosos para os interesses direitos ou indiretos dos cidadãos (MIR PUIG, 2013, p.334)

1.4. RESPONSABILIDADE CRIMINAL NO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO

Como tratado preliminarmente, a questão das drogas dentro do sistema de justiça criminal ocasiona diversos efeitos secundários indesejados para a sociedade, respondendo sozinho por cerca de pelo menos 25% (vinte e cinco) por cento da população prisional brasileira, segundo os dados mais recentes do CNJ.⁵²

É, portanto, um grave fator de consideração da (in) segurança pública. Assim, qualquer problema na área de segurança pública é complexo, multidimensional e requer intervenções múltiplas e reiteradas, ao longo de considerável período de tempo, a menos que se trate de operações espetaculares. Mas estas, por definição, servem apenas para encher os olhos dos que se deixam ludibriar pelos grandes gestos teatrais ou, nesse caso, cinematográficos. As grandes produções raramente servem à efetiva solução do problema (SOARES, 2000, p.328).

Neste sentido, a responsabilidade criminal, incluindo a das drogas, vem sendo repensada e reconfigurada para além dos vetores do Direito Penal, no esforço de solucionar graves problemas do tecido social.

Alguns pesquisadores preferem destacar a importância do decréscimo do número de jovens na população. A composição demográfica de uma sociedade costuma determinar as

⁵² CNJ. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Cadastro Nacional de Presos. Disponível em << <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>> Acessado em 01.09.2018.

chances de expansão ou retração da criminalidade. Em todo o mundo, os crimes violentos tendem a ser praticados por jovens do sexo masculino entre os quinze e os trinta anos, mais especificamente entre os dezessete e os 25 anos. São também eles as vítimas predominantes (SOARES, 2000, p.350).

A economia e a demografia são fatores da maior relevância e com certeza contribuíram para o declínio da criminalidade norte-americana. Mas nunca tive dúvida de que a política de segurança pública também cumpriu um papel muito significativo (...) A reforma não se resume a uma ou duas medidas. Foram muitas e combinadas, formando um conjunto coerente. Não se muda a polícia e a segurança pública com um par de iniciativas isoladas (SOARES, 2000, p.351).

O controle dos espaços pelo Estado e sua integração à ordem urbana exercem efeitos até mesmo sobre a percepção social do risco e a sensação coletiva de insegurança. Um exemplo do poder simbólico e emocional de contágio – positivo e negativo – dos cenários urbanos foi a receptividade popular aos resultados alcançados pela nova política no primeiro ano. A quantidade dos principais crimes no metrô de Nova York, por exemplo, já havia caído drasticamente sem que a população reconhecesse a redução e perdesse o medo do metrô. Somente quando os trens foram pintados e as estações reformadas é que a população começou a aceitar a realidade dos novos números da violência e a viajar de metrô sem medo (SOARES, 2000, p.354).

O movimento de ruptura anunciado também se inclina diante da pretensão da razão jurídica acerca do processo de responsabilização criminal. Neste sentido, o anseio de ver esta ou aquela conduta criminalizada, ou vice-versa, descriminalizada, não ecoa somente os ritos legislativos de comissões e fundamentos da ordem positiva. Como bem enuncia Lacey, há outros atores no jogo, tendo Roxin destacado especificamente a política criminal.

Assim, a construção da responsabilidade criminal implica na observação de outros elementos para além do direito, como a opinião pública, ou sentimento moral da sociedade, como, por exemplo, narra Luís Eduardo Soares: *“você acha que quando deito minha cabeça no travesseiro, como um indivíduo, um ser humano, não penso exatamente como você e o João? Claro que sim. Você me conhece. Sabe que compartilho seus sentimentos sobre a recuperação despesas. Mas como é que eu, como governador, vou admitir uma coisa dessas? Como é que, num caso como esse, posso dizer o que penso? Não sou apenas um indivíduo, sou o representante de toda a sociedade. Tenho que procurar expressar o que a sociedade sente. Tenho que me subordinar aos seus valores”* (SOARES, 2000, p.458).

O relato (dramático) do agente político indica a relação entre os elementos da sociedade que legitimam todo o processo de responsabilização criminal. Por exemplo, a despeito da tendência anunciada pelos países centrais do novo tratamento penal dado ao ciclo econômico da cannabis, inclusive mediante a redistribuição social dos frutos fiscais da nova arrecadação que se avizinha, no Brasil, permanece, com solidez até o sentimento da necessidade de manutenção da política criminal que implica na responsabilização criminal.⁵³

Não se trata, todavia, da busca pelo alinhamento automático aos países centrais, no entanto, importa reconhecer que a atual política criminal sobre drogas decorre da influência política de tais nações, cujos substratos fundamentaram a implantação de tal modelo no Brasil. Logo, permanecer ancorado em tal perspectiva implica no mínimo em movimento isolacionista, cuja continuidade demandará a adequação de normas, instituições e agentes.

Por outro lado, conforme vem se observando ao longo das ideias que fundamentam esta investigação, é preciso compreender que os vetores do processo de criminalização de determinada conduta se orientam em movimentos nem sempre alinhados a determinada doutrina jurídica ou pensamento filosófico, fazendo parte, por vezes do campo da subjetividade dos cidadãos que alimenta, a seu turno, ciclos de poder político e econômico.

Por hora, importa destacar a medida de saberes da contemporaneidade a respeito da responsabilidade criminal e sua relação com a questão das drogas.

1.4.1. Funcionalismo penal sistêmico de Claus Roxin

Com segurança, o pensamento de Claus Roxin encontra eco ao longo desta investigação como linha de orientação dos argumentos que vem se destacando na condução de soluções dos problemas sociais, aí incluída a questão das drogas.

Se os questionamentos político-criminais não podem e não devem adentrar no sistema, deduções que dele corretamente se façam garantirão soluções claras e uniformes, mas não necessariamente ajustadas ao caso. De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada: Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável ao sistema? (ROXIN, 2012, p.7, grifo nosso)

A síntese acima inaugura uma nova forma de pensar dentro do pensamento da dogmática jurídica, na medida em que rompe com o tabu sustentado por Von Liszt, na

⁵³ Em pesquisa realizada pela empresa canadense Vox Pop Labs e oferecida no Brasil pelo Portal G1, mais da metade das pessoas que responderam a pesquisa disseram discordar da ideia de legalizar a maconha no Brasil. Disponível em << <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/11/06/sintonia-eleitoral-maioria-contraria-a-legalizacao-da-maconha.ghtml>>>. Acessado em 06.11.2018.

afirmação de que o direito penal e a política criminal estão separados por uma barreira intransponível.

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana (ROXIN, 2012, p.20).

De modo significativo em relação às argumentações objeto da presente investigação está o pensamento esposado por Claus Roxin, sendo que este descreve a tarefa do desenvolvimento da sistematização, tendo como exemplo o instituto da legítima defesa. No caso da pesquisa, pode-se ter como necessário o mesmo esforço para os delitos tipificados no art. 28 e 33 da Lei de Drogas, cuja antijuridicidade não assegura a presença dos elementos da fenomenologia das relações fáticas (ROXIN, 2012, p.66)

Na lição de Roxin acerca do desenvolvimento científico do instituto da legítima defesa, por exemplo, tem-se que: "A tarefa de desenvolvimento desses princípios jurídicos procede de maneira distinta da interpretação dos tipos: para cada excludente de ilicitude deve ser esboçada uma fenomenologia das relações fáticas típicas (que na legítima defesa seriam aproximadamente, agressões de crianças, jovens, inimputáveis, agressões à honra ou a integridade física. Desta maneira, surgirá um quadro estruturado das manifestações da vida, algo que se poderia chamar de um mapa da legítima defesa.

A autonomia político-criminal, dogmática e metodológica do campo de justificação (legítima defesa) permite também conclusões a respeito do significado do princípio nullum-crimen para os direitos de intervenção. Já que a existência ou não de um tal direito contribui para determinar o caráter delitivo de um comportamento, o art. 103, parágrafo 2.o da Lei Fundamental evidentemente vale também aqui. Mas do exposto conclui-se que o postulado da determinação legal não vige como princípio estrutural desta categoria do delito, mas só como limite da modificabilidade dos princípios sócio-regulativos. **Isto significa: já que os direitos de intervenção se originam de todos os ramos do direito e, como demonstra o exemplo do estado de necessidade supralegal, também podem ser deduzidos dos princípios gerais do direito positivo, ainda que inexista expressa fixação legal, a evolução dos outros ramos do direito, independente do princípio nullum-crimen, influi de modo direto sobre a extensão da punibilidade, sem que o Código Penal precise ser modificado** (ROXIN, 2012, p. 63, grifo nosso).

Um tal introdução da política-criminal no campo jurídico da ciência do direito penal não acarreta a desistência ou relativização do pensamento de sistema, cujos rendimentos para a clareza e segurança jurídica são indispensáveis; pelo contrário, um sistema teleológico como o aqui esboçado deixa transparecer as estruturas internas de determinado ramo do direito, que só podem estar no mundo normativo, de modo muito mais nítido que um sistema deduzido de axiomas ou abstrações (ROXIN, 2012, p.82).

Por fim, apesar de sua fundamentação normativa, uma tal dogmática está bem mais estreitamente ligada à realidade que a feita no reino das pirâmides sistemáticas de conceitos. Pois enquanto abstrações cada vez mais altas se afastam numa razão crescente da realidade, o desenvolvimento dos pontos de vista político-criminais exige que passe em revista toda a matéria de regulamentação; só a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta, isto é, adaptada às peculiaridades do caso concreto (ROXIN, 2012, p.83).

A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça (ROXIN, 2012, p.85)

As diretrizes político-criminal de sistematização e interpretação por mim apontadas devem ser somente motivos retores (*leitmotive*), princípios ordenadores, com predominância na hierarquia dos *topoi*⁵⁴ a serem sopesados, que não tem pretensão da exclusividade, nem de sufocar outros pontos de vista; isto nos faria retornar àquele esquematismo que com razão se critica os sistemas lógico-conceituais, agora sob um rótulo político-criminal (ROXIN, 2012, p.98).

1.4.2. Ideias, interesses e instituições no pensamento de Nicola Lacey

Dentro do panorama de vanguarda do pensamento a respeito da categoria responsabilidade criminal, destaca-se o pensamento de Nicola Lacey, sintetizado por ela própria como segue: *Minha hipótese inicial a respeito do papel simbólico e prática desempenhado pela responsabilidade no direito penal pode ser sintetizado da seguinte forma: O desenvolvimento das ideias de responsabilização pelo crime, são na raiz, respostas a problemas estruturais de coordenação e legitimação deparados pelos sistemas do direito penal ao perseguir suas funções sociais dominantes pelos meios de expressão e regulamentação. O conteúdo e a ênfase desses problemas e das funções do direito penal, estão sujeitos a alterações de acordo com o ambiente nos quais estejam operando, com importantes fatores, como a distribuição do interesse do poder político e econômico, o ambiente cultural e intelectual predominante, a organização e o status relativo dos grupos*

⁵⁴Lugares comum de início a uma determinada argumentação, extraído do pensamento de Aristóteles, segundo lição de Jorge Ferigolo in A Epistemiologia de Aristóteles, 2014, Editora Vale dos Sinos.

profissionais e o vigor dos meios alternativos de ordenação social. Este ponto de partida implica que a abordagem mais iluminada à responsabilidade criminal será interdisciplinar e interinstitucional (LACEY, 2016, p.13).⁵⁵

O Estado, parece-me, deve ser pensado como produtor de princípios de classificação, isto é, de estruturas estruturantes capazes de serem aplicadas a todas as coisas do mundo. O desenvolvimento do Estado garante também na intervenção penal a força da categorização, classificando condutas, interesses e penas de acordo do a emanção do poder simbólico que se traduz na aplicação do Direito Penal.

Essas forças simbólicas são princípios de construção da realidade social: os agentes sociais não são simplesmente partículas movidas por forças físicas, são também agentes conhecedores que portam estruturas cognitivas (BORDIEU, 1991, página 227)

O Estado é essa instituição que tem o poder extraordinário de produzir um mundo social ordenado sem necessariamente dar ordens, sem exercer coerção permanente – não há um guarda atrás de cada motorista (...) Impor estruturas cognitivas e avaliativos idênticas é fundar um consenso sobre o sentido do mundo (...) O Estado é o principal produtor de instrumentos de construção da realidade social (BORDIEU, 1991, página 230).

Não há coisas que são constitutivas do Estado a ponto de hoje parecerem óbvias que não tenham sido obtidas sem drama: tudo foi conquistado.

Para compreender o Estado há que ver que ele tem uma função simbólica. Para entender essa dimensão simbólica do efeito de Estado há que compreender a lógica do funcionamento desse universo de agentes de Estado há que compreender a lógica do funcionamento desse universo de agentes de Estado que fizeram o discurso de Estado – os leigos, os juristas – e compreender quais os interesses genéricos que tinham em relação aos outros e, também quais interesses específicos tinham em função de sua posição no espaço de suas lutas – por exemplo, a nobreza de toga em relação à nobreza de espada.

⁵⁵ No original: Responsibility has distinctive structural roles in legitimating and coordinating patterns and practices of criminalization understood as a form of social regulation (p.13) My initial hypothesis about the symbolic and practical role played by responsibility in criminal law can be summed up in the following way. The development of ideas of responsibility for crime, are at root, responses to structural problems of coordination and legitimation faced by systems of criminal law in pursuing its prevailing social functions by both expressive and regulatory means. The content and emphasis of these problems, and of criminal law's social functions, can be expected to change according to the environment in which the system operates, with important factors including the distribution of political interests and economic power, the prevailing cultural and intellectual environment, the organization and relative status of professional groups, and the array and vigor of alternative means of social ordering. This starting point implies that the most illuminating approach to criminal responsibility will be both a multi-disciplinary and a cross-institutional one (LACEY, 2016, p.13).

Neste contexto, a participação de tais agentes de Estado revela a engrenagem inicial dos interesses em jogo na formulação de uma abordagem repressiva na questão das drogas, implicando o aumento de efetivo policial, investimento em armas e mecanismos de vigilância, concorrendo com o próprio aparato do Sistema de Justiça na distribuição das funções relacionadas ao tratamento da criminalidade originária de tais delitos.

A abordagem proposta por Lacey permite a correlação dos elementos de sua análise central com a abordagem jurídico-penal da questão das drogas: a) por problemas estruturais de funcionamento e coordenação, é possível observar que a configuração social e jurídico da criminalização de certas drogas atendeu a parâmetros construídos por indivíduos e governos dissociados do cuidado dogmático ou de elementos científicos substanciais, conforme exposição anterior deste trabalho.

Neste sentido, importa reconhecer que a ao passo que se mostraram tormentosas as decisões político-criminais tomadas em convenções internacionais, do mesmo modo é possível refazer o trajeto da criminalização mediante a propositura de parâmetros desta feita estruturados em bases sólidas, que atendam de modo democrático a vontade de cada sociedade.

No tocante a distribuição de poder e do interesse econômico, observa-se das experiências iniciais referentes a cadeia de produção, armazenamento e comercialização da maconha, potencial expressivo de introdução de tal atividade no ciclo econômico de cada país.

No Estado do Oregon, por exemplo, o dinheiro advindo da venda da maconha já está sendo distribuindo ao sistema educacional, polícia, fundos estatais, dentre outros serviços, em cifras que já passam de \$85 milhões de dólares.⁵⁶

Com maior ênfase, o Canadá, cuja novel legislação⁵⁷ regulamentou praticamente todo o ciclo econômico da maconha, e cujo efeito inclusive já se aponta nos países em desenvolvimento, cuja produção tende a ameaçar e prejudicar os agricultores em países periféricos.⁵⁸

⁵⁶ Disponível em <<https://www.oregonlive.com/marijuana/index.ssf/2017/10/oregon_pays_out_85_million_in_1.html>>. Acessado em 10.10.2018.

⁵⁷ Canada Act S.C.2018 Disponível em <<<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-24.5/>>>. Acessado em 01.11.2018

⁵⁸ Disponível em <<<https://edition.cnn.com/2018/10/17/world/cannabis-developing-countries-intl/index.html>>>. Acessado em 20.10.2018.

Em síntese, no tocante a maconha, especificamente, pode-se vislumbrar um futuro de introdução da *cannabis* como verdadeira *commodity*. Há um novo mundo no tocante ao tratamento do chamado “*green money*” e os países desenvolvimento vêm paulatinamente se posicionando no mercado global, enquanto o discurso interno do Brasil, por exemplo, ainda se mostra reticente na apresentação à sociedade dos amplos elementos a serem considerados.

O ambiente cultural predominante, todavia, vem se fortalecendo no sentido de ampliar a discussão acerca da responsabilização criminal, incluindo as ditas Marchas da Maconha, cuja constitucionalidade foi objeto de deliberação por parte do STF na ADPF 187.

A organização de instituições profissionais, dentro e fora do sistema de Justiça, também demonstra certo grau de maturação acerca do questionamento da ideia de criminalização indiscriminada, conforme se posiciona o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.⁵⁹

De modo concreto, identifica-se a Defensoria Pública, função essencial à justiça, inscrita no art. 134 da Constituição Federal⁶⁰, cuja atuação culminou no primeiro grande passo rumo a análise da questão das drogas pelo Supremo Tribunal Federal, no caso, a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, objeto das considerações deste trabalho no capítulo 3.

Assim, a investigação acerca do dispositivo da Lei 11.343/06 não pode se render aos elementos normativos exclusivos do marco regulatório que ela representa. Ao contrário, importa desintegrar a criminalização das drogas ilícitas mediante a discussão das práticas sociais, dos elementos formais de imputação formal e dos termos práticos que isso representa.

61

Assim, o desvendar do processo de criminalização das drogas pode revelar os fundamentos reais que sustentam sua manutenção, apesar dos efeitos e repercussões sociais.

⁵⁹ Disponível em << <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14178-Nota-Publica>>> . Acessado em 06.11.2018.

⁶⁰ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

⁶¹Neste sentido, Lacey: Criminal law is a form of regulation. But, at first sight, the idea that responsibility - generally thought of as a normative, legitimating concept - must be understood in the context of prevailing practices and patterns of criminalization - a positive concept. Yet it is fundamental to my underlying argument that normative concepts are shaped by both their institutional and political (broadly speaking) environment and their practical tasks, **The development and survival of key doctrinal and substantive aspects of criminal law is accordingly likely to depend on their direct or indirect contributions to the regulatory objectives of the criminal process (LACEY, 2016, p.32, grifo nosso).**

Neste sentido, o pensamento moral dominante também é elemento-chave de interpretação e convencimento, o qual não se pode afastar como algumas teses abolicionistas mais radicais.

O argumento de Lacey, neste ponto, pode ser entendido como viés de ampliação em relação a teoria de Roxin, a qual inclui de modo direto a política criminal no entendimento da teoria do crime, enquanto Lacey adverte quanto a própria sobrevivência dos pontos dogmáticos essencial do direito penal a apartar de sua contribuição para os objetivos regulatórios do processo penal⁶².

A discussão acerca da tipicidade das drogas, portanto, pode ser entendida tanto pelo seu elemento de cima para baixo, a partir dos dispositivos incriminadores da Lei de Drogas, como também pela associação deste elemento normativo aos grupos de pressão que ensejem a obediência ao texto da lei.

Assim, a adoção de novos parâmetros ou práticas criminais referentes ao tema enseja não somente a argumentação jurídico-dogmática quanto a constitucionalidade do crime, seja de uso ou das gradações do tráfico, como também em relacionar elementos da sociedade que atestem as regras de obediência necessária à formatação do novo quadro de responsabilidade.

Com efeito, pode-se raciocinar a desconstrução da responsabilização criminal a partir dos elementos que lhe dão sustentação, e neste ponto o pensamento de Lacey leva ao entendimento de que o dispositivo formal, de natureza hierárquica, é apenas uma das matérias-primas utilizadas na empreitada.

O controle social realizado pelas comunidades, organizadas ou não, famílias, clubes e agremiações religiosas, por exemplo, implica no reforço da criminalização normativa, bem assim como se constitui em próprio elemento de fundação do crime.

Portanto, o afastamento da norma penal no âmbito da dogmática jurídico-penal, seja por meio da intervenção do Poder Judiciário, seja pela introdução de novos dispositivos pelo Poder Legislativo, se traduz como resultado de um movimento iniciado ainda no alinhamento da responsabilidade criminal com os controles sociais existentes.

62 The actors in the regulatory space of criminalization include, I shall argue not only legislatures, courts, governments, regulatory agencies, formal criminal justice agencies such as police, prosecution, probation, and prison services but also the full panoply of non-governmental collectivities, such as pressure groups, private security services, other corporations, and indeed – crucially – individual members of society (p.16). It is perhaps one of the most persistent myths about criminalization that it operates, primarily, in hierarchical regulatory mode. This image of criminalization as a hierarchical system is strongly associated with the role of law in the overall regulation of crime. Like most myths, the idea of criminalization as hierarchical has a basis in truth. At the level of standard -setting, courts and legislatures play a leading role, bringing with them the centralizing and top-down aspects of the command and control model. But this is only – indeed less than – half the truth: an image which is itself a product of thinking about criminal law in isolation from the regulatory contexts in which is interpreted and enforced. The law in the books is not the same law in action

A legitimidade, assim, demonstra-se a partir da interação entre os elementos normativos e a pluralidade de anseios e ideias da comunidade.

Diante da complexidade do fenômeno da criminalização, a questão das drogas também demanda a análise dos agentes políticos e corporações interessadas no tratamento da questão. Onde residem os interesses das corporações que atuam no sistema de justiça criminal e das empresas privadas que gerenciam as unidades prisionais? ⁶³

Não será objeto deste trabalho a investigação científica de tais interesses, todavia, importa apontar para onde convergem, ao menos em parte, os interesses das corporações na manutenção da criminalização das drogas ilícitas.

Com efeito, a ideia de que a tipicidade criminal ainda assume sua vertente de formadora do caráter ainda se encontra profundamente enraizada no imaginário social quando se trata da questão das drogas⁶⁴.

Interessante observação é que a percepção de tal fenômeno, quando disposta frente a outros delitos, recebe tratamento diferenciado, ou seja, acreditando na aplicabilidade das medidas de despenalização, como colaboração premiada, seja pela primazia da restituição do dano patrimonial, seja pelo ressarcimento de danos ao erário. ⁶⁵

Novamente, o fenômeno da responsabilidade criminal das drogas se inclina em retroceder ao ideário do século XIX como medida de compreensão do suporte social que permite sua manutenção.

The legitimation of criminal law depends on a discourse of justice, right, or appropriateness, which increasingly, in democratic times, has come to involve the idea that all are equal before the law (p.79).

Ainda, a realidade é que o direito penal é formado por poderosos interesses: criado pelas elites, enquanto aplicado desproporcionalmente contra os não-elites. A estrutura desses

63 We need to add to the framework of regulatory actors, tasks and modalities a further set of analytic distinctions having to do with the assumptions which each regulatory modality makes about the subjects of regulation: in the case of criminalization, individuals and corporations. (LACEY, 2016, P. 20).

64 The growth of centralized state power, and the increasing ambition of the state's governance of its population, appears to have given rise, from the early nineteenth century onwards, to a certain confidence in the possibility of shaping the habits and dispositions of citizenship through the development of institutions such as criminal justice, the poor law, and, later, education and health systems (LACEY, 2016, p.54). In the early nineteenth century, the English state explicitly thought of criminal law as a key character-building institution, with its subjects being assumed, within both utilitarian and evangelical traditions, to be capable of shaping their characters according to the secular or religious incentive system and the disciplinary framework of the modern prison, and hence become law-abiding citizens (LACEY, 2016, p.54)

⁶⁵ Pesquisa Datafolha sobre Corrupção e a Operação LavaJato Disponível em <<<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/04/1965202-cai-percepcao-de-que-corrupcao-ira-diminuir-apos-lava-jato.shtml>>>. Acessada em 03.09.2018.

destes padrões de interesse e poder foi alterada ao longo do tempo, todavia, com consequências decisivas para as doutrinas e práticas do direito penal (LACEY, 2016, p.79).

Importa, contudo, reconhecer que a identificação de uma estrutura de interesses e relações de poder ⁶⁶no desenvolvimento e aplicação da responsabilidade criminal não afasta a autonomia do direito como ciência, a qual deve ser compreendida sem reducionismo, voluntarismos ou simplificações, dentro de uma perspectiva essencialmente democrática.

O crescimento e o aumento da organização e poder das profissões legais forneceram tanto um incentivo quanto o mecanismo para o desenvolvimento de refinadas doutrinas da responsabilidade. Isto afetou a coordenação pela estipulação de novas formas de provas, criando novos interesses, formatando o design e a implementação de um processo penal geral e o julgamento criminal em particular. Profissionais do sistema de justiça penal também emergem nesse período.⁶⁷

O enfoque daquilo que Lacey denomina de poder profissional, como categoria da relação especial de interesse que ajuda a configurar a responsabilização criminal pode ser também identificado na aplicação do tratamento da questão das drogas.

Novas modalidades de agência passam a ser desenvolvidas, em especial a Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, cujo papel regulamentador, na questão das drogas é absolutamente essencial à formação da tipicidade penal, na medida em que completa a norma penal em branco do art. 33 da Lei de Drogas.⁶⁸

No plano profissional ainda surgem as categorias de assistência social, psicologia, peritos das organizações policiais, até cachorros treinados especialmente para apuração dos ilícitos relacionados, com destaque para a formação de peritos exigidos para lavratura do laudo de constatação da natureza da droga, condição essencial para imposição da prisão em flagrante de eventual custodiado.⁶⁹

⁶⁶ Sobre o poder econômico: During the last 250 years, formal distinctions of status hierarchy based on class, gender, and later, ethnicity have gradually been eroded with important implications for the distributions of symbolic or cultural power, and for the problems of political legitimation faced by criminal law. Yet economic inequality has been growing steadily since the early 1970s (p.82).

⁶⁷ No original: The growth and increasing organization and power of the legal profession provided both the incentive and the mechanism for the development of refined legal doctrines of responsibility. It has affected coordination by mandating new forms of evidence, and creating new interests, shaping the design and implementation of the criminal process quite generally and of the criminal trial in particular. Specialized criminal justice professionals also emerged in this period.

⁶⁸ BRASIL. Lei 11.343/06. Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

⁶⁹ BRASIL. Lei 11.343/06. Art. 50 § 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

No Poder Judiciário, por seu turno, toda uma nova estrutura é desenvolvida com a criação das Varas Especializadas, Juizados, no que se faz acompanhar o órgão do Ministério Público e a Defensoria Pública designando novos membros para atuar na unidade.

No Amazonas, cita-se como exemplo, além dos Juizados Especiais Criminais a Vara Especializada em Medidas e Penas Alternativas – VEMEPA, responsável pelo acompanhamento das medidas alternativas relacionadas com a aplicação do art. 28 da Lei de Drogas.

A respeito dos integrantes do sistema de justiça, torna-se relevante o empenho do conceito de oficialidade como agentes construtores da verdade aceita socialmente. Assim, há um certo número de agentes sociais – entre os quais, os juristas, que representam um papel eminente, em especial os detentores desse capital de recursos organizacionais que era o direito romano.

Esses agentes construíram progressivamente esta coisa que chamamos de Estado, ou seja, um conjunto de recursos específicos que autorizam seus detentores a dizer o que é certo para o mundo social em conjunto, a enunciar o oficial e a pronunciar palavras que são, na verdade, ordens, porque têm atrás de si a força do oficial (BORDIEU, 1990, página 66).

Os denominados profetas jurídicos também manifestam o oficial diante das situações de ruptura com o próprio espaço público, no caso do RÉ XXX se evidenciam bem o caso-limite, na medida em que os juristas são pessoas que a um só tempo afirmam o oficial, mesmo nesses casos-limite em que é preciso oficialmente transgredir o oficial. (BORDIEU, 1990, p. 93).

O justiceiro é o profeta jurídico automandatado que impõe outra forma de justiça profética. O justiceiro é um criador jurídico de certo tipo, que evoca uma justiça pessoal e privada no sentido comum jurídico, e que tem problemas com a justiça, é claro (BORDIEU, página 96, 1990).

A deliberação acerca das circunstâncias que determinam o enquadramento da tipicidade no uso ou tráfico de drogas é enunciada a partir da ação da autoridade policial, quase que de forma exclusiva⁷⁰ revelando que a seletividade penal se inicia na enunciação da vontade particular daquele determinado agente oficial em preponderar características pessoais ou geográficas no processo de tomada de decisão.

⁷⁰ 74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunha do caso. Disponível em << <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoas-traffic- apenas-policiais-testemunhas>>>. Acessado em 20.09.2018.

Nesse ponto, o destaque para adoção de parâmetros de atuação tende a afastar a pronúncia da justiça particular em detrimento de uma verdade pública e oficial, determinante o suficiente para conduzir as ações policiais preliminares.

A despeito do próprio discurso das instituições e instância do sistema de justiça, se tem que como observação pertinente o estabelecimento dos mecanismos de repressão, validados e legítimos a partir de concepções cotidianas, inventadas no discurso de guerra às drogas.

O que os profetas jurídicos ensinam é que, para funcionar, a profecia jurídica precisa ser autolegitimadora, e eles mostram que o Estado é *fictio juris* que fundamenta todos os atos de criação jurídica. É ele que faz com que a *fictio juris* ordinária seja esquecida como tal. Portanto, é ele que opera o que Max Weber chamaria de rotinização do carisma jurídico, banalização, cotidianização (BORDIEU, página, 96, 1990).

Logo, ao se estabelecer como contraponto novas argumentações jurídicas a respeito do tema, mesmo nos casos-limite como se tem a questão das drogas ilícitas, a *fictio juris* passa a ter novos capítulos, rompendo-se com a sistematização precedente para a adoção de novas rotinas de conduta e aferição de responsabilidade.

Nesse sentido, a profecia jurídica garante a reconfiguração da sociedade mediante o processo de garantir a legitimidade mesmo diante da verdade oficial.

O novo paradigma das drogas representa, assim, exemplo de reordenação social, política e institucional, inventando ou descobrindo novas verdades, legitimando novos atores e centralizando o indivíduo na medida de sua capacidade como sujeito de direitos e obrigações.

O poder das mídias de notícias e outros meios de comunicação em massa cresceu exponencialmente com a criação da internet, aumento o alcance e a velocidade nas quais imagens de crime, atividade criminal e da justiça criminal são difundidas. Isto tem um impacto inquestionável nas ideias da responsabilidade criminal e nos padrões da atribuição de responsabilidade, em particular, na capacidade da mídia de legitimar e deslegitimar ideias particulares de responsabilidade dentro do processo penal, bem assim como moldar a participação policial no direito penal e no sistema de justiça por meio do aumento do perfil de crime (LACEY, 2016, p.86).⁷¹

⁷¹ The power of the news media and other media of mass communication has grown exponentially with the creation the internet, increasing the reach and speed with which images of crime, criminality, and criminal justice are diffused. This has undoubtedly had an impact on ideas of criminal responsibility and patterns of responsibility-attribution, particularly in the media' s capacity to legitimize and delegitimize particular ideas of

A guerra às drogas também implica no embate cultural simbólico, cuja transformação social se depreende da utilização dos meios de comunicação em massa, ainda que não só deles, para garantir a validade social do uso de determinada droga, ainda formalmente criminalizada.

É de se destacar no Brasil, a existência de alguns trabalhos no campo das comunicações que propõe o questionamento da responsabilidade criminal, em especial do uso da cannabis, como o documentário *Quebrando o Tabu*, e alguns portais de comunicação on-line como o *Catraca Livre*.

Considerando a força do processo quase hegemônico de criminalização cultural das drogas ilícitas, a existência e repercussão de tais trabalhos de comunicação em massa, aponta para os indícios de alteração da manifestação do poder simbólico, traduzido pela indústria da cultura, que anseia ver legitimada nova abordagem sobre o assunto.

2 POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DROGAS: PENSANDO O PROBLEMA ANTES DO SISTEMA.

2.1 CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Se os questionamentos político-criminais não podem e não devem adentrar no sistema, deduções que dele corretamente se façam garantirão soluções claras e uniformes, mas não necessariamente ajustadas ao caso. **De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável ao sistema?** (ROXIN, 2008, p.7).

O tratamento da questão das drogas, tal qual vem sendo analisado durante este trabalho, desafia inclusive o papel do jurista⁷², no confronto entre as ideias de responsabilização fundamentadas exclusivamente na aplicação acrítica de normas internacionais importadas ao ordenamento jurídico brasileiro, sem o contraponto das políticas públicas necessárias para o enfrentamento das questões decorrente da intervenção estatal.

responsibility in the criminal process, as well sharpening the policial salience of criminal law and criminal justice by raising the profile of crime (LACEY, 2016, p.86).

⁷² No contexto deste Estado de Direito material a função e a tarefa da dogmática jurídico-penal transformam-se profundamente. O jurista deixa de ser considerado um simples fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, para se tornar em alguém sobre quem recai a indeclinável responsabilidade de procurar e encontrar – se bem de modo jurídico-formalmente válido – a solução mais justa para um daqueles problemas (DIAS, 2012, p.27).

Assim, a pergunta acima, que orienta o pensamento de Roxin, pode traduzir o direcionamento da ação do direito penal no sentido de se ver pautar também por parâmetros de política criminal, com o viés de ajustar a decisão adequada ao caso concreto.⁷³

Por política criminal pode se entender como a medida, ou conjunto de medidas (jurídicas, sociais, educativas, econômicas, etc) que adota uma sociedade politicamente organizada para prevenir e reagir diante do crime, a fim de mantê-lo em taxas toleráveis (MULAS, 2017, p.24).

A política governamental se leva a cabo por meio de diversas formas, de acordo com a atividade concreta que regulamenta: política sanitária, educativa, de emprego, meio ambiente, urbanística, econômica, etc. Uma dessas formas é a denominada política criminal, o setor da política estatal de onde se tomam as decisões de modo a prevenir e atuar diante dos crimes. Uma resposta dada pelo Estado frente a assuntos, como a corrupção, o terrorismo, os homicídios, que tanto preocupam os cidadãos. Uma resposta que é política, pois a argumentação das possíveis soluções a se adotar, a base ideológica que as sustenta, constituem um marco de decisão que se encontra dentro do político (MULAS, 2017, p.24)

De uma perspectiva acadêmica, a Política Criminal também é uma disciplina encarregada de explorar, buscar e encontrar soluções legais que venham a melhorar a eficácia e justiça do ordenamento jurídico-penal, em uma sociedade e momento histórico determinado (MULAS, 2017, p.24). E justamente nesse sentido, é um saber que se relaciona profundamente com a dogmática e a criminologia.⁷⁴

Neste contexto, a política criminal do Estado democrático não é dirigida a erradicar toda sorte de delito⁷⁵, senão a um fim mais realista e materializável: manter as cifras de

⁷³ E neste sentido se impõe claramente em confronto ao tabu de Von Liszt para quem: Ideia de Von Liszt de que a política criminal se devia remeter (e limitar) à função específica de revelar os caminhos da reforma penal, de atuar exclusivamente, por conseguinte, *iure constituendo*: ela não detinha competência para influenciar de qualquer forma a compreensão, a sistematização, e, em definitivo, a aplicação das normas jurídico-penais, não se encontrava titulada para agir *iure constituto*. E a famosa frase: *o direito penal constitui a barreira intransponível da política criminal* (DIAS, 2012, p. 22).

⁷⁴ Neste sentido: Modelo tripartido de Franz Von Liszt do que chamou de ciência conjunta (total ou global) do direito penal: a *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Uma ciência conjunta, esta que compreenderia como ciências autônomas: a ciência estrita do direito penal (ou dogmática jurídico-penal), concebida, ao sabor do tempo, como o conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico penal devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a criminologia, como ciência das causas do crime e da criminalidade; e a política criminal, como conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionada (DIAS, 2012, p. 20).

⁷⁵ Sobre o viés totalitário, MULAS: A política criminal como aspecto da política em geral, e portanto, como exercício do poder, reflete claramente a ideologia de quem a leva a cabo (...) Nos estados totalitários o delito sempre é concebido como uma traição, como uma clara desobediência e ofensa a um poder em si mesmo inquestionável: o poder divino do Amado Líder, Comissário Político, Caudilho, Fuhrer, Ayatollah, etc. Um atentado a unidade e estabilidade do Estado, que em consequência, justifica a adoção de qualquer medida por

criminalidade em níveis toleráveis. Isso porque seu objetivo não é transcendental como o é no Estado totalitário (criar um império, manter a pureza da raça, destruir a burguesia, alcançar os fins do Corão, etc), que justifica a necessidade de acabar com o delinquente a qualquer preço (MULAS, 2017, p.25).

Tal distinção se revela como essencial para ao fim de limitar o escopo da Política Criminal, na medida em que, no caso da questão das drogas, a dita “guerra às drogas” encontra como função limitadora o Estado democrático de direito, cujas premissas estabelecem (ou deveriam) as balizas nas quais os jogo de interesses se resolve, onde o meios são ajustados e os fins elaborados.

Assim, o discurso do “mundo sem drogas” ou de “erradicar a maconha do continente”⁷⁶, na fala de importantes membros do Poder, se mostra, além de ultrapassado do ponto de vista da realidade internacional, como mais adiante se pretende demonstrar, também reforça crenças de que buscam legitimar o desembarque de investimentos financeiros, recursos policiais e das expectativas dos cidadãos em busca de uma promessa irrealizável.

Como disciplina acadêmica, o objeto de estudo da Política Criminal não é somente a legislação penal, senão todas aquelas instituições que também tenham um fim como finalidade, a partir de um âmbito político, a prevenção ou reação frente ao delito. Entre elas, o Direito Penal ocupará um lugar relevante, uma vez que se encarrega de definir o que é crime, no entanto, não é a única forma de prevenir e fazer frente ao crime. Junto a ele devem concorrer medidas de caráter econômico, laboral, educativas, sociais e de inclusão cultural (MULAS, 2017, p.25).

Reflexos do Estado Liberal individual, Estado de Direito Formal. Para a política criminal restava a função de, baseada nos conhecimentos da análise da realidade criminal como ela era então concebida – dirigir ao legislador recomendações e propor diretivas em tema de reforma penal. No caso da responsabilidade por crimes de drogas, a ideia da própria autonomia da norma jurídica já se encontra naturalmente questionada pela própria configuração da tipicidade, cuja implementação resta a depender sempre de um ato administrativo, não sem motivo objeto de discussão da própria constitucionalidade.

mais repressiva que seja (MULAS, 2017, p.24). Nos Estados democráticos, o planejamento é completamente diferente, uma vez que se parte da “normalidade” do crime. Isto é, o convencimento de que o crime sempre estará presente, como preço a pagar pela manutenção de mínimas condições de liberdade e respeito aos direitos humanos (MULAS, 2017, p.24).

⁷⁶ Disponível em <<https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/alexandre-de-moraes-quer-erradicar-maconha-no-continente.html>>> Acessado em 05.10.2018.

Neste sentido, aduzir a aplicação integral da dogmática jurídico-penal, no caso da Lei de Drogas, é reduzir-se ao próprio contrassenso da tipicidade penal vigente, razão pela qual se propõe a adoção dos parâmetros de política criminal que permitam afastar a aplicação injusta da norma e legitimar comportamentos socialmente distantes do processo de criminalização.

O Estado de Direito formal, de vertente liberal e individualista, foi substituído, na teorização das doutrinas do Estado, pelo paradigma do Estado social: de um estado que atenuou as exigências de legalidade formal (quando as não abandonou, pondo em risco a salvaguarda dos direitos da pessoa) em favor da promoção e da realização das condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social.

A função integradora da ciência conjunta do direito penal era agora substituída pelo sistema social ele mesmo, como máximo denominador comum da política criminal, da criminologia e da dogmática jurídico-penal. Não se estranhará que, desta perspectiva a política criminal e a criminologia não somente se tenha autonomizado completamente do direito penal e da sua dogmática, mas verdadeiramente lhe tenham voltado as costas (DIAS, 2012, p. 24).

A evolução do estatuto da política criminal perante a dogmática jurídico-penal e a criminologia em direção a um novo estágio foi cumprida quando as concepções próprias do Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado social, mais preocupado com o funcionamento do sistema social do que com o império da regra de direito, cederam lugar à concepção que, de forma compreensiva, será referida aqui como a do Estado de Direito material contemporâneo⁷⁷ (DIAS, 2012, p. 26).

Portanto, dentro dos procedimentos adotados nesta investigação, tem-se como pressuposto teórico que a política criminal deve ser entendida como a ferramenta de intervenção do Estado, dentro de uma perspectiva democrática, onde o crime e suas consequências são considerados fenômenos da normalidade, tendo o Estado o poder-dever de agir para reduzir a incidência de delitos aos níveis de aceitação social.

Deste modo, a questão metodológica volta a adquirir particular ressonância, nomeadamente quanto a saber – dizendo-o através de uma fórmula aproximativa, mas que

⁷⁷ Sob esta designação quer-se compreender todo Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito e, mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele mesmo esquema, por considerações de justiça, na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um (DIAS, 2012, P. 27).

ganhou foros de cidadania na mais recente metodologia – **até onde o pensamento do problema se pode introduzir no (ou mesmo se sobrepor ao) pensamento do sistema, em geral dominante na dogmática jurídico-penal (DIAS, 2012, p.27, grifo nosso).**

A responsabilidade criminal no tocante às drogas ilícitas encontra perfeita conformação com a aplicação do entendimento esposado acima, na medida em que demanda do jurista, em qualquer modalidade das funções essenciais à justiça, a busca pelo pensamento na solução do problema, cuja resposta vem diversas vezes em sobreposição ao próprio sistema.

A Lei de Drogas, por exemplo, já teve diversos dispositivos contestados por inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, como a proibição de liberdade provisória ou substituição da pena privativa por penas restritivas de direitos.

O que se está aduzir nesta empreitada investigativa é que as considerações jurídicas levadas em conta na análise das impugnações nos exemplos acima, e que já despontam nos votos proferidos no RE 635.659 denotam a perseguição da Corte Suprema a resolução dos problemas sociais decorrentes da aplicação sistemática da Lei de Drogas, inexistindo acaso neste procedimento de construção da solução ao problema apontado⁷⁸.

Por exemplo, caso fosse mantida a proibição da vedação da concessão da liberdade provisória⁷⁹ ou da proibição de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos aos envolvidos em crimes de drogas, o contingente da população carcerária estaria em números absolutos alarmantes, dando conta que a população carcerária é predominantemente composta por cidadãos envolvidos com tais delitos.⁸⁰

O que o fenômeno da proibição do álcool ensina à criminologia e à proibição das chamadas drogas ilícitas? Ensina que o maior crescimento da criminalidade organizada internacional está associado aos ganhos existentes com o tráfico ilícito de drogas. A proibição da comercialização de qualquer produto redundaria em um aumento de seu custo. Não por outra

⁷⁸ Como bem assevera na análise de conjunturas, Alfredo Wagner: Aparentemente, não se trata de uma lista de termos, arbitrária e conjectural, impossível de ser pensada, segundo princípios classificatórios elementares, ou seja, não consiste numa linguagem aleatória de palavras-chaves, mas de um instrumento analítico para dialogar com a classificação adotada pelo acervo digital do Congresso Nacional (WAGNER-SPRANDEL, p.9, 2014).

⁷⁹ A proibição consta do art. 44 da Lei de Drogas, mas foi considerada incompatível com a Constituição conforme se analisa no Capítulo 3 – O STF e a Questão das Drogas: Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

⁸⁰ Disponível em << <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>> Acessado em 01.10.2018. Ou ainda: << <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>> Acessado em 01.10.2018

razão, ontem como hoje os principais nomes do crime organizado estão associados ao tráfico de drogas, ou no passo, do álcool (SHECAIRA, 2018, p.390).

Há ganhadores habituais da guerra às drogas. Dentro da dinâmica dos crimes conexos relativos ao tráfico ilícito de drogas, a lavagem de capitais surge com destaque no radar de movimentações de capital pelos grupos organizados detentores do mecanismo de produção e venda dos ativos, organizações criminosas por assim dizer.

Neste contexto, importante elemento a se destacar é o caso do Banco HSBC⁸¹. A entrevista do Procurador-Geral pode ser interpretada de forma clara como uma confissão do reconhecimento da importância econômica das movimentações financeiras dos cartéis de droga dentro do contexto social, econômico e político.

Mais do que o antigo dito de *pecunia non olet*, cuja aplicação já se encontra bastante sedimentada no tratamento de questões tributárias, o caso HSBC revela a faceta de afastamento da tutela penal daquilo que se considera essencial ao funcionamento em escala da macroeconomia, em verdadeira versão de *cannabis non olet*.

Portanto, a argumentação moral ou sanitária, quando confrontada com as repercussões financeiras do combate às drogas cede espaço a uma nova narrativa, desta feita também administrada pelo próprio Estado⁸², cujo bem jurídico se propõe a defender.

Cabe atestar, todavia, que possivelmente a principal vitória do proibicionismo se deu no campo das ideias. A declaração de guerra possui mais de quarenta anos, mas o movimento de restrição é a tônica há mais de um século. O modelo aperfeiçoado por Nixon catalisou a formação de uma mentalidade que justifica a proibição por argumentos quase que totalmente desgarrados da realidade, transformado um drama de poucos em opressão geral (DE MORAIS, Renato p.317)

Portanto, o quadro descrito se revela de modo comprometedor da manutenção dos mínimos exigidos pela sociedade, sendo considerado inclusive umas das justificativas para a quebra de ordem pública que motivou o Decreto de Intervenção no Rio de Janeiro.⁸³

⁸¹ Entrevista coletiva dos representantes do Ministério Público Federal norte-americano, justificando o acordo de não-persecução penal diante do pagamento de multa por parte da instituição financeira. Disponível em << <https://www.youtube.com/watch?v=4C05S0pVKQE>>>. Acessado em 01.04.2018.

⁸² O profeta é aquele que diz no lugar do grupo o que o grupo não pode dizer ou não quer dizer e que se automandata não provocando escândalo pelo fato de dizer coisas que até então o grupo não dizia ou não podia dizer (BORDIEU, 1990, p110).

⁸³ Decreto 9.288 de 16.02.2018 Disponível em << http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%209.288-2018?OpenDocument>> Acessado em 01.11.2018

2.2. PRINCÍPIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Assim, o esforço argumentativo por um novo tratamento jurídico-penal relacionado aos crimes de tráfico e uso de drogas importa na seleção dos fundamentos de política criminal validados pela sociedade, mas que não se prestam ao exercício de indicar transição de um estado qualitativo para o outro, ou ainda de eventual esgotamento da proteção de determinado bem jurídico.

Na realidade da práxis político-criminal se identificam certas percepções generalizadas sobre a pessoa, que revestem o caráter de princípios e condicionam a Política e a argumentação. Tais percepções são basicamente três: 1) o dever de assegurar os fundamentos da vida social (segurança na vida social); 2) o dever de respeitar a liberdade humana, porque o meio idôneo para alcançar a proteção da vida social será o das normas e não dos instrumentos fáticos (legalidade) e 3) deve-se respeitar o ser humano enquanto digno, por assim o ser (respeito à dignidade nos meios de proteção) (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 87).

Neste sentido, importa constatar que apesar do franco movimento entre fronteiras de capital, roupas, informações, notícias e dinheiro ainda se justifica a criminalização de seres humanos em situação vulnerável.⁸⁴

Assim, a adoção dos princípios de política criminal opera inicialmente para trazer a condição humana⁸⁵ novamente ao centro do debate da intervenção estatal e das finalidades a que se propõe, no exercício constante da capacidade de autocontestação⁸⁶, seja do próprio Estado ou dos seus operadores.

Em passo com a proposta multifacetada da questão que ora se aborda, propõe a abordagem do princípio não como tradicional descrita na doutrina jurídica, mas sim com o

⁸⁴ In the first two decades of the twenty-first century it is astonishing that the fate of refugees and asylum seekers would emerge as a worldwide problem. In an age when the movement of everything across borders, from capital to fashion, from information to news, from germs to money has intensified human mobility continues to be criminalized (BENHABIB, 2018, p. 101).

⁸⁵ Certainly, we can agree that Arendt develops quite a different philosophical anthropology than that of modern natural law theorists. Her distinction between human essence and the human condition is based on the rejection between human essence and the human condition is based on this rejection of human nature theories (BENHABIB, 2018, p.107).

⁸⁶This capacity for self-questioning is also the source of one's freedom. Although human freedom is not limitless and is subject to the facticity of the "human condition" – namely worldliness, plurality, natality and labor, work, and action – it is with reference to this condition alone and not in the light of a fixed concept of human nature that we must try to justify the right to have rights (BENHABIB, 2018, p. 105).

espírito animador que ensina Seyla Benhabib: *Novos começos são animados por princípios, ainda que sua emergência não possa ser neles aterrado, no sentido de ser previsível de forma dedutiva ou deduzida de tais princípios. Arendt, seguindo Montesquieu, compreende princípio como um espírito animador* (BENHABIB, 2018, p.108).

Quando os enunciados adotam o caráter de um princípio (segurança na vida social, legalidade e respeito à dignidade na reação), não são meras afirmações declarativas sobre a realidade (...) Isto é, pretendem algo em caráter de prescrição (e não apenas intencionais) que o destinatário leve a cabo uma conduta de acordo com o enunciado. O recurso a tais enunciados pretende que, na tomada de decisões sobre a prevenção do delito na sociedade se opere com motivos fundamentados e legítimos. No entanto, isso não significa que os princípios ofereçam uma solução inequívoca e incontestável, senão que se demanda verificar os interesses em jogo, sopesa-los, ponderar e adotar uma decisão (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.117).

Este modo de proceder mediante a ponderação entre os princípios levará a orientar a Política Criminal em direção ao modo de justificar as decisões sobre a prevenção do delito na sociedade. Decisões que buscam obter determinados comportamentos dos agentes da Política Criminal: sobretudo o legislador, o juiz, o executor das leis (desde o funcionário da Polícia até as instituições penitenciárias)⁸⁷

Todavia, a prevenção do delito não é questão unidirecional, senão que toda decisão nesse sentido afeta a outros interesses e pessoas diversas do autor e da vítima. A prevenção dos delitos é ponderada no sentido de que não se leva a cabo a qualquer preço, senão com a pretensão de não produzir mal maior na sociedade. Os agentes da Política Criminal encontram, assim, na lógica dos princípios, os motivos e razões para a decisão política em matéria de prevenção ao delito. Este é o sentido da Política Criminal como práxis, e não como técnica (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 123).

Portanto, com fins procedimentais, restringe-se a análise dos princípios de política criminal que limitam a intervenção do Estado na atribuição de responsabilidade criminal de modo mais relacionado à questão das drogas, como por exemplo: Princípio da Liberdade,

⁸⁷Com a advertência: Quando se inverte a função e a operação dos princípios e se considera os enunciados axiomáticos de direta e unívoca aplicação (isto é, quando são empregados como regras) podemos nos ver condenados a certos atoleiros. Isso ocorre quando se adota uma decisão como uma única forma de realização de um único princípio, o qual seria exemplo de um modo de proceder pouco argumentativo, que levará consigo a passar por cima de outros interesses, bens ou valores afetados, e, posteriormente a impor um modelo de linha de raciocínio sem respeito à pessoa, a sociedade, ou à liberdade (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.121).

aqui entendido como precursor do vetor de legalidade; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua moderna relação com o significado de “direito a ter direitos” e o Princípio da Segurança, relacionado com a necessidade de se preservar a vida em sociedade.

2.2.1. Princípio da liberdade como antecedente necessário da legalidade.

A liberdade como radical humano poderia expressar-se como princípio mediante a ideia de legalidade enquanto normatividade. A legalidade operaria como um princípio, isto é, como um enunciado com pretensões de máxima vigência e plena aplicação: trata-se de que as decisões sociais deem lugar a meios normativos, com a idoneidade para obter de um sujeito livre o que lhe é próprio, qual seja, as condutas (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.127).

Dentro desta investigação, o princípio limite de política criminal deve se questionar o alcance da liberdade constitucional concedida ao indivíduo. Assim, quando um indivíduo consome qualquer droga, o faz sempre dentro da esfera de sua liberdade individual, relacionando-a com a disponibilidade de sua própria saúde (...) A partir desta perspectiva, a interposição de barreiras punitivas que impeçam o consumo o direito ao consumo se apresentam como uma ingerência intolerável ao direito do livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana (MULAS, 2017, p.236).

Considerando que a práxis atual conta, implícita ou expressamente também com outro postulado: que a sociedade há de ser tutelada mediante, não por instrumentos fáticos, senão por meios jurídicos, isto é, pelas normas. A possibilidade de uma norma pressupõe a liberdade do destinatário. No caso, de um destinatário que por possuir liberdade se submete a diretrizes. O homem é livre ⁸⁸, constituindo-se em um bem (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 101).

No que se refere ao conflito entre liberdade individual / saúde pública, o marco de um Estado social e democrático de direito se afirma que, enquanto a conduta do consumidor permanece no âmbito privado, sua livre personalidade é barreira intransponível da

⁸⁸ Sobre a liberdade e o reconhecimento, Seyla Benhabib dialoga ainda conforme segue: In order to exercise communicative freedom, your capacity for embedded agency need to be respected. You need to be recognized as a member of an organized human community in which your words and acts situate you within a social space of interaction and communication. You have a right that is, a moral claim to be recognized by others as a right-bearing person. Others can only constrain your freedom as a moral being through reasons that satisfy the conditions of formality, generality and the reciprocity for all (...) The right to have rights further involves the acknowledgment of your identity as a generalized as well as a concrete other. If I recognize you as a being entitled to rights only because you are like me, then I deny your fundamental individuality which makes you different. If I refuse to recognize you as a being entitled to rights because you are so other than me, then I deny our common humanity (BENHABIB, 2011, p.69).

intervenção punitiva (Estado de Direito). Contudo, há obrigação de intervenção em favor da coletividade quando o abuso da liberdade individual interdita sua própria coexistência (MULAS, 2017, p.236).

Em adição, também é preciso compreender o vetor liberdade como antecedente histórico daquilo que modernamente se categoriza como a legalidade, como descreve: *Vem da liberdade a ideia de legalidade (juridicidade ou segurança jurídica) como um postulado imprescindível, posto que, se um ser trabalha livremente, se guia mediante normas, sendo que estas precedem a ação. Se as normas precedem a ação e o agente é social, parte-se da base de que ditas normas prévias se mantém para valorar (medir) a ação realizada. Logo, a liberdade do agente exige contar com normas* (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.102).

O âmbito próprio da Política Criminal no presente não pode prescindir da ideia de legalidade associada aos delitos e penas. Todavia, com base neste conteúdo habitual, é preciso referir-se a ideia de normatividade, entendida como a juridicidade que acompanha todo o trabalho humano relevante socialmente (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.102).⁸⁹

O princípio da legalidade penal se enuncia como um postulado básico do Direito Penal, como exigência liberal do Estado de Direito. Sob essa denominação se entende que toda restrição à liberdade há de se levar a cabo mediante instrumentos jurídicos, de modo concreto, mediante leis formais (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.104).

Desde 1764 expressava Cesare Beccaria⁹⁰ a legalidade como sinal do Direito Penal da Ilustração: expressão de soberania do povo frente a arbitrariedade da atividade judicial (...) Mais a frente, Fuerbach inicia uma nova abordagem e uma nova formulação da legalidade, expondo seu convencimento de que a lei há de coletar com precisão infrações e sanções. Em concreto, expressa em 1801: qualquer imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*) condição de aplicação de uma pena é a existência de uma ação proibidas ou crime (*nulla poena sine crimine*) (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.105).

O objetivo dos pensadores iluministas é bem delineado: restringir o poder dos juízes por meio da ação do legislativo. Neste sentido importa identificar tal movimento na questão

⁸⁹Em continuidade: O pensamento da liberdade é problematizado posteriormente, sobretudo na modernidade, até o ponto de haver marcado a história europeia que chega até o Iluminismo. É nas portas de tal momento que Kant teoriza sobre a liberdade enquanto autonomia, umas das observações que marcam a pessoa na abordagem iluminista. Também é próprio da Ilustração a orientação da normatividade no atuar humano em direção à obtenção de segurança mediante às leis (legalidade) evitar os desmandes do poder de decisão dos juízes por meio da restrição ao seu arbítrio (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 103).

⁹⁰ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, 1764, caps. IV e V, de onde se extrai a passagem: um código fixo de leis, que se devem observar à letra, não se deixa mais a faculdade do juiz de examinar e julgar as ações dos cidadãos, senão conforme a lei escrita.

das drogas ilícitas, assumindo-se que a interpretação judicial e os parâmetros normativos existentes podem ser por vezes conflitantes.

A configuração de parâmetros de política criminal, assim, demanda a obediência prévia da legalidade⁹¹, o que na prática se demonstra a partir da adoção por parte do Legislativo de circunstâncias e normas abertas que facultam o afastamento da interpretação judicial do princípio da legalidade.

Em contraponto, adverte Seyla Benhabib acerca do legalismo, sendo este a atitude ética que segura a conduta moral no sentido de estabelecê-la como uma questão de obediência à regra, bem assim como de fazer com que as relações morais sejam consistentes de deveres e direitos determinados por regras (...) A dificuldade os teorias do direito natural não é a separação, mas sim a mistura de direito e moral, e ainda que de direito e política, do relacionamento entre o legalismo e o liberalismo (BENHABIB, 2018, p.128).⁹²

O legalismo é entendido por ser uma “ideologia” dos seus praticantes, no sentido de que eles acreditam que o sistema legal consiste no Estado de Direito, e de que o direito se assegura em uma formalidade racional correta, no sentido especificado por Max Weber. No caso, Judith Shklar denomina a isto uma “ideologia”, por causa do poder coercitivo, bem assim como pelo fato de que a obediência por aqueles a quem se endereça se encontra distante de provas dentro do sistema legal, ao contrário, tais aspectos do direito atingem suas metas porque o sistema legal é parte da continuidade social (BENHABIB, 2018, p.129).⁹³

Com efeito, o endereçamento das normas relativas ao tratamento da questão das drogas permeia a sociedade em geral, mas se encontra evidentemente misturado às razões morais dos grupos culturalmente reconhecidos, fazendo valer a máxima de observação acima.

Por outro lado, a versão ilustrada do princípio da legalidade pode levar a pensar ingenuamente que se trata apenas de uma pretensão liberal, nem de alguns conteúdos tão líquidos quanto às vezes se pretende apresentar. Ao contrário, juntamente com a lei forma

⁹¹ The great paradox revealed here is that legalism as an ideology is too inflexible to recognize the enormous potential of legalism as a *creative policy* but exhausts itself in intoning traditional pieties and principles which are incapable of realization. (BENHABIB, 2018, p. 129).

⁹² Em maior profundidade: Legalism has at least three dimensions: it is an ideology, it is a creative policy; and it is an *ethos of the law*. It is indeed paradoxical that, if legalism is an ideology, it would also be accepted as creative policy as well as admired as an ethos. Practitioners prefer one policy to another and adopt one ethos rather than another precisely because they believe they have good and justified reasons to do so (BENHABIB, 2018, p. 129).

⁹³ Legalism is said to be the “ideology” of its practitioners, in that they believe that the legal system consist of the rule of law, and that the law rests on formally correct rationality in the sense specified by Max Weber. Shklar calls this an “ideology” because the coercive power as well as the fact that it is obeyed by those it addresses are far from evident in legal system, rather these aspects of the law accomplish their goals because the legal system is part of the social continuum (BENHABIB, 2018, p. 129).

tem aparecido na atualidade uma variedade de elementos (interesses econômicos, exigências de eficiência, ordenamentos internacionais) que relativizam o que se entendia no pensamento ilustrado por “lei” (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 107).

Para Gilmar Mendes, nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação.

A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional⁹⁴, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais⁹⁵.

2.2.2. O direito a ter direitos e a dignidade da pessoa humana.

A dignidade como radical humano pode se enunciar com a pretensão de que a reação normativa que se adote para proteger a vida social há de ser adequada. Com outras palavras, o respeito à dignidade do prejudicado.

A dinâmica dos princípios, regras, exceções, mostra o próprio raciocínio prático na Política Criminal. Não há uma solução única a um caso, senão soluções a casos singulares, que admitem certa generalização (e ela reside em boa medida da justiça do caso). Todavia, também a justiça requer se apartar da solução única se o caso singular assim o exige. Isto é também algo próprio da Política Criminal (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.128, grifo nosso).

Dentro da proposta interdisciplinar que desafia esta investigação, propõe-se a identificação do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir do significado proposto por Seyla Habib, interpretando Hannah Arendt.

Eu vou argumentar que há um direito moral fundamental, qual seja o “o direito a ter direitos” de cada ser humano, isto é, ser reconhecido pelo outro, e reconhecer o outro de volta, como pessoas titulares de respeito moral e de direitos legais dentro de uma comunidade humana (...) Direitos humanos articulam princípios morais, protegendo a

⁹⁴ Em interessante abordagem, adota-se o ensinamento de Pablo Sánchez-Ostiz na aplicação dos princípios no âmbito de Política Criminal, para quem: Os princípios, como tais, não são demonstráveis. Isso porque para que assim seja é preciso recorrer ao princípio em questão (*quod erat demonstrandum*). Assim, para demonstrar a liberdade é preciso exercê-la, determinando-se a uma finalidade e adotar os meios dirigidos a tal fim. Para se tentar convencer acerca da dignidade a um interlocutor é preciso lhe tratar como igual ou semelhantemente como *interlocutor*. Apesar de não ser possível demonstrar os princípios, é possível mostrá-los (2012, p.80).

⁹⁵ STF.RE.635.659-SP. Relator Ministro Gilmar Mendes (em julgamento).

liberdade comunicativa dos indivíduos; enquanto tais princípios morais são distintos das especificações legais dos direitos como reivindicações justificáveis, mesmo assim há uma necessária, e não meramente contingente, conexão entre os direitos humanos como princípios morais e sua forma jurídico-legal (BENHABIB, 2011, p.60).⁹⁶

Toda pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, na qual nem mesmo o bem-estar da sociedade em sua totalidade pode prevalecer. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade para alguém possa ser justificada por maiores benefícios desfrutados por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam equilibrados por uma maior quantidade de vantagens desfrutadas por muitos (RAWLS, 2000, p.386).

Por conseguinte, numa sociedade justa, presumem-se iguais liberdades de cidadania; os direitos garantidos pela justiça não podem ser objeto nem da contratação política, nem do cálculo dos interesses sociais (RAWLS, 2000, p.388).

Observo que enquanto atribuo a frase “direito de ter direitos” à Hannah Arendt, no seu trabalho este direito é vislumbrado principalmente como um direito político, sendo estreitamente identificado com o direito de participação dentro de uma comunidade política. Eu irei, ao invés, propor uma concepção de “direito a ter direitos” entendida como reivindicação de cada pessoa humana em ser reconhecida como um ser moral merecedora de igual preocupação e igualmente titular do direito de ser protegida enquanto personalidade legal pelo seu governo, bem assim como pela comunidade internacional (BENHABIB, 2011, p.62).⁹⁷

É de vital importância a avaliação da política criminal a partir do paradigma dos direitos humanos. Isto é, deverá comprovar se a política criminal adotado é ou não eficaz na contenção da criminalidade (...) No nosso modelo de sociedade, o respeito aos direitos humanos, como fundamento da democracia, deve ser o barômetro na hora de se medir a legitimidade ou ilegitimidade de uma determinada política criminal (MULAS, 2017, p. 32).

⁹⁶ No original: I will argue that there is one fundamental moral right, the “right to have rights” of every human being, that is, to be recognized by other and to recognize others in turn, as persons entitled to moral respect and legally protected rights in a human community (...) Human rights articulate moral principles protecting the communicative freedom of individuals; while such moral principles are distinct from the legal specification of rights as justiciable claims, nevertheless there is a necessary and not merely contingent connection between human rights as moral principles and their legal-juridical form (BENHABIB, 2011, p.60).

⁹⁷ Let me note that while I owe the phrase the right to have rights to Hannah Arendt, in her work this right is viewed principally as a political right and is narrowly identified with the right to membership in a political community. I will instead propose a conception of the right to have rights, understood as the claim of each human person to be recognized as a moral being worthy of equal concern and equally entitled to be protected as legal personality by his or her own polity, as well as the world community (BENHABIB, 2011, p. 62).

A violência estrutural não se combate com falta de liberdade, senão o contrário. Nas sociedades que, como a holandesa, reconhecem muitas liberdades e se tolera mais a conduta desviante, as taxas de delinquência são menores que naqueles países como alguns latino-americanos, nos quais se restringem os direitos e as liberdades (MULAS, 2017, p.32).

Para se combater a criminalidade violenta derivada da pobreza e da marginalização se deve priorizar a política social. Se, ao contrário, se trata de criminalidade inerente à globalização (corrupção política, crimes contra o meio ambiente, colarinho branco), a política criminal deve ser tratada em âmbito internacional por meio da cooperação entre os diferentes países (MULAS, 2017, p.32).

Neste raciocínio, o reconhecimento do indivíduo, mesmo aquele em situação de extrema vulnerabilidade como o dependente químico, requer do sistema de intervenção do estado, dentro de uma perspectiva democrática, o respeito básico da sua condição de sujeito a ter direito frente ao sistema de justiça penal.

2.2.3. O direito à segurança pública

Há três percepções básicas nas quais se pode chegar a certo acordo: o caráter social do ser humano, sua liberdade e sua dignidade. Os conteúdos concretos de cada uma destas realidades podem ser diferentes, com uma base amplamente comum. **Partindo deste mínimo acordo possível, se percebe que a socialidade se vincula com a necessidade de assegurar a vida social, ou segurança.** A liberdade do ser humano orienta ao respeito na prevenção de condutas, isto é, leva a contar com o que é próprio do Direito, as normas e não à violência ou instrumentalização para alcançar seus objetivos. Ademais, a percepção da dignidade da pessoa leva também à pretensão de seu respeito de adequar a reação a penal a essa dignidade. Assim, esses três radicais do ser humano contêm outros tantos princípios (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.127).

Mesmo na técnica do controle de constitucionalidade, as considerações a respeito do interesse público são levadas em conta apenas para determinar o limite de eventual direito constitucional em análise, nunca para determinar o escopo ou a finalidade do direito em si mesmo. ⁹⁸

A socialidade poderia assim se expressar com o princípio enunciado da necessidade de assegurar a vida social, ou semelhantemente a segurança. É um princípio porque o enunciado (segurança na vida social) encerra uma pretensão máxima de vigência (sem sociedade o ser humano desaparece). Todavia, como princípio que é, pode entrar em conflito

⁹⁸ The proper location for public interest considerations is in the second stage of the constitutional review, as part of the discussion of the justification of the limitation on the constitutional right (...). **In other words, they will be considered to determine the constitutionality of the limitations imposed on the right and its realization. Public interest considerations should not be included in the stage determining the scope of the constitutional right itself** (BARAK, 2012, p.76, grifo nosso).

com outros. Se a pessoa, como ser social, busca na sociedade a superação de suas limitações, não o conseguirá sem limitar, por seu turno, a liberdade alheia e a sua própria. Portanto, dita pretensão entre em conflito com a liberdade de outras pessoas (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 127).

A práxis atual conta, implicitamente com o postulado primário de que a vida social merece ser protegida (valor) e requer ser tutelada (faceta deôntica do princípio). A socialidade é, por outro lado, constitutiva. Isto é, o ser humano é social enquanto que o seja com outros. Em consequência, alijar um sujeito dos outros com os quais coexiste, é uma abstração (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.87).

A socialidade, expressa no enunciado da segurança na vida social, é um princípio porque encerra uma pretensão máxima de vigência. Caso se identifique algo como vida social, como sociedade, na qual se encontra o ambiente necessário da personalidade, requer proteção e subsistência (...) Por seu turno, a socialidade apela ao estabelecimento de vínculos e limites, que são aqueles estabelecidos nas normas (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.100-101).

Destaca ainda o Ministro Gilmar Mendes que: Nesse contexto, a tipificação penal de determinadas condutas pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma denominar de discricção legislativa. Cabe ressaltar, todavia, que, nesse espaço de atuação, a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo (...)

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como, igualmente, a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

De um lado, a exigências de que as medidas interventivas se mostrem adequadas ao cumprimento dos objetivos pretendidos. De outra parte, o pressuposto de que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução dos objetivos almejados. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa.

Assim, resta indicado que a intervenção estatal, mesmo diante das repercussões decorrentes daquilo que se denominou “combate às drogas” também encontra limites de atuação, sem prejuízo do resguardo da manutenção da vida em comum.

2.3. POLÍTICA CRIMINAL DA DISTINÇÃO ENTRE USO E TRÁFICO DE DROGAS

Uma das graves distorções de aplicação prática da Lei 11.343/06 é a inversão do ônus da prova, que obriga a pessoa flagrada com drogas a provar que não é traficante. Por conta dessa interpretação desconforme a Constituição, muitos usuários são condenados como se fossem traficantes, o que ajuda a compreender o fenômeno do superencarceramento que transformou o Brasil na quarta maior população prisional do planeta.

A expressão é de Rosa del Olmo: *O modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia da diferenciação. A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de 1950 que difunde o estereótipo da dependência* (CARVALHO, p.54, 2016).

Por outro lado, cabe a advertência de SZASZ, Thomas, para quem: *Há impropriedade em se analisar a questão tão somente pelo ponto de vista farmacológico. Trata-se de uma visão que colabora para a criação do estigma sobre o usuário, além de corroborar a tese binária do certo e do errado, com base em diagnósticos ditos técnicos que, em face dos profissionais que os emitem, possuem o caráter de isenção e inquestionável correção* (Nuestro Derecho a las drogas: em defesa de um mercado libre. Barcelona: Anagrana, 2001, p. 116).

É construída uma lógica binária acerca das drogas, num simplismo que se resume a bom / positivo e ruim / negativo, empobrecendo o debate e facilitando a difusão de um entendimento pautado no medo e na demonização do assunto. Assim, o consumo de drogas passa a ser visto como doença, como influência de entidades espirituais malévolas, ou mesmo como característica do fraco de espírito ou de alguém que não merece o prestígio da aceitação social (DE MORAIS WATANABEM, Renato, p. 312)

Se a política inaugurada pela Lei 11.343/06 em relação ao usuário dispensa a atenção ambulatorial e terapêutica, afastando qualquer imposição de prisão ou pena privativa ao cidadão indiciado pelo uso de drogas ilícitas, por que afinal a questão das drogas resta de forma tão latente no sistema carcerário brasileiro?

Quanto mais cedo os profissionais das carreiras jurídicas e agentes políticas perceberam que a realidade da práxis político-criminal é multifacetada e desprendida dos

elementos dogmáticos jurídico-penais⁹⁹, maiores as possibilidades de construção dos processos de criminalização se pautarem por princípios socialmente legitimados, permitindo a previsibilidade de condutas e o ordenamento da sociedade na normalidade característica dos ambientes democráticos.

O propagado problema das drogas há tempos já mostrou ser, em verdade, o problema da criminalização das drogas. Se, ainda hoje há quem argumente que são destruidoras de sociedades, desagregadoras familiares e que geram a miséria da pessoa, verifica-se que a criminalização é que acaba por possuir esses efeitos.

Esse quadro decorre, sobretudo, da seguinte antinomia: a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4o), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes.

Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.¹⁰⁰

A política criminal é fator criminógeno e de redução da qualidade de vida, conforme vem sendo constatado no Relatório Mundial sobre Drogas de 2018 da UNDOC, ao mesmo tempo que se apresenta de forma dinâmica no contexto global, seja pela alteração das modalidades de droga ou pelos grupos e segmentos da sociedade que escolhem consumir determinado tipo de substância¹⁰¹

Em resumo, a implementação de um sistema de controle centrado na reafirmação da vontade estatal por meio do Direito Penal, muito antes de garantir a vigência do Estado,

⁹⁹O discurso jurídico, sobretudo o criminal, é conveniente e adequado para abarcar essa linha argumentativa, por trabalhar nesse contexto dual enquadrando os atos da vida entre “legal” e “ilegal”, “crime” e “não-crime” pouco havendo espaço para peculiaridades. A legislação brasileira é sintomática, por adotar um modelo em que o que se é considerado ilegal o é por meio de uma lista de substâncias emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sem que haja um critério objetivo razoável e ignorando a quantidade portada pelo usuário (DE MORAIS, Renato, p312)

¹⁰⁰ STF.RE 635.659-SP. Relator Ministro Gilmar Mendes (em julgamento).

¹⁰¹ Relatório do UNODC sobre Drogas em 2018. O Relatório Mundial sobre Drogas de 2018 oferece uma visão global sobre a oferta e a demanda de opiáceos, cocaína, cannabis, estimulantes do tipo anfetamina e novas substâncias psicoativas (NSP), bem como sobre seu impacto na saúde. Ele destaca os diferentes padrões de uso das drogas e vulnerabilidades de determinados grupos por idade e gênero, bem como a mudança ocorrida no mercado mundial de drogas Disponível em << <http://www.unodc.org/wdr2018/index.html>>> . Acessado em 15.11.2018.

acaba por gerar o inverso, ou seja, a perda do controle do Estado sobre diversas outras condutas por ele indesejadas (DE MORAIS, 2010, p. 314).

Plataforma Brasileira de Política de Drogas, provocada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) a emitir um parecer técnico a respeito da proposta de implementação de quantidades objetivas¹⁰²:

“Por mais controverso que seja o estabelecimento de critérios objetivos, parâmetros que tornem as decisões menos refém da subjetividade – e, por consequência, de sua seletividade social ao punir – seriam fundamentais para que os operadores do direito possam decidir de maneira mais qualificada. Esse balizamento técnico não se esgota no estabelecimento de quantidades, ainda que possa ser discutido. Sabe-se que boa parte dos flagrados por tráfico por tráfico de drogas no Brasil são apanhados em patrulhamento de rotina, desarmados, sozinhos e com quantidades relativamente pequena de drogas, sendo como já dito anteriormente oriundos das camadas sociais mais pobres e discriminadas. O fato de ser flagrada com drogas em comunidades e bairros de baixa renda é, na prática, considerado uma presunção de tráfico, num padrão de atuação do judiciário que deveria ser diariamente combatido. A definição de critérios objetivos e a produção de parâmetros técnicos deve ter essa realidade em seu horizonte para que os operadores do direito tenham mais clareza dos impactos sociais que as prisões por crimes relacionados às drogas representam. (...) A variação das quantidades médias é um dos indícios do quão complexo é definir padrões de consumo. Outra dificuldade em se estabelecer objetivamente uma quantidade de drogas consumida em determinado período de tempo é a grande variação na pureza e na composição química. Alguns países, como a Hungria e a Áustria, definem a quantidade máxima de tetra-hidrocanabinol (THC), o principal princípio ativo da maconha e, não de erva ou de resina apreendida.

Na mesma esteira Luís Roberto Barroso para quem é preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.¹⁰³

E ainda o posicionamento do *think thank* Instituto Igarapé, propondo três cenários de quantidades, que levam à presunção relativa de que a posse da substância, sendo 25g à 100g

¹⁰² Disponível em << <http://pbpd.org.br/a-importancia-de-criterios-objetivos-para-diferenciar-usuarios-e-trafficantes/>>> Acessado em 01.01.2018

¹⁰³ STF.RE 635.659SP Relator Ministro Gilmar Mendes (em julgamento)

para porte de maconha e 10g à 16g para cocaína, a depende do cenário individual do usuário.¹⁰⁴

Em sentido contrário, aduz Bruno Shimizu que o estabelecimento de um marco quantitativo, que sempre tende a ser demasiadamente baixo, certamente permitirá aos juízes e aos demais operadores do sistema penal procederem a uma interpretação perversa do critério, criando verdadeira “presunção de traficância” sempre que apreendida quantidade maior de droga que a estabelecida legal ou jurisprudencialmente. Na realidade dos fóruns criminais, verifica-se que os juízes, nunca, ou quase nunca, condenam alguém por tráfico com base exclusivamente na quantidade apreendida. Utilizam, sim, outros elementos como provas de traficância, sendo que em sua maioria, tais elementos são, na verdade apreciações discriminatórias, como a baixa capacidade econômica do réu (que portanto não seria consumidor, mas traficante), o local da apreensão comunidade periféricas automaticamente designadas como “pontos de venda de drogas”) (SHIMIZU, 2016, p.9).¹⁰⁵

Ao tribunal incumbe sempre o dever de descobrir a verdade e de esgotar todas as linhas de investigação. O fim tido em vista pelo agente, constitui deste modo, seguramente parte importante do *thema probandum*. **Não sendo legalmente admissível qualquer presunção legal de tráfico, a prova de que o cultivo, aquisição ou detenção é para o consumo próprio, claramente exclui o tráfico e a não prova de que o cultivo, aquisição ou detenção é para o consumo próprio, admite o tráfico** (LOBO, 2010, p.48).

Já ressaltai a zona cinzenta entre o tráfico e a posse de drogas para consumo pessoal. A diferença entre um e outro enquadramento é decisiva para pessoa abordada. Ou poderá ser presa, por até quinze anos, ou seguirá livre, embora sujeita, pelo menos transitoriamente, às medidas previstas no art. 28, caput, da Lei 11.343/06, sem efeitos prisionais (MARONNA, 2018, p.98).

Sociedades abertas e democráticas reclamam mais tolerância e menos ordem. A polarização existente entre proibição total e a legalização irresponsável cria uma interdição no debate. Uma política sobre drogas eficaz deve apresentar diferentes graus de restrição, de acordo com as características de cada substância. Entre o preto da proibição total (ultra

¹⁰⁴ Disponível em <<https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2015/08/Nota-t%C3%A9cnica-Igarap%C3%A9-08-2015.pdf>>. Acessado em 10.09.2018

¹⁰⁵ Ainda compara que semelhante resultado foi verificado na experiência mexicana, o país com a realidade socioeconômica mais próxima à brasileira que adotou o critério objetivo quantitativo para distinção entre traficante e usuário. O resultado não foi por acaso pois a política criminal de drogas cumpre igualmente um papel bem semelhante ao nosso naquele país.

proibição) e o branco da legalização irresponsável (mercado legal com viés de promoção comercial), há quase cinquenta tons de cinza (MARONNA, 2018, p.100).

O Brasil foi o último país do mundo a abolir o regime escravocrata. Seremos também os últimos a reformar a política de drogas no sentido de afastá-la do sistema de justiça criminal e aproximá-la de uma abordagem que garanta a saúde, os direitos humanos e a redução dos danos? (MARONNA, 2018, p.101).

É necessário, isso sim que o justo e o injusto sempre estejam entre pessoas diferentes. De resto, a injustiça deve ser voluntária, anterior e por proposição (com efeito, quem a exerce como retribuição, pois a sofreu anteriormente, não parece cometer injustiça): ora, o injusto contra si próprio deveria ao mesmo tempo sofrer e fazer as mesmas coisas a si próprio. E, em tal caso, seria possível sofrer injustiça voluntariamente. Além disso, ninguém comete injustiça sem atos particulares de injustiça, pois ninguém comete adultério com a própria mulher nem invade a própria casa, nem rouba os próprios pertences. Em geral, é impossível sofrer injustiça voluntariamente (MAFFETONE e VECA, 2005, p.82).

O real enfrentamento dos problemas causados pela política de drogas passa necessariamente pelo debate sobre o proibicionismo, o que pressupõe a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, ou o reconhecimento da inconstitucionalidade de sua criminalização, apenas será um passo em direção ao fim da guerra às drogas, se não vier acompanhada do recrudescimento do tratamento penal da população que vem sendo presa como traficante (SHIMIZU, 2016, p.9).

2.4. OPINIÃO PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL

A análise da questão das drogas, na proposta apresentada por esta investigação, alcança os elementos interdisciplinares, podendo-se identificar outros componentes que legitimam a atual política criminal, apesar das severas críticas que recebe¹⁰⁶.

Não há dúvida, pois, que a participação pública, ou que em alguns casos é presumida como sendo a opinião pública, influencia a direção e a natureza da justiça crimina. Alguns argumentam que a justiça criminal poderia se beneficiar do envolvimento direto da

¹⁰⁶ Do ponto de vista político-criminal a situação atual é insustentável por mais que esteja justificada a responsabilidade criminal do tráfico de drogas. O debate atual é contundente: Seguimos com a punição ou apostamos na legalização? Sem dúvida nos deparamos diante de um problema político criminal importante, pela situação política, social e econômica que se origina no tráfico de drogas, sendo muitas as pessoas que destroçam suas vidas e as de suas famílias pela adicção. A droga segue sendo um produto muito caro, e a necessidade de seu consumo se eleva como um fator criminógeno de primeira ordem, pois a necessidade conseguir a substância se encontra por trás de mais de 60% dos delitos contra a propriedade (MULAS, 2017, p. 240).

participação popular cada vez mais. Para o bem ou para o mau, a justiça criminal se tornou mais sensível à opinião pública¹⁰⁷.

A exemplo, as recentes pesquisas de opinião pública conduzidas nos Estados Unidos indicam uma ampla maioria favorável à legalização da maconha ¹⁰⁸, fato que caminha em direção cada vez de apoio popular, subindo de 32% (trinta e dois por cento) em 2010 para 62% (sessenta e dois por cento) em 2018.

Não por acaso, o discurso político norte-americano também vem se alterando em relação à política sobre drogas ¹⁰⁹, mesmo no segmento mais conservador, capitaneado pelo partido republicano, seus expoentes vêm cada vez mais se manifestando pela necessidade de reforma da política sobre drogas.¹¹⁰

A opinião pública sempre foi, e permanece, um desafio para os políticos e para os operadores da justiça criminal. Os primeiros devem conceber políticas que não sejam radicalmente inconsistentes com a visão da sociedade. Isto demanda, primeiramente, determinar a natureza da opinião pública frente a justiça criminal, reconhecendo os limites do conhecimento público acerca do crime e do seu enfrentamento.

¹⁰⁷No original: There is no doubt then, that the public – or in some cases, what it is assumed to be public opinion – influences the direction and nature of criminal justice. Some argue that criminal justice would benefit from more and more direct public involvement. For better or worse, however, criminal justice has become more responsive to public opinion (HOUGH; ROBERTS, 2018, p.240).

¹⁰⁸ PEW Research Center. Disponível em << <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/10/08/americans-support-marijuana-legalization/>>> . Acessada em 09.10.2018

¹⁰⁹ Com a possibilidade de uma grande reforma em relação ao tratamento do tema no plano do Poder Executivo Federal norte-americano, como informa << <https://www.forbes.com/sites/kriskrane/2018/07/11/why-president-trump-could-be-marijuanas-savior/#75307f3120a0>>> Acessado em 10.10.2018.

¹¹⁰ Como o faz Mike Huckabee: We really don't have so much a crime problem in this country. We have a drug and alcohol problem. 80% of the people who are in our prisons and jails are there for a drug or alcohol crime. They either were high or drunk when they committed the crime, or they committed the crime to get high or drunk. And what has made a huge mistake is that we've incarcerated so many of the people who really need drug rehab more than they need long-term incarceration. In our state, we established over 20 drug courts, that gave people an alternative course, rather than just putting them in prison, giving them the opportunity to get what they really needed, which is off the addiction. We've got to quit locking up all the people that we're mad at and lock up the people that we're really afraid of, the people who are sexual predators and violent offenders. I would go for more drug courts and for a lot less incarceration of drug-addicted people. 2007 GOP Presidential Forum at Morgan State University , Sep 27, 2007. Disponível em << http://www.ontheissues.org/Celeb/Mike_Huckabee_Drugs.htm>> Acessado em 10.03.2018. Ou ainda Ted Cruz: As of February 2015, nearly half--49%--of [federal prison] inmates were sentenced for drug crimes. This has contributed to overcrowding. Federal prisons now house 39 percent more inmates than their capacity. It is far from clear whether this dramatic increase in incarceration for drug crimes has had enough of an effect on property and violent crime rates to justify the human toll of more incarceration. Disponível em << http://www.ontheissues.org/2016/Ted_Cruz_Drugs.htm>>. Acessado em 10.03.2018.

Aos operadores, sejam promotores, juízes, agentes penitenciários, precisam se assegurar de que suas decisões promovem, ou ao menos não enfraquecem a confiança pública. O papel dos acadêmicos é determinar, utilizando as metodologias apropriadas, a verdadeira natureza da opinião pública e o seu lugar no sistema de justiça criminal (HOUGH; ROBERTS, 2018, p.240).¹¹¹

No mesmo contexto adverte Glen Loury acerca da necessidade de posicionamento da comunidade científica em esclarecer a sociedade, ainda que de circunstâncias não palatáveis, em especial nos temas relacionados ao sistema carcerário, drogas e racismo.¹¹²

Da mesma forma costumamos ficar impressionados com os aspectos mais fenomenais – as rebeliões, as subversões, as insurreições, as revoluções – quando o assombroso, o espantoso, é o inverso: o fato de ser a ordem tão frequentemente observada. O que é problemático é aquilo que justamente não o é (BORDIEU, 1991, página 224).

Penso que a definição patente numa sociedade que se pretende democrática, a saber, que a opinião pública é a opinião dos que são dignos de ter uma opinião. Há uma espécie de definição censitária da opinião pública como opinião esclarecida, como opinião digna desse nome (BORDIEU, página 101, 1990).

Em tendência contrária, por exemplo, denota-se o que ocorreu no Reino Unido, nas idas e vindas da classificação da maconha como substância mais ou menos gravosa, onde

¹¹¹ No original: Public opinion has long been, and remains a challenge for politicians and criminal justice practitioners. The former must devise policies that are not radically inconsistent with community views. This requires them to first determine the nature of public opinion towards criminal justice, and to recognize the limits on public knowledge of crime and the response to crime. Practitioners – whether prosecutors, judges or parole board members – need to ensure that their decisions promote or at least do not undermine public trust and confidence. The role of scholars is to determine, using the appropriate methodologies, the true nature of public opinion and its place in the criminal justice system (HOUGH e ROBERTS, 240, 2018).

¹¹² Glenn Loury. The Responsibilities of Intellectuals in the Age of Mass Incarceration: **What, I ask, are an intellectual's responsibilities in the face of this situation given the sheer difficulty of persuasive causal inferences on key questions of fact (Does the death penalty deter murder? How much of the crime decline can be attributed to increased imprisonment?)**; given the limits of the purportedly objective "cost-benefit" analyses that inform public decision-making (how should we value a "thug's" wellbeing?); given the incentives to conformity that stifle reflexive and critical thinking in the academy (who in their right mind would come to the Kennedy School and give a lecture like this!); given the career concerns of investigators lead them to frame their studies so as to remain credible within prevailing structures of authority and funding; given that historical narratives are under-determined by empirical research with the result that substantive political commitments can masquerade under the cover of supposedly neutral investigation; given that disciplinary compartmentalization limits the depth of academic conversation about these matters (no useful exchanges are taking place between ethnographers and econometricians); and given what Larry Bobo has called our "American delusion" – that we now live in a post-racial society where illusions to our racist past are irrelevant at best, and evidence of disloyalty at worst. Disponível em <<
http://www.brown.edu/Departments/Economics/Faculty/Glenn_Loury/louryhomepage/Responsibilities%20of%20Intellectuals_Harvard.pdf>> . Acessado em 15.10.2018.

mesmo diante da opinião pública favorável, a decisão do agente política se fundamentou no argumento puramente moral.¹¹³

Em adição, importa reconhecer a relevância da percepção do crime na sociedade, na medida em que os dados estatísticos isoladamente não permitem fazer alterar a política criminal, em especial sobre drogas, na medida em que a informação não esteja amplamente na consciência dos cidadãos.

Neste sentido, pesquisas conduzidas em diversos países questionaram, por décadas, perguntas factuais a respeito do crime e justiça e os resultados acabaram revelando uma falta de percepção generalizada. Por exemplo, apesar das taxas de crime na maioria das nações ocidentais vir consistentemente diminuindo desde os meados de 1990, a opinião pública parece inconsciente acerca desta importante tendência. De acordo com o centro de pesquisas do crime da Inglaterra e País de Gales, as taxas de crime vêm diminuindo consistentemente desde 1995, ainda assim as mesmas pesquisas indicam que as pessoas acreditam que o crime está aumentando, ao menos no âmbito nacional (HOUGH; ROBERTS, 2018, p.241).¹¹⁴¹¹⁵

Alguns temas gerais se levantam em uma breve revisão histórica. Primeiro, o conflito duradouro entre os diferentes princípios morais. Isto pode ser expresso no desejo de diversos políticos em utilizar a política sobre drogas para enviar mensagens acerca do comportamento

¹¹³ No original: The government consulted repeatedly with the ACMD which repeatedly advised that cannabis should stay in class C. But cannabis was moved back up to class B in 2009. This was a victory for the arguments of those informed by puritan moralism, including the then prime minister Gordon Brown. In 2007, he claimed the drug was lethal and that tighter classification was needed to send out a message to young people – Gordon Brown later told the Leveson Inquiry into press standards that his decision to put cannabis back to class B was not because of pressure from the media, but because he personally held strong views on the subjects, views that are consistent with his Presbyterian Protestant background (STEVENS, 2017, p. 831).

¹¹⁴ No original: Survey of the public in many countries have for decades asked people for answer factual questions about crime and justice and the results have revealed widespread misperception. For example, although crime rates in most Western nations have been declining steadily since the mid-1990s, the public appear unaware of this important trend. According to the Crime Survey of England and Wales (CSEW) crime rates have been falling or steady since 1995, yet the CSEW has consistently shown that most people think that crime rates have risen, at least on a national level. In the most recent year for which data are available (2013-2014), almost two thirds of the public held this view (HOUGH e ROBERTS, 241, 2018)

¹¹⁵ E no mesmo sentido segue: For example, there was no consensus about crime trends over the first decade of this century in Britain, even if criminologists and statisticians agreed that crime had fallen. Politicians took every opportunity to attack their opponents if and when they claimed that crime was falling. Finally, the news values of the mass media, and the priority placed on dramatic stories, ensure that reports of rising crime attract much more coverage in newspapers, television, and radio than declining crime rates. In other words, there are many factors that lead people to think that crime out there is still rising, even if they do not think that this is true for their own neighborhoods (HOUGH e ROBERTS, 242, 2018). Sentencing represents the apex of the criminal process and the element of the justice system which attracts most media attention and public interest. Public views – or rather views ascribed to the public – appear to have fueled a more punitive response to offending on the part of sentences. Research in several jurisdictions (including England and New Zealand) has identified sentencer's responsiveness to public pressure as a probable cause of harsher sentencing (HOUGH e ROBERTS, 2018, p.246).

apropriado, em vez de se pautar por evidências acerca dos níveis de prejuízo que tais substâncias possam causar. O inerente argumento moral sobre se as pessoas devem ser livres para se intoxicar parece nunca resolvido de modo decisivo (STEVENS, 2017, p.831).¹¹⁶

Esse esforço de desconstrução é um ato de cidadania reflexiva, um exercício político capaz de explicar o processo de constituição de valores hoje enraizados na consciência popular e reproduzidos automaticamente, como se naturais, configurando, assim, uma espécie de atavismo social (DIORIO, p.225, 2018).

O achado aqui passa pela investigação acerca do conhecimento real da sociedade acerca dos efeitos da responsabilização criminal, conquanto no Brasil os dados acerca da criminalidade demandem interpretação kafkiana de entendimento, despossuídos do grau de confiança necessário para aferir este ou aquele sentido.

O desafio na abordagem da questão das drogas perpassa pela análise do seu caráter profundamente sedimentado na moral coletiva, a qual aponta pela necessidade de seu afastamento da ordem lícita, cujas razões quando questionadas levantam primeiramente argumentos de índole individual e moral, antecedentes até a suposta violação do bem jurídico da saúde pública.

A isto se deve, com efeito, a presença incontestada da legislação repressiva durante algumas décadas, quase que sem confronto do ponto político-criminal, o que leva a um estado de suposta obediência e ordem inalterada.

Por outro lado, importa reconhecer que a opinião esclarecida também se coaduna como instrumento de libertação da vontade majoritária, por vezes eivada de sentimentalismos abstratos que afastam o emprego da razão. A isso também descreve Bordieu: As pesquisas de opinião são desagradáveis por que às vezes a opinião esclarecida é contra a pena de morte, ao passo que as pesquisas são a favor. O que fazer? Cria-se uma comissão. A comissão constitui uma opinião pública esclarecida que instituirá a opinião esclarecida como opinião legítima em nome da opinião pública – que aliás, diz o contrário, ou não pensa nada a respeito (BORDIEU, página 102, 1990).

Os letrados, os que manipulam uma língua erudita, como os juristas e os poetas, devem pôr em cena o referente imaginário em nome do qual eles falam e que eles produzem

¹¹⁶No original: Some general themes arise from the brief historical review. The first is the enduring conflict between differing moral principles. This can be seen in the expressed desires of successive politicians to use drug policy to send messages about appropriate behavior, rather than to follow evidence on levels of harmfulness. The inherently moral argument over whether people should be free to intoxicate themselves has never been decisively resolved (STEVENS, 2017, p.831).

falando segundo as formas; devem exigir o que expressam e aquilo em nome do que se expressam. Devem produzir ao mesmo tempo um discurso e a crença na universalidade de seu discurso pela produção sensível, no sentido de evocação dos espíritos, dos fantasmas (BORDIEU, 1990, p.103).

A enunciação do STF na análise do caso-limite implica assim em referenciar a realidade em nova definição, a qual se evoca universal, como elemento estabilizador do binômio garantia individual e segurança pública. O uso de drogas ilícitas, em especial a maconha, portanto, sai da esfera do privado e ganha a forma universal socialmente aceita.

Portanto, o que há de ser considerado normal, deve ser com base nos símbolos estabelecidos em cada sociedade e, ainda assim, com ressalvas. A estipulação simbólica, sobre determinado objeto não é realizada de maneira democrática, gozando de utilidade somente para aqueles que detêm o monopólio comunicativo na dinâmica de relações de poder (WATANABE DE MORAIS, Renato. *Obstáculos para uma nova abordagem sobre drogas*. In *Drogas: Desafios Contemporâneos*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte: 2018, p. 296.

Ao mesmo tempo, já numa tendência de fragmentação, essa mesma facilidade de transmissão de ideias e pensamentos, auxilia na compreensão de uma sociedade ainda mais diversificada cultural e moralmente. A popularização da internet, como meio de divulgação de mensagens, possibilita a emissão de opiniões e mesmo a revelação de notícias que, por vezes, não entrariam na pauta de programação dos meios tradicionais de mídia. Assim, a ideia de opinião pública, que sempre enfrentou resistência quanto à sua concepção, torna-se mais difícil de ser concretizada.

Assim, a alteração de realidade pelo uso de drogas “aceitas” atende a fatores que ignoram o direito ao torpor fora das substâncias que fazem parte daquilo que fora estabelecido por quem detém o monopólio de emanção do poder (DE MORAIS, 2018, p.298)

A resposta ao crime sempre foi capaz de levantar emoções e paixões, cujos fundamentos escapam a racionalização de procedimento, o que no caso, implica também no conhecimento efetivo da população acerca do estado das coisas quando se trata da questão das drogas, na medida em que um público menos informado, ou com menos conhecimento, resta mais suscetível ao pensamento maniqueísta que justifica a criminalização sem limites.¹¹⁷

¹¹⁷ No original: For many years now, the dominant forces in drug policy discussions have been – on the hand of public health professionals parts of the medical establishment and – on the other – Home Office civil servants and the police. Of course, there is much scope for overlap between these groups and their priorities – The medico-penal constellation in British Drug Police (STEVENS, 2017, P.831). The argument that public punitiveness is a myth should not be overstated. **Crime raises strong emotions of anger and anxiety in**

A propósito, é possível constatar em alguns países diversas mudanças na atitude da população quando questionada acerca das práticas de criminalização e prisão, na medida em que se demonstra concomitantemente o aumento de consciência geral a respeito das repercussões sociais das práticas levadas a cabo pelo estado.¹¹⁸

Outro exemplo é o constatado no Japão, a respeito do apoio popular à pena de morte, a qual demonstrou que quanto maior o conhecimento geral a respeito dos procedimentos de enforcamento e detalhes de execução menor o suporte para a efetivação da medida¹¹⁹.

2.5. POLÍTICA CRIMINAL COMPARADA

Dentre as diferentes tipologias de controle existentes em relação ao design regulatório relacionado à produção, comércio e uso de drogas postas na ilegalidade, levando em conta o processo de reforma que diferentes países vêm implementando em suas políticas de drogas, no âmbito dos respectivos direitos internos e a despeito do impasse no plano internacional (UNGASS 2016), podemos estruturar as seguintes categorias de regime (MARONNA, 2018, p.56):

- proibição total: posse para uso pessoal e tráfico de drogas são incriminados e punidos com penas privativas de liberdade (Japão e Suécia)
- despenalização: posse de drogas para uso pessoal é incriminada, mas punida com sanção alternativa à prisão (Brasil, onde o tráfico de drogas permanece incriminado).
- descriminalização: posse de drogas para uso pessoal deixa de ser considerada uma conduta criminosa, mas pode permanecer ilegal (Portugal)

people, not only when it involves serious harm but also in more mundane crimes. Being the victim of crime is at the very least a significant irritant, and at worst a life-deforming experience. It is not surprising that people expect politicians to find an effective response to it. Whether this response should be simply punitive turns partly on questions of effectiveness – but it also depends in part on what a properly informed public would support (HOUGH e ROBERTS, 2018, p247).

¹¹⁸ One of the most significant trends in public opinion is a swing away from support for imprisonment. Even in the US, where the public has traditionally been more punitive in its attitudes to offenders, members of the public appear to be growing more skeptical of the use of custody. One survey found that half the US voters expressed the view there were too many people in prison (Lake, Gotoff and Pultorak 2013). In a California referendum held in 2012 (Proposition 36) voters overwhelmingly approved reforms to reduce the lengths of prison sentences. **This change in public attitudes probably reflects the grass roots movement to amend or repeal mandatory sentences for drug offenders and a growing public awareness of the striking racial disparities of prison populations in the US (The Opportunity agenda 2015). A further factor in the US is almost certainly the growing public and political awareness of the very heavy tax burden imposed by the high levels of imprisonment in that country** (HUGHES e ROBERTS, 2018, p 248).

¹¹⁹ Two deliberative polls in Japan (SATO 2014; Sato and Bacon 2015) offer a more nuanced view of the impact of providing information and opportunities for deliberation, in the context of support for the death penalty in Japan. When provided with information about hangings, some participants changed their position on the death penalty; of these, some shifting towards abolition, others towards retention. The more striking finding was the exposure to information and deliberation tended to increase people's uncertainty about their position, even if they did not change their views, and to increase their tolerance of the view of others (HUGHES and ROBERTS, 2018, página 249).

-legalização de facto – a posse de drogas para uso pessoal é formalmente proibidas pela lei penal, mas por uma opção político-criminal, na prática tolera-se o consumo dentro de certos parâmetros (Holanda)

- legalização de jure – produção, distribuição, comercialização e posse de drogas para uso pessoal é permitida e regulada, nos moldes do que ocorre com bebidas alcoólicas, tabaco e fármacos (Uruguai e alguns estados dos Estados Unidos em relação à cannabis)

- uso medicinal e religioso: nos tratados internacionais há expressa previsão de que o uso medicinal ou religioso de drogas proibidas pode ser autorizado como é o caso da cannabis nos Estados Unidos, República Tcheca e em Israel e da ayahuasca no Brasil.

E ainda, entende-se por proibição o estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas para fins não medicinais ou científicos. É esse o termo utilizado pelo regime internacional de controle de drogas, fundado nas Convenções capitaneadas pela ONU, assim como pelas legislações domésticas. Quando falamos em proibição, estamos nos referindo, portanto, a políticas de drogas essencialmente estruturadas por meio de normas penais.

Em posição menos rígida na escala das políticas adotadas, convencionou-se denominar de despenalização a exclusão de pena privativa de liberdade em relação a condutas de posse para uso pessoal, bem como em relação a outras condutas de menor potencial ofensivo, sem afastá-las, portanto, do campo da criminalização. É esse o modelo adotado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006, objeto deste recurso.

Encontramos, mais adiante, na escala de opções regulatórias, a denominada descriminalização, termo comumente utilizado para descrever a exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal. Sob essa acepção, embora a conduta passe a não ser mais considerada crime, não quer dizer que tenha havido liberação ou legalização irrestrita da posse para uso pessoal, permanecendo a conduta, em determinadas circunstâncias, censurada por meio de medidas de natureza administrativa.

Subjacente ao processo de descriminalização, vem se multiplicando, em muitos países, com o apoio da ONU, a adoção de programas e de práticas que visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais. A essa prática tem se atribuído a denominação de políticas de redução de danos e de prevenção de riscos.

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários

e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional.

Ao passo que se multiplicam alternativas em âmbito internacional, o risco iminente enfrentado pelo Brasil é o da repetição dos erros passados, como a manutenção do sistema escravagista, a despeito de sua proibição na ordem internacional.

A propósito, a despeito dos argumentos e fundamentos jurídicos apresentados até aqui, não se pode esquivar do fato de que o simples debate da questão das drogas já enseja severas críticas sociais, quanto mais eventual pensamento de caráter abolicionista.¹²⁰

Não obstante, a relação traçada entre Hegel e o Haiti pode também se inclinar para o debate acerca das justificativas filosóficas da política criminal sobre drogas, neste sentido: Por que é importante encerrar o silêncio sobre Hegel e o Haiti? Diante da aceitação final de Hegel da continuidade da escravidão - e mais, diante do fato de que a filosofia da história de Hegel ofereceu por dois séculos uma justificativa para as mais complacentes formas de eurocentrismo (talvez Hegel sempre tenha sido um racista cultural, se não um racista biológico) - por que a recuperação desse fragmento da história, cuja verdade conseguiu nos escapar, é de interesse mais do que hermético? (BUCK-MORSS, 2000, p.340).

Se os fatos históricos a respeito da liberdade podem ser extirpados das narrativas contadas pelos vencedores e recuperadas para a nossa própria época, então o projeto da liberdade universal não deve ser descartado, mas, pelo contrário, deve ser resgatado e reconstituído sobre novas bases. O momento de clareza de pensamento de Hegel teria de ser sobreposto ao de outros da época: Toussaint-Louverture, Wordsworth, abade Grégoire e mesmo Dessalines (BUCK-MORSS, 2000, p.631).

A solução, reside na necessidade de, ainda que paulatinamente mudar a concepção majoritária de normal no que tange às drogas. Há a necessidade de se cobrar um Estado que realmente tenha como o objetivo de atuação a promoção dos Direitos Humanos em detrimento da defesa de um modelo econômico que somente serve para aumentar o abismo social que se enfrenta (DE MORAIS, 2017, p.319).

O princípio da liberdade externa é a premissa que justifica o argumento que leva ao estabelecimento do direito cosmopolita. Assim, o exercício de nossa liberdade externa significa que cedo ou tarde, diante de certas circunstâncias, necessitaremos cruzar fronteiras e

¹²⁰ E neste sentido se relaciona com os questionamentos de Susan Buck-Morss: E é somente arriscando a própria vida que a liberdade é obtida [...]. O indivíduo que não arriscou sua vida pode, sem dúvida, ser reconhecido como uma pessoa (a agenda dos abolicionistas!); mas ele não alcança a verdade desse reconhecimento como uma autoconsciência independente". O objetivo *dessa* libertação, da libertação *da* escravidão, não pode ser a sujeição, por sua vez, do senhor, o que simplesmente repetiria o "impasse existencial" do senhor, e sim a eliminação completa da instituição da escravidão (BUCK-MORSS, 2000, p.214).

entrar em contato com seres humanos de outras terras e culturas (BENHABIB, 2005, p.35, tradução nossa)

Assim, a discussão de um novo paradigma internacional é medida imperativa no soerguimento dos vínculos com a comunidade social e no deslocamento dos vetores valorativos que fundamentam os organismos internacionais

2.5.1. Portugal

O tratamento da questão das drogas em Portugal, atualmente paradigma do modelo de regulamentação exitosa¹²¹, permite a análise de dados relativos ao uso de drogas e seu declínio, bem assim como a observação acerca das origens de eventual sucesso.

Em 1998, foi criada uma comissão para estratégia nacional contra as drogas, com o detalhe de possuir nove membros, incluindo cinco de reconhecida competência legal ou sanitária na questão das drogas, sendo os demais representantes de órgãos do governo, sendo o trabalho desta comissão o embrião da nova política sobre drogas aplicada no país¹²².

No campo normativo, ao discriminar a medida da pena aplicável em função da tabela que prevê a droga em concreto, a lei (Decreto 15/93) admite implicitamente uma maior ou menos periculosidade para o consumidor de tais produtos, sem embargo de não conter qualquer indicação classificadora de droga. Assim, o tráfico de drogas previstas nas tabelas I a III, por serem consideradas mais danosa para o consumidor, é punido mais severamente (art.20) (LOBO, 2010, p.29).¹²³

Em trabalho recente, é possível observar no cenário da responsabilização criminal brasileira a figura do consumidor que também exerce a mercancia de drogas, denominado

¹²¹ Disponível em << <http://time.com/longform/portugal-drug-use-decriminalization/>>> e << <https://www.forbes.com/sites/lipiroy/2018/08/31/its-starts-with-mindset-what-portugals-drug-policy-experts-taught-me-about-addiction-treatment/#19ef9a073ba5>>> Acessado em 11.11.2018

¹²² Despite increasing efforts by the government during the 1990s, the Portuguese drug situation continued to be problematic, especially in the areas of heroin addiction and HIV transmission. In 1998, the government appointed the Commission for the National Strategy to Fight against Drugs, with the mandate to produce a report with guidelines for the 'fight against drugs and drug addiction', namely on the topics of prevention, treatment, social reinsertion, training, research, risk reduction and supply control (Dias, 2007). The Commission had nine members, including five recognised (legal or health) experts/researchers in the drugs area, two from the relevant public bodies in the Health and Justice Ministries, a representative of the office of the minister in charge of drugs policy (Assistant Minister of the Prime Minister) and an independent and internationally recognised researcher with no previous direct links to drug policy, who chaired the Commission. Disponível em << http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/642/PolicyProfile_Portugal_WEB_Final_289201.pdf>> Acessado em 10.08.2018.

¹²³ Art.26 do Decreto-Lei 15/93: O legislador criou um tipo privilegiado de crime, para punir aqueles que não fazendo do tráfico uma forma de vida, a ele se dedicam, contudo, como forma de angariar meios para sustentarem as suas necessidades de consumo. (...) Reconhece-se assim implicitamente, uma culpa diminuída nos consumidores agentes deste crime, que todavia cessa quando os produtos detidos excederem o necessário para o consumo individual durante o período de cinco dias (LOBO, 2010, p. 91).

“traficário”.¹²⁴ Na perspectiva da prevenção geral, importa dizer que são os traficantes consumidores que na economia do tráfico da droga, mais contribuem para a disseminar. São eles ainda os colaboradores privilegiados dos dealers. Sendo certo que o consumidor, já não fortuito ou ocasional, mas no estado de toxicod dependência, necessita de angariar compradores e vender diariamente uma quantidade de droga equivalente à que necessita para o seu consumo, racionalmente se perceberá o efeito multiplicador que esta situação acarreta (LOBO, 2010, p.91).

Neste sentido, a adoção de parâmetros de política criminal sobre as drogas implica também no reconhecimento de diversas formas de práticas delitivas e circunstâncias sociais que merecem tratamento adequado. Na expressão de lobo, o “cenário” dos traficários já se encontra suficientemente demonstrado, demandando a identificação legislativa correspondente na tipicidade do dispositivo da Lei 11.343/06, seja pela introdução de uma modalidade específica de tráfico, para além do art.33, ou pelo reconhecimento de atenuantes de pena, dada a natureza menos grave da conduta imputada.

Do que se objetiva esta investigação, destaca-se a Lei 30 de 2000, que manteve o status de ilegalidade para o uso ou porte de qualquer droga sem autorização, contudo, alterou o campo de sanção estatal, do criminal para o administrativo, estabelecendo-se a permissão para o porte de até dez dias de uso por tipo de droga.¹²⁵

Da mesma forma, o Decreto 183 de 2001 inaugura nova forma de tratamento ambulatorial para os dependentes de drogas em situação de vulnerabilidade por meio de uma política de redução de danos¹²⁶.

De todo modo, a observação aqui destacada se inclina pela formação do corpo de especialistas que detém a responsabilidade (mandato) pelo assessoramento do estado na tarefa de solucionar o quadro de abalo social decorrente da questão das drogas, o que, em Portugal, motiva a escolha pelo critério da especialidade.

2.5.2. Espanha

¹²⁴ ELMER, Messi. Traficários urbanos: tráfico e uso de drogas sob a lei e na cidade. Disponível em << http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19249&revista_caderno=24>>. Acessado em 04.05.2018.

¹²⁵ EMCDDA. Drug Policy Profiles. Portugal. 2011, p.16 Disponível em << http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/642/PolicyProfile_Portugal_WEB_Final_289201.pdf>>. Acessado em 10.08.2018

¹²⁶ Idem. P.18

A política criminal sobre drogas na Espanha remonta à Lei 44/1971. Neste sentido, importa o destaque da incipiente abertura internacional do regime franquista e o compromisso internacional adquirido ao ratificar a Convenção Única de Estupefacientes de 1961 – primeira conquista norte-americana em sua cruzada mundial contra o tráfico ilegal de drogas. E ainda, a reação frente a uma nova cultura juvenil vinda da Europa e Estados Unidos, e que teve sua eclosão em maio de 1968.

Posteriormente, com a reforma urgente e parcial de 1983 e sua contra-reforma de 1988, pode-se sintetizar o movimento:

Após vencer as eleições, o PSOE¹²⁷, levou a cabo uma profunda reforma da política criminal franquista, o que também afetou a regulamentação do tráfico de drogas: se reduziu o rol de possíveis condutas puníveis, eliminando-se a fórmula aberta de “aqueles que de qualquer modo produzam, favoreçam ou facilitem” que permitia incluir qualquer conduta relacionada às drogas; se distingue pela primeira vez entre as drogas que causam um grave dano à saúde (drogas pesadas) e aquelas que não causam (drogas leves); e se reduzem significativamente as penas (MULAS, 2017, p.227).

Todavia, com o problema do consumo desenfreado de heroína na década de 80, o contexto acionado pelos grupos sociais, oposição política e representantes sociais passou a exigir maior combate do tráfico pelo governo, sendo este acusado de omissão contra o problema das drogas e de danos à propriedade, o que culmina com a contra-reforma de 1988, Lei Ordinária de 26 de março de 1988, reforma do Código Penal, onde se leva a cabo um giro radical na política criminal nesta área, optando-se por uma fórmula fortemente repressiva: aumentaram-se as penas (até 23 anos para as drogas pesadas e mais de 17 para as drogas leves); se recupera a cláusula de incriminação geral (MULAS, 2017, p.228).

Com a entrada da Espanha na Comunidade Europeia de 1996, o governo socialista também se somou as políticas de tolerância zero auspiciadas por Reagan nos Estados Unidos (...) Com ele se inicia uma política criminal de corte altamente repressivo em matéria de drogas, que se consolidaria com a ratificação da Convenção da ONU de 1988, sendo esta norma que obrigava aos Estados a perseguir penalmente o cultivo, a aquisição e o porte para o consumo pessoal (MULAS, 2017, p.228).

A Lei Ordinária 10/95, batizada de Código Penal da Democracia mantém as cláusulas de tipicidade abertas, mantendo a política de drogas vigente, conquanto prestando mais atenção ao drogadicto, pois se reduz sua responsabilidade por atuar sob os efeitos das drogas, ampliando-se a suspensão condicional da pena (MULAS, 2017, p.228).

Chama a atenção de MULAS que apesar das numerosas reformas do Código Penal de 1995, poucas afetaram o delito de tráfico de drogas (MULAS, 2017, p.229).

¹²⁷ Partido Socialista Operário Espanhol

Tradicionalmente, a prática judicial nesta matéria foi caracterizada por realizar uma interpretação muito extensiva deste delito, sobretudo quanto a cláusula aberta “aqueles que de outro modo promovam, favoreçam ou facilitem (art.368, I CP). Esta formulação aberta e abstrata tem permitido que se considere crime quase qualquer conduta relacionada com o tráfico de drogas (...) Há algum tempo existe uma importante e consolidada doutrina jurisprudencial que se inclina a analisar as condutas a partir do prisma do bem jurídico, procurando afastar a tipicidade daquelas condutas que não constituam nenhum perigo para ele. Isto é, juízes e tribunais estão levando a cabo uma interpretação cada vez mais restrita de certos tipos penais, buscando atenuar sua excessiva penalidade, por considerar que ofende ao princípio da proporcionalidade das penas. Com este objetivo, cabe se observar que na prática judicial atuações como: a ampliação da impunidade das condutas de porte para consumo próprio para algumas condutas de porte para consumo em grupo; a exigência de uma dose mínima psicoativa para se tipificar o crime; a impunidade das entregas “por piedade” a familiares para ajudar a perder a habitualidade ou superar a abstinência e a admissão da tentativa ou formas acessórias de participação como a cumplicidade. Um afastamento progressivo da tolerância zero contra as drogas, coerente, a seu turno, com a realidade social e criminológica deste problema (MULAS, 2017, p.233).

De todo modo, reconhece-se mudança de paradigma em relação às drogas por parte da sociedade espanhola, demandando maior abertura do tema e permissividade em relação ao consumo.¹²⁸

Neste sentido, daquilo que se propõe esta investigação, destaca-se o fenômeno do consumo compartilhado na Espanha como mais um elemento de organização social frente a questão das drogas.

A sociedade vem se transformando a ponto de aceitar que o consumo controlado de certas substâncias ilegais, como os derivados da cannabis tem mais benefícios que prejuízos. Este é o motivo por que já há alguns anos se criaram em Amsterdam os coffee shops e mais recente na Espanha, a partir da doutrina do “consumo compartilhado” os clubes de cannabis ou associação de consumidores de cannabis. São grupos de pessoas que pretendem garantir uma difusão limitada da droga, destinada a um círculo limitado de consumidores (os sócios) e cuja finalidade é assegurar o consumo responsável. Esta realidade existe em todo o território nacional, ainda que na Catalunha se concentrem 300 dos mais de 500 clubes registrados no país (MULAS, 2017, p.234).

¹²⁸ Em nossos dias nos encontramos sem dúvida frente a um cenário social muito mais flexível e tolerante diante das drogas. Deixou-se de considerar todas as drogas como um veneno perigoso, a falar-se de “consumo responsável”, com políticas midiáticas que já não se fundamentam na tolerância zero, senão em campanhas pedagógicas, acompanhadas com o trato da droga adicção a partir de uma perspectiva médico/sanitária e não somente penal. A sociedade, ou ao menos, uma parte importante da mesma, cada vez se mostra mais tolerante ao consumo de certas drogas, o que provocou a proliferação de associações ou clubes de consumidores de cannabis e o nascimento de uma nova corrente internacional tendente a legalização (MULAS, 2017, p.233).

Assim, ainda se questiona na Espanha o quadro do sistema de justiça, *mutatis mutandis*¹²⁹, também este identificado com a problemática do tráfico de drogas: Quando ao final se consegue deter, processar e condenar alguém por tráfico de drogas, geralmente se trata de pequenos narcotraficantes, pertencentes aos escalões mais baixos da organização, contribuindo com a sua marginalização, enquanto os chefões ficam impunes. As cadeias estão cheias daqueles que são condenados por tráfico em pequena escala, bem assim como pelos delitos contra a propriedade (MULAS, 2017, p.240).

A regulamentação da cannabis deve dar resposta não somente a realidade das associações canábicas, senão a outras alternativas como o cultivo próprio e a venda com licença a pessoas maiores de idade (GEPCA 2017 b), uma parte significativa das pessoas que promoveram a mudança das políticas e da legislação em torno da cannabis foi formada por este tipo de associação (ARANA, 2018, p.432).

Desde meados dos anos noventa até o ano de 2015, a maioria das sentenças judiciais onde se encontravam implicadas pessoas pertencentes às associações canábicas, não se considerou ilícitas as atividades realizadas por este tipo de associação (ARANA, 2018, p.434).

O consumo de cannabis é uma realidade que possui uma importante apelo social. Em um estudo recente de onde se analisava a representação social da cannabis e suas tendências evolutivas no Estado espanhol, após entrevistar mais de 1.200 adolescentes e jovens – entre 16 e 34 anos – os mesmos viam a cannabis como uma substâncias acessível, próxima e visível (ARANA, 2018, p.437).

No plano internacional há um debate cada vez mais amplo e elaborado, embora sem contar com o apoio das Nações Unidas e demais organismos internacionais. Mais uma vez colocada a questão na mesa, na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas (UNGASS) sobre Drogas, em setembro de 2016, somente se conseguiu colocar em evidência a ruptura do consenso de Viena, postergando-se as decisões mais importantes

¹²⁹ Sobre o modelo uruguaio Nieves Mulas descreve, resumidamente: Este país sul-americano aprovou, em 10 de dezembro de 2013, a primeira lei do mundo a regular plenamente o cultivo, comércio e consumo de cannabis com fins tanto medicinais, como industriais e recreativos. Não se permitem marcas nem publicidade e o Estado fixa o preço e outorga as licenças de produção e farmacêuticas, bem assim como regulamente o registro dos consumidores e identifica o usuário. Com a finalidade de evitar se converter em um país de turismo canábico, a lei somente se aplica a maiores de idade nacionais e estrangeiros com mais de um ano de residência. Os consumidores registrados tem direito a 40 gramas de maconha mensais, a razão de 10 por semana e são permitidos clubes sociais, como associações de 15 à 45 sócios e um máximo de 99 plantas conjuntas ou um cultivo individual de até 06 plantas. Por fim, todo o processo é vigiado e supervisionado por diferentes ministérios e instituições governamentais (MULAS, 2017, p.235).

(despenalização, regulação de mercados), para o encontro seguinte em 2019 ou 2020 (MULAS, 2017, p.235).

Ao final, se tem como relevante a observação do Ministro Luís Roberto Barroso, para quem é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira. Olhar o problema das drogas sob a ótica do primeiro mundo é viver a vida dos outros. Lá, o grande problema é o usuário. Entre nós, este não é o único problema e nem sequer é o mais grave. Entre nós, o maior problema é o poder do tráfico, um poder que advém da ilegalidade da droga. E este poder se exerce oprimindo as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude. O tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, pelas somas que manipula e os pagamentos que oferece. A consequência é uma tragédia moral brasileira: a de impedir as famílias pobres de criarem os seus filhos em um ambiente de honestidade.¹³⁰

3 DROGAS: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA

3.1. REDISCUTINDO A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO

O alegado risco à saúde pública que inscreve a tipicidade penal dos crimes de drogas esconde à primeira vista seu elemento de censura moral, cujas características e antecedentes históricos se encontra melhor delineada se comparada com os elementos jurídicos, como a teoria de proteção ao bem jurídico, por exemplo, cuja compreensão nos delitos abstratos demanda raciocínio específico.

A avaliação e gradação das condutas relacionadas ao tratamento penal dos crimes de drogas se encontram frequentemente inseridas em um mesmo contexto de ilicitude e reprovação moral. Neste contexto, importa investigar o funcionamento do conceito de risco, uma vez que as condutas imputadas se revelam de natureza abstrata¹³¹.

Para Karl Binding o bem jurídico surge de uma livre criação do legislador, podendo contemplar, portanto, tudo que for importante para a ordem jurídica, o delito seria ao final, uma violação ao dever de obediência (...) Franz Von Liszt entende que o bem jurídico não é

¹³⁰ STF.RE.635.659-SP Relator Ministro Gilmar Mendes (em julgamento)

¹³¹ Nem toda violação a uma norma é apta acionar o Direito Penal, que se limitará, como visto, à tutela apenas dos direitos de maior relevância. O bem jurídico penal, é então, um conceito não residual, pois usa a lógica de que serão poucos os valores merecedores dessa especial tutela, elencando um rol restrito (ALTOÉ, 2017, p.60).

uma criação pura do legislador. Os interesses vitais, que dão substrato aos bens jurídicos, já nascem das próprias relações da vida, tendo o legislador, dentre esses interesses já surgidos, a possibilidade de escolher a fração que será elevada ao restrito catálogo de bens jurídicos e, somente nestes últimos, como já visto, é que o Direito Penal poderá intervir (ALTOÉ, 2017, p.65).

O bem jurídico-penal, por definição, deve ter correspondência única e exclusiva com o núcleo dos direitos essenciais que foram constitucionalmente assegurados, sob pena de abrir brechas para arbitrariedades que seriam motivadas por desproporcionais medidas restritivas de liberdade em nome da tutela de bens sequer merecedores da classificação de um direito fundamental (ALTOÉ, 2017, p. 68).

Em um Estado social, o direito penal não pode se limitar unicamente os bens jurídicos individuais, senão que também está obrigado a remover os obstáculos necessários para proteger os interesses gerais dos cidadãos, combatendo os privilégios de quem se opõe ao bem-estar comum: são bens jurídicos coletivos ou supra individuais aqueles cujo sujeito passivo somos todos nós (o erário público, a saúde pública, o meio-ambiente, etc.) (MULAS, 2017, p.231).

A proteção à saúde coletiva, afim de que o legislador diferencia entre aquelas (drogas) que causam grave à saúde, drogas pesadas, e aquelas que não produzem esse grave prejuízo, drogas leves. O maior ou menor dano à saúde se estabelece como critério genérico para castigar mais ou menos as mesmas condutas (MULAS, 2018, p.231).

Uma ação arriscada pode apresentar, para determinada pessoa, uma probabilidade de dano demasiado baixa para que ela se preocupe ou sinta medo. Mas ela pode temer a ocorrência de um grande número de ações desse tipo. A probabilidade de que cada ato individual cause danos fica aquém do patamar mínimo gerador de preocupação, mas o conjunto de ações pode apresentar uma significativa probabilidade de dano (NOZICK, 2011, p. 92).

Charles Fried sugeriu recentemente que as pessoas estariam dispostas a aceitar um sistema que lhes permitisse impor, reciprocamente, riscos de morte “normais” preferindo isso a um sistema que impedisse todas as imposições de risco desse tipo. Os riscos a que os outros o submeteriam são riscos aos quais ele próprio estaria disposto a se submeter na busca de seus objetivos (NOZICK, 2011, página 96).

Em outro aspecto, quando devidamente identificada no plano jurídico a compreensão do risco e os fundamentos político-criminais que se traduzem na tipicidade dos crimes de

droga, é possível refazer o raciocínio para incluir medidas de gradação, individualização de condutas ou de compensação como alternativas jurídicas válidas ao tratamento do tema.

No campo da moral e costumes sociais, entretanto, a tarefa se revela ainda complexa, seja pela divergência entre o que se escolhe como sendo o comportamento correto¹³² ou pelo desacerto entre os princípios que fundamentam as escolhas daquilo que se tem por essencial à preservação do bem comum.¹³³

Neste sentido, duas premissas surgem de tal pensamento, a saber: a imposição da responsabilidade criminal relativa aos crimes de droga pode ser mais facilmente justificada na presença dos elementos morais e de posição costumeira do que pela clássica teoria do crime. A segunda, ao contrário, se traduz na ideia de que o tratamento do tema das drogas pode ser ressignificado por meio de alternativas jurídicas existentes de modo mais simples que sua compreensão e aceitação pela maioria da sociedade.

Eis o desafio e o paradoxo proposto.

Proibir ações arriscadas restringe a liberdade de ação do indivíduo, mesmo que na prática, as ações possam não implicar custo nenhum para mais ninguém. Um epilético, por exemplo, pode dirigir durante a vida inteira sem que isso prejudique ninguém. Proibi-lo de dirigir pode não reduzir, na prática o prejuízo causado aos outros; e até onde se sabe, não reduz. (Na verdade, não há como identificar antecipadamente o indivíduo que se mostrará inofensivo; mas por que ele deveria arcar com todo o ônus de nossa incapacidade?) (NOZICK, 2011, página 99).

O uso de drogas, assim, além de se configurar como autolesão, alheia a *ultima ratio* que justifica a tipicidade penal, também pode ser entendido a partir da noção de risco elencada acima, onde não se tem como antecipar qual usuário efetivamente incidirá na criação de um risco não permitido pelo ordenamento jurídico. Assim, o impedimento total do uso de drogas, além de contrariar a experiência do desenvolvimento social e comunitário também implica na distribuição de encargos desiguais entre os indivíduos.

¹³² A variação de opiniões, na verdade transborda noções objetivas de certo e errado, e imerge em discussões sobre concepções que podem ter faces variadas de modo que o correto para um indivíduo é tido como o moralmente incorreto para outro, como a mais natural das manifestações dentro de um pluralismo cultural, catalisado pela geração de incertezas da pós-modernidade (ALTOÉ, 2017, p.60).

¹³³ Sobre a querela, em sentido contrário, LOBO: Não se trata, pois, de uma qualquer querela moral, mas sim da defesa de princípios éticos sedimentados e partilhados pela História da Humanidade, colocados em perigo pela diluição da consciência crítica e capacidade de intervenção vivencial de cada consumidor, que tem de ser defendidos de forma eficaz e rigorosa (LOBO, 2010, p.43).

O bem jurídico tutelado no crime de tráfico é, inequivocamente, conforme doutrina e jurisprudência uniforme, fundamentalmente de ordem sanitária e social: a saúde pública. Protege-se, pois, a saúde pública no seu sentido mais amplo, nas suas componentes física e mental, em ordem a garantir um desenvolvimento sã, seguro e livre dos cidadãos e da sociedade, face aos perigos representados pelo consumo e tráfico de drogas, atentatórios da dignidade humana.

Na verdade, é a vida das pessoas, a sua inter-relação com os outros, família, amigos, a sua dignidade humana, por vezes até o seu património que está em causa, mas também os bens coletivos, o custo social e financeiro e até o equilíbrio democrático dos Estados, que são postos em crise pelo crime em questão (LOBO, 2010, p.43).

O Código Penal Espanhol engloba o tráfico de droga, no capítulo dedicado aos crimes contra a saúde pública e o Código Penal Francês, no capítulo dedicado aos crimes contra a integridade física e psíquica da pessoa humana. São claramente estes os valores a proteger, que reconduzem à saúde pública em geral (LOBO, 2010, p.43).

É fundamental desde logo perceber que o crime de tráfico de drogas tem a natureza de um crime de perigo abstrato, isto é, não se exige para a consumação do crime que a atividade ilícita elencada na norma, produza um resultado concreto danoso, bastando que essa atividade constitua ela própria presumidamente um perigo potencial para o bem jurídico protegido (LOBO, 2010, p.44).

Logo, o que se pune é a atividade ilícita, geradora de um risco presumido para a saúde pública (LOBO, 2010, p.44).

O crime de perigo abstrato, distingue-se formalmente do crime de perigo concreto, na medida em que o perigo possa ser no segundo caso elemento do tipo (deve provar-se no caso concreto) e não o assim ser de tal forma no primeiro caso, onde basta para a sua punibilidade a periculosidade geral de uma ação para determinados bens jurídicos (...) pois o comportamento correspondente implica tipicamente um perigo concreto. Constituem delitos de perigo abstrato aqueles tipos em que a comprovação da periculosidade geral é confiada ao critério do juiz, mediante a existência de idoneidade para a produção de um determinado resultado (JESCHECK, 2222, p.358 e 359).

No caso, há severas críticas à própria tipicidade dos delitos de crime abstrato, nos quais se inserem as condutas do porte de drogas para consumo ou das modalidades “ter em depósito” do art. 33 da Lei 11.343/06.

Em sentido contrário observa Lobo: Os crimes de perigo abstrato, limitam-se a antecipar a tutela dos bens jurídicos, que se quer proteger, logo que o perigo presumido se

manifesta. Por tal razão, coloca-se por vezes em causa, a validade da existência na ordem jurídica dos crimes de perigo, por poderem constituir uma violação do princípio da legalidade, face à ideia da inadmissibilidade da contraprova do perigo. Esquece-se que o legislador, neste como em muitas outras situações, tem o privilégio de definir os específicos cenários de perigo, de acordo com a política criminal vigente (LOBO, 2010, p.45).

Neste ponto há severa discordância, ou talvez o reconhecimento da incompatibilidade do contexto lusitano com a realidade brasileira, uma vez que não há no ordenamento jurídico a previsão ou gradação específica dos cenários de identificação da responsabilidade criminal a ser atribuída.

Em outra via, é questionável até mesmo a própria existência de uma política criminal sobre drogas que antecipe cenários de perigo, *ex lege*, ou pela adoção de parâmetros. Ao contrário, e muito do que motiva esta pesquisa acadêmica, o arbítrio e a subjetividade prevalecem na seleção que opera a identificação de usuários e traficantes.

Em qualquer circunstância, a presunção típica não abrange nem implica qualquer presunção de culpa, pelo que sempre haverá que investigar a atividade ilícita e as intenções do arguido, para se poder concluir que cometeu o crime, na sua cúpula vertente, objetiva e subjetiva, e assim poder ser condenado (LOBO, 2010, p.45).

De todo importante o destaque, todavia, no Brasil ainda se reclama a salvaguarda dos direitos e garantias no processo penal, sobretudo sua afirmação enquanto processo acusatório.

Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou ainda, neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Nesse contexto, os dispositivos que atribuam poderes instrutórios, como famigerado art. 156, incisos I e II do CPP, externam a adoção do princípio inquisitiva, que funda um sistema inquisitório pois representam uma quebra de igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgado (LOPES, 2018, p. 48)¹³⁴

Com efeito, a jurisprudência parece continuar caminhando pela relativização de direitos fundamentais, como o resguardo da inviolabilidade do domicílio durante o período

¹³⁴ Ainda que se manifeste o dito autor pela inauguração do sistema acusatório com a Constituição de 1988: Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma filtragem constitucional dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório pois são substancialmente inconstitucionais (LOPES, 2018, p. 49)

noturno¹³⁵, mediante a tese de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.¹³⁶

Não sem motivo, o precedente judicial que motivou a formação do julgamento em sede de repercussão geral se tratava justamente de uma batida policial efetuada em decorrência da investigação sobre a provável prática do crime de tráfico de drogas.

Também neste sentido, arvoram-se as instituições de repressão em avançar sobre outras garantias processuais, como ocorreu recentemente naquilo que denominou de busca e apreensão coletivas, em comunidades do Rio de Janeiro, o que posteriormente foi declarado ilegal, após intervenção da Defensoria Pública pugnando pela absoluta inconstitucionalidade da medida.¹³⁷

Para manter-se a expressão, há verdadeira antecipação de tutela, com licença para, no período noturno, derrubar paredes, deter pessoas e apreender coisas, desde que tudo seja justificado *a posteriori*.

Da jurisprudência lusitana, colaciona-se o entendimento de que na que os crimes de perigo abstrato não violam, *in totum*, o princípio da necessidade das penas e das medidas de segurança, consagrado no artigo. 18, 2 da Constituição – a sua compatibilidade com este princípio depende, decisivamente, da razoabilidade da antecipação da tutela penal.¹³⁸

Em interessante manifestação acerca do elemento volitivo como integrante da tipicidade do crime de dolo, a mesma Corte lusitana entendeu que a natureza peculiar do crime de tráfico de estupefacientes, enquanto delito de perigo abstrato (o que, de resto se afirma no seu extenso horizonte previsivo, em reporte nos múltiplos itens, o situa num terreno onde a (mera) detenção do produto deve precipuamente ser observada e sopesada em nome de uma relação finalística com o próprio conceito de tráfico.¹³⁹

¹³⁵ BRASIL.Constituição Federal, art. 5. XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

¹³⁶ STF, RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2015

¹³⁷ Disponível em << <https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/tj-rj-decide-busca-apreensao-coletiva-favela-foi-illegal>>>. Acessado em 19.02.2018.

¹³⁸ (Tribunal Constitucional. Acórdão de 06.11.2011 disponível em <<in www.dgsi.pt>>. Acessado em 06.11.2018.)

¹³⁹ (Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de 31.03.2003, Processo 02P4095, disponível em <<www.dgsi.pt>>. Acessado em 06.11.2018).

Em perfeita sintonia com a doutrina *luhmanniana*, sociológico-sistêmica, o sujeito passa a ser representado pelo sistema e não pelo indivíduo, sendo que o Direito Penal não tem finalidade protetiva de bens jurídicos, mas visa tão somente à tutela da função que cumpre determinada norma (reafirmação da vigência da norma), segundo as necessidades sociais e os fins da pena (PRADO, 2017, p.201).

Não sem motivo, observa o Ministro Luís Roberto Barroso: As pessoas têm, igualmente, o direito de escolher os seus prazeres legítimos. Há quem faça alpinismo, voe de ultraleve, participe de corridas de automóvel, ande de motocicleta ou faça mergulho submarino. Todas essas são atividades que envolvem riscos. Nem por isso são proibidas. O Estado pode, porém, limitar a liberdade individual para proteger direitos de terceiros ou determinados valores sociais. Pois bem: o indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso.¹⁴⁰

3.2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A QUESTÃO DAS DROGAS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

De acordo com o art.102, III da CF, compete ao STF “*julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal*”.

Esta norma deixa bem claro que a decisão acerca de questão constitucional, proferida na forma incidental em processo destinado ao exame de caso conflitivo concreto, assim como a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade de competência de Tribunal de Justiça, podem chegar ao STF mediante o sistema recursal, ou melhor, mediante o recurso extraordinário (MARINONI, 2016, p.1000).

O pensamento formador da ideia de justiça deve estar amparado também no movimento de construção e dinamismo, cujas fundações ecoam à passagem do estado natural

¹⁴⁰ STF.RE 635.659-SP Relator Ministro Gilmar Mendes (em julgamento)

para a sociedade civil, sendo que a discussão das questões-problemas da sociedade, dentro do Estado de direito, obedece à forma preestabelecida, assim como as eventuais limitações propostas na legislação.¹⁴¹¹⁴²

Nesta abordagem, em 22 de fevereiro de 2011 a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal destinado a questionar a constitucionalidade da regra do art. 28 da Lei 11.343/06.¹⁴³, tendo sido o instrumento autuado sob o n.635.659.

A proposta desta investigação, no campo presente, destina-se a identificar os elementos e fundamentos principais dos votos já proferidos, bem assim como ampliar o debate para a relação da justiça como vetor de atuação na questão das drogas.

Com efeito, importa esclarecer que o julgamento do RE se encontra em andamento no STF, ainda sem conclusão de julgamento diante do pedido de vista do então Ministro Teori Zavascki, em 26 de março de 2017, substituído pelo Ministro Alexandre de Moraes, cuja análise ainda não permitiu o retorno dos autos ao plenário.

De todo modo, o teor dos votos até aqui colhidos, ainda que com a ressalva da possibilidade regimental¹⁴⁴ de alteração do entendimento até a conclusão do julgamento, se mostra diametralmente oposto à manutenção da política criminal sobre drogas atual, em sua integralidade concordando com a necessidade de novo tratamento jurídico sobre a responsabilidade criminal do usuário de drogas.

¹⁴¹STF.RE 635.659-SP. Relator Ministro Gilmar Mendes: Com isso, abre-se a possibilidade do controle da constitucionalidade material da atividade legislativa também em matéria penal. Nesse campo, o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar. No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, portanto, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto da atividade legislativa é que é possível averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada.

¹⁴²A forma é uma propriedade muito importante desse discurso, pois é através dela que o indizível, o inefável, às vezes o inominável torna-se nomeável; ela é o preço a pagar para tornar oficializável o que não podia ser nomeado. Em outras palavras, a poesia no sentido forte, a criação jurídico-poética faz existir sob uma forma universalmente reconhecida um inefável, um indizível ou um implícito (...) O papel do profeta é revelar ao grupo alguma coisa em que o grupo se reconhece profundamente (BORDIEU, página 98, 1990).

¹⁴³ STF. Recurso Extraordinário. 635.659-SP. Na síntese do Relatório do voto do Ministro Gilmar Mendes : *Afirma o recorrente que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal viola o art. 5o, X, da Constituição Federal, no qual se prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.* Sustenta, em síntese, que o dispositivo constitucional em destaque protege as escolhas dos indivíduos no âmbito privado, desde que não ofensivas a terceiros. Decorreria dessa proteção, portanto, que determinado fato, para que possa ser definido como crime, há de lesionar bens jurídicos alheios.

¹⁴⁴ BRASIL.STF. Regimento Interno. As conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 26, de 22 de outubro de 2008).

Assim, importa a análise dos significados que permeiam o próprio conceito de justiça, relacionando-os de forma antecedente à própria estruturação dos votos que posteriormente se pretende discutir.

De início, o questionamento se dirige ao papel do direito enquanto força e coerção¹⁴⁵ capaz de vincular este ou aquele comportamento, o que certamente ainda representa uma relativa modernidade social.¹⁴⁶

A partir do final do século XVIII e durante todo século seguinte, o principal interesse dos teóricos da justiça parece deslocar-se do problema da boa ordem política e do propósito das instituições para o âmbito das interações e das relações de conflito e cooperação social.

A justiça de um esquema social depende essencialmente do modo como são repartidos os direitos e os deveres fundamentais, das oportunidades econômicas e das condições sociais nos vários setores da sociedade (RAWLS, 2000, p.391).

Uma concepção completa, que defina os princípios da estrutura fundamental junto com os seus respectivos valores em caso de conflito, é algo mais do que uma concepção de justiça: é um ideal social.

Os princípios de justiça são apenas uma parte, ainda que talvez a mais importante, de tal concepção. Um ideal social encontra-se por sua vez ligado a uma concepção de sociedade, uma visão do modo como devem ser entendidos os fins e os objetivos da cooperação social. As várias concepções da justiça são o produto de diferentes noções da sociedade, tendo como segundo plano visões em contraste com as necessidades naturais e as oportunidades da vida humana (RAWLS, 2000, p.391).

De igual modo, se tem como observável a dimensão universal (pública) e individual (privada) dos julgamentos de crimes de droga, a qual se identifique, a seu turno, com a opção filosófica dos valores ontológicos ou pela análise da verdade de modo em geral.¹⁴⁷

Há que se destacar que as concepções e formas de pensamento que afastam a responsabilização no âmbito do uso de drogas ilícitas também não podem se prestar a propor

¹⁴⁵O direito é, portanto, o conjunto das condições, por meios as quais o arbítrio de um pode harmonizar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade. Se minha ação ou, em geral, meu estado pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, comete injustiça contra mim quem me impede nesse aspecto, pois esse obstáculo (essa resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo as leis universais (KANT in MAFFETON;VECA, 2005, p.213).

¹⁴⁶O primeiro que, depois de cercar um terreno, pensou em afirmar, isto é, meu e encontrou pessoas bastante ingênuas para acreditar nele foi o verdadeiro fundador da sociedade civil (ROUSSEAU in MAFFETONA; VECA, 2005, 173).

¹⁴⁷ E me parece que a opção filosófica com a qual nos vemos confrontados atualmente é a seguinte. É preciso optar ou por uma filosofia crítica que se apresentará como uma filosofia analítica da verdade em geral, ou por um pensamento que tomará a forma de uma ontologia de nós mesmos, de uma ontologia da atualidade (FOUCAULT, 1983, p.22).

prognósticos ou perspectivas de resultados sociais, buscando-se, ao contrário o elemento de justiça.¹⁴⁸ O elemento de inflexão, é, assim, de ruptura, abandono e desprendimento, como se destaca:

Deve-se ver que Kant designa como o momento da *Aufklärung* não é nem um pertencimento, nem uma iminência, nem uma consumação, não é nem se quer exatamente uma passagem, uma transição de um estado a outro (...) Ele define simplesmente o momento presente como *Ausgang*, como saída, movimento pelo qual nos desprendemos de alguma coisa, sem que nada seja dito sobre para onde vamos (FOUCAULT, 1983, p.27).¹⁴⁹

Em nossa atividade profissional, em nossa atividade pública, quando somos funcionários, quando somos os elementos de uma sociedade ou de um governo, em todas essas formas de atividade, nesse uso que fazemos das nossas faculdades quando somos funcionários, quando pertencemos a uma instituição, a um corpo político, o que somos? Somos simplesmente, diz ele, “as peças de uma máquina”. Somos as peças de uma máquina, situadas num lugar dado, certo papel preciso a desempenhar, enquanto há outras peças da máquina que tem outros papéis a desempenhar. É isso o uso privado.

O uso público é precisamente o uso que fazemos do nosso entendimento e das nossas faculdades na medida em que nos situamos num elemento universal, em que podemos figurar como sujeito universal. Em que momento nós nos constituímos como sujeito universal? Quando como sujeito racional, nós nos dirigimos ao conjunto de seres racionais. Atividade por excelência do escritor dirigindo-se ao leitor, é nesse momento que encontramos uma dimensão do público, que é ao mesmo tempo a dimensão do universal (FOUCAULT, 1983, p.35).

Por conseguinte, há menoridade cada vez que se faz coincidir, cada vez que se superpõe o princípio da obediência – confundido com o não raciocinar – e não apenas no uso privado, mas também o uso público do nosso entendimento. Quando obedecer é confundido com não raciocinar e quando, nessa confusão do obedecer com o não raciocinar, oprime-se o que deve ser o uso público do nosso entendimento¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Para compreender a fundo uma concepção da justiça, temos de tornar explícita a ideia de cooperação social, da qual ela resulta. Mas, ao fazer isso, não devemos perder de vista o papel particular dos princípios de justiça e os objetos principais aos quais se aplicam (RAWLS, 2000, p.391).

¹⁴⁹ Esse estado de menoridade não deve ser confundido com um estado de impotência natural. Não se trata de privação ou de menoridade jurídica ou política. É a substituição de uma consciência, de se valer de outros para prever ou decidir sobre a própria vida (FOUCAULT, 1983,p.30).

¹⁵⁰ Em compensação, haverá maioridade quando se houver de certo modo restabelecido a justa articulação entre esses dois pares: quando a obediência bem separada do *Rasonnieren* (utilizar a razão) valer totalmente, absolutamente e sem condição alguma no uso privado (isto é, quando, como cidadão, como funcionário, como

Neste ponto, a atividade jurisdicional é idealizada a partir de dois prismas: universal (público) e individual (privado). De pronto se afasta a classificação tradicional da jurisdição como direito público, na medida em que o objeto de análise não se confunde com o objeto de atuação do campo jurídico e sim a atividade dos integrantes do sistema de justiça sob o prisma filosófico.

Assim, a atividade judicante de dizer o direito no caso concreto se relaciona primeiramente com o pensamento individual, na medida em que tal dispensação se localiza no âmbito do sistema de justiça, regido por normas específicas, cujos atores se encontram pré-determinados, com funções próprias de atuação.

Assim, se espera da análise judicial a observância de determinadas regras de comportamento, bem assim como o preenchimento de requisitos essenciais à formação daquele que será o ato de julgamento.

Neste compasso, é possível destacar que a atividade judicante se encontra vinculada ao arcabouço do sistema, do que denominou “máquina” e neste sentido o endereço de relacionamento para com os demais integrantes do sistema de justiça, seja o réu, o defensor público, o promotor de justiça ou os serventuários do Poder Judiciário, está intrinsecamente ligada ao conceito de atividade privada, na medida em que todos integram as “peças do sistema”.

Por outro lado, quando a sentença se exterioriza, seus fundamentos publicados não obrigam diretamente terceiros que não fizeram parte daquele julgamento em particular, mas permitem a construção de um relacionamento geral com a sociedade, na medida em que se esclarecem os termos de análise acerca de determinado crime, seja na culpa ou na absolvição.

Portanto, o uso da razão preconizada na dimensão do universal, quando realizada de modo eficaz no âmbito do privado, permite a prevalência dos parâmetros e saberes para além do simples funcionamento da máquina ou do sistema.¹⁵¹

De modo que a responsabilização criminal, no âmbito dos julgamentos do Poder Judiciário permite a análise tanto da dimensão privada quanto do seu elemento universal.

soldado, como membro de uma cerimônia religiosa, nós obedecemos) e quando, por outro lado, o uso da razão se fizer na dimensão do universal, isto é, na abertura a um público em relação ao qual não haverá nenhuma obrigação (FOUCAULT, página 35, 1983).

¹⁵¹ Na menoridade, se obedece em qualquer circunstância, seja no uso privado, seja no uso público e, por conseguinte não se raciocina. Na maioridade, desconnectam-se raciocínio e obediência. Faz se valer a obediência no uso privado e faz-se valer a liberdade total e absoluta do raciocínio no uso público (FOUCAULT, 1983, p.36).

A proposta deste esforço acadêmico vem no sentido de se permitir, mediante a utilização de parâmetros de política criminal no caminho da construção da responsabilidade criminal dos delitos de droga, que o pensar racional da dimensão pública tenha vez no seu uso privado dentro do sistema de justiça, afastando-se da obediência irrestrita.

3.2.1. Voto do Ministro Gilmar Mendes proferido em 20.08.2015.¹⁵²

Da análise do voto do Ministro Gilmar Mendes, merece inicialmente o destaque do contraponto argumentativo proposto pelo Ministro Público, por meio da Procuradoria-Geral da República, em resumo, no sentido de que: *ao contrário do que alega o recorrente, o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em análise é a saúde pública, visto que a conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio contribui, por si só, para a propagação do vício no meio social (...)*

E ainda complementa, no sentido de que: *a partir da perspectiva aqui delineada, e tendo em conta que o principal argumento em favor da criminalização de condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas assenta-se no dano em potencial que essas condutas irradiam na sociedade, colocando em risco a saúde e a segurança públicas, é importante que se considerem algumas nuances dos denominados crimes de perigo abstrato.*¹⁵³

No caso, a fundamentação adotada no voto foi no sentido de que:

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.

Dessa forma, a prevenção do uso indevido de drogas, um dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – art. 4o da Lei 11.343/06 – é uma finalidade estatal válida e pode ser alcançada, com maior eficácia, por meio de um vasto leque de

¹⁵² Disponível para consulta do andamento em <<
[¹⁵³ STF.RE.635.659 -SP. Relator Ministro Gilmar Mendes](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506#>> Acessado em 10.08.2018</p>
</div>
<div data-bbox=)

medidas administrativas. **Nesse contexto, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade**¹⁵⁴.

E conclui: Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.

Daquilo que se relaciona de forma mais estreita com esta pesquisa acadêmica, pode-se enunciar as observações do Ministro Relator em pelo menos dois pontos essenciais: **a) a adoção pela via administrativa para o tratamento da questão das drogas quando se relaciona o sistema de justiça e o usuário**¹⁵⁵ e **b) o destaque para a ausência de critérios objetivos para distinção entre o uso e o tráfico de drogas.**¹⁵⁶

3.2.2 Voto Ministro Edson Fachin proferido em 10.09.2015¹⁵⁷

Em relação ao voto do Ministro Edson Fachin, reconhece o mesmo inicialmente que o processo de constitucionalização do direito penal, ainda embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária - ou seja, aquelas que tratam da criação de tipos penais e incriminação de condutas pela legislação. Como premissa para o exercício de tal controle de constitucionalidade, a tomada em conta do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede, assim, que a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros.

¹⁵⁴Idem.

¹⁵⁵ Idem. Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas,

¹⁵⁶ Idem. **Não há como negar que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre uso e tráfico, fundados no peso e na natureza da droga apreendida, e às vezes até em seu grau de pureza, é medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes. Todavia, tendo em conta a disparidade dos números observados em cada país, seguramente decorrente do respectivo padrão de consumo, dos objetivos específicos, entre outras variantes, não se pode tomar como referência o modelo adotado por este ou aquele país. Por isso mostra-se recomendável, no caso do Brasil, ainda sem critérios objetivos distinção entre uso e tráfico, regulamentação nesse sentido, precedida de estudos sobre as peculiaridades locais.**

¹⁵⁷Disponível para consulta do andamento em <<

[>>](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506#) Acessado em 10.08.2018

Com maior relevância, importa o destaque dado no voto ao vetor política criminal, como essência do processo de responsabilização, ao mesmo tempo em que a coloca como matéria efetiva de julgamento por ocasião da manifestação do STF.

Nestes termos, a definição tradicional da incriminação do porte e posse de drogas ilícitas como crimes de perigo abstrato, sob "perigo à saúde pública" pela natureza nociva das substâncias apontadas como tais por ato administrativo do Ministério da Saúde, é uma opção político-criminal. Essa opção, pois, do Executivo é a de preencher a norma penal em branco. Cumpre iluminar esse fato: a lei, em momento algum, elenca drogas ilícitas; quem o faz é a Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998, mediante lista de substâncias ilícitas a constituir o objeto material do tipo penal do art. 28.¹⁵⁸

Em conclusão: *Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta.*

Assim, a manifestação do Ministro Edson Fachin, conquanto declare a inconstitucionalidade da criminalização usuário de drogas, no julgamento do RE em comento, **optou por se restringir ao tipo de droga objeto do recurso, qual seja, a maconha, mantendo a criminalização para as demais drogas.**

3.2.3. Voto Ministro Luís Barroso proferido em 10.09.2015¹⁵⁹

Ao abrir sua manifestação oral no julgamento do mencionado Recurso Extraordinário, Ministro Luís Barroso se inclina a uma reflexão filosófica pertinente com o tema ora em comento, para quem:

O pragmatismo jurídico, por sua vez, é herdeiro distante do utilitarismo e descendente direto do pragmatismo filosófico. Ele tem, em meio a outras, duas características que merecem destaque aqui: a primeira é o chamado contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. A segunda característica é o consequencialismo, na medida em

¹⁵⁸ STF.RE 635.659-SP Voto do Ministro Edson Fachin Diante de princípios basilares desde a reforma penal iluminista, como aquele da ofensividade, segundo o qual não se pune a autolesão, serve a pena estatal, sim, à proteção quanto à lesão de direitos de terceiros. A razão do tratamento diferenciado a substâncias como álcool e tabaco, por exemplo, é opção político-criminal também. Por isso, o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 constitui uma análise da compatibilidade do texto em relação à opção político-criminal.

¹⁵⁹ Disponível para consulta do andamento em <<

que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

Como pontos de identificação do voto com a análise até aqui objeto do trabalho, pode-se destacar novamente o caráter distinto entre direito e moral¹⁶⁰, bem assim como a reafirmação do valor da intimidade, na esteira do voto do Ministro Gilmar Mendes.

De igual forma, inclusive com menção expressa ao valor da autonomia individual, mantem a necessidade de respeito ao núcleo essencial e intangível que ela representa, como elemento de escolha existencial do cidadão.¹⁶¹

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, na sua dimensão instrumental, funciona como um limite às restrições dos direitos fundamentais. Para que a restrição a um direito seja legítima, ela precisa ser proporcional. Em matéria penal, tal ideia se expressa em alguns conceitos específicos, que incluem a lesividade da conduta incriminada, a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Assim, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima (...) Pelos mesmos fundamentos, declaro a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 1 do artigo 28 da Lei no 11.343/2006, o qual prevê que se submete às mesmas penas do caput, “quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”.

E conclui:

Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na

¹⁶⁰ Idem. A intimidade e a vida privada, que compõem o conteúdo do direito de privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º, X da Constituição. O direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro. Ex. É preciso não confundir moral com direito. Há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas que nem por isso são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área.

¹⁶¹ Idem. A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade.

medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.

Destacando-se, assim, em conclusão, que até o momento se trata do voto de maior utilização da vertente prática da política criminal, incluindo providências e estabelecendo critérios objetivos para a distinção entre o uso e o tráfico de drogas, acrescido da fundamentação filosófica que acompanha a manifestação.

3.3. JUSTIÇA REFLEXIVA

Conquanto haja, inquestionavelmente, sérias considerações a respeito dos limites além dos quais seria útil implantar uma classificação como o “direito” ou uma categoria conceitual como “responsabilidade”, em nossa caracterização do fenômeno institucional, este processo evolutivo deve envolver um movimento reflexivo de idas e vindas entre os arranjos institucionais e os regimes classificatórios (LACEY, 2016, p.202).¹⁶²

E este processo reflexivo deve ser sensível tanto às mudanças ao longo do tempo, quanto a necessidade de talhar regimes de classificação que possam ser aplicados de modo flexível, no intuito de capturar, não apenas diferentes graus, mas diferentes modalidades do direito positivo. Além disso, esta reflexividade é singularmente essencial tanto à jurisprudência geral quanto na especial (LACEY, 2016, p.202).¹⁶³

Devemos reconhecer que qualquer classificação deve portar uma relação constante e reflexiva com o seu assunto, como com as ações dos agentes cujas atividades constituem a prática institucional relevante¹⁶⁴.

Assim, enquanto a função distintiva de justiça das concepções de justiça é aquela de especificar direitos e deveres fundamentais e determinar a correta distribuição das cotas, o

¹⁶² No original: While there are undoubtedly fine judgments to be made about the boundaries beyond which it is useful to deploy a classification such as “law” or a conceptual category such as “responsibility” in our characterization of institutional phenomena, this evolving process must involve a reflexive movement back and forth between institutional arrangements and classificatory regimes (LACEY, 2016, page 202).

¹⁶³ No original: And this reflexive process must be sensitive both to change over time and to the need to craft classificatory regimes which can be applied flexibly so as to capture, not only differing degrees but different modalities of legalism. **Moreover this reflexivity is every bit as essencial to general as to special jurisprudence** (LACEY, 2016, page 202).

¹⁶⁴ We must acknowledge that any classification must bear a reflexive and constantly evolving relationship with its own subject matter, as with the attitudes of the agents whose activities constitute the relevant institutional practice (LACEY, 2016, page 202).

modo como toda concepção faz isso destina-se a influenciar questões de eficiência, coordenação e estabilidade (RAWLS, 2000, p.359).¹⁶⁵

A justiça própria do Direito Penal é a distributiva, se trata de tutelar a subsistência da sociedade, por parte de quem ostenta o poder, frente a uma pessoa que ao cometer um delito venha a desestabilizar a ordem social. Por ser social, não resulta alheio a pessoa, em geral, assumir os custos por restabelecer a ordem, do mesmo modo tampouco é viável descarregar em uma única pessoa todos os custos. No caso concreto se pode afirmar que não compete a todos por igual a estabilização por detrás de um delito. O poder público leva a cabo, então, a tarefa de restabelecer a ordem (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p.239).

O pensamento do problema das drogas no âmbito da seara do direito penal opera para os agentes do sistema de justiça vetores de ponderação e ambivalência, na medida em que, não raro, situações de intensidade penal semelhante são tratadas de modo diferente em sua origem por parte da polícia.

Nesse diapasão, o pensar da justiça, seja na função da judicatura, do promotor de justiça ou do defensor público, se inclina também para o olhar da causalidade, buscando elementos e circunstâncias que atestem seu conceito de justiça nos autos.

Assim, para se demonstrar que a conduta de determinado acusado merece reprimenda maior, a fundamentação adotada pelo juiz pode conter as expressões.

Daí a importância do raciocínio exposto outrora, ainda que por muito esforço se justifique o conceito de justiça que legitima a atuação do direito penal no uso de drogas ilícitas, por exemplo, as consequências sociais teriam o condão de afastar tal concepção em favor daquela que garante ao usuário o afastamento da tipicidade penal¹⁶⁶.

Atribuições de responsabilidade criminal, tenho argumentado, são melhor compreendidas no período moderno como um meio singular de resolver os problemas de legitimação e coordenação enfrentados pelas instituições sociais: as mudanças de conceito da responsabilidade criminal identificam alterações dos problemas de legitimação e da coordenação enfrentados pelo processo penal (LACEY, 2016, p.203).¹⁶⁷

¹⁶⁵ Ou ainda: Mesmo que a justiça, sendo a mais importante virtude das instituições, tenha certa prioridade, também é verdade que em igualdade de condições, uma concepção da justiça é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejáveis (RAWLS, 2000, p.389).

¹⁶⁶ No original: Only by broadening its horizons and its methods in this way will jurisprudence be capable of illuminating not only doctrinal analysis within particular jurisdictions at particular times, but also comparative and historical scholarship which can engages with law as one important phenomenon in the world (LACEY, 2016, p.202).

¹⁶⁷ No original: Ascriptions of criminal responsibility, I have argued, are best understood in the modern period as a distinctive way of resolving legitimation and coordination problems face by social institutions: changing

A estrutura fundamental é o principal objeto da justiça. A ideia intuitiva é de que essa estrutura inclui diferentes posições sociais e que homens nascidos em diferentes posições têm diferentes expectativas de vida, parcialmente determinadas seja pelo sistema político, seja pelas circunstâncias econômicas e sociais. Essas desigualdades são particularmente profundas. Não apenas bastante difundidas, mas também influenciam as oportunidades iniciais que os homens têm na vida; por isso, não podem ser justificadas por uma referência hipotética às noções de mérito ou de valor moral. É a essas desigualdades, que provavelmente pertencem de modo inevitável à estrutura fundamental de toda sociedade, que devem ser aplicados, antes de tudo, os princípios da justiça social (RAWLS, 2000, p.391).

Desenvolvimentos no direito penal e no direito processual penal são guiados por pressões políticas, as quais vemos manifestadas de modo mais claro no aumento da população prisional e na saliência da política criminal frente a política nacional. Estas pressões políticas são o produto de uma dinâmica econômica e cultural mais ampla, elas mesmas formatadas por arranjos institucionais existentes (LACEY, 2016, p.205).¹⁶⁸

Como parte inclusive do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do RE 635.659-SP, o próprio STF já se manifestou em outras oportunidades pela constitucionalidade do art.28 da Lei de Drogas, afirmando seu caráter penal. Ocorre que, à época do julgamento, os dados estatísticos e as repercussões sociais a respeito do uso de drogas ainda eram escassos.

Assim, diante de uma nova realidade, seja pelo contexto internacional que caminha para a regularização do uso de drogas, seja pela política criminal local destinada a intervir frente ao superencarceramento que fortalece grupos de criminalidade organizada e drena recursos estatais, a própria Corte faz seu exercício de reflexão, e diga-se, nem sempre se valendo deste ou daquele argumento essencialmente jurídico.

A avaliação, em síntese, é de que entre o caráter e a capacidade de atribuição da responsabilidade criminal há pouca relação com os arranjos doutrinários do direito penal e muito mais com o contexto institucional nos quais o processo penal opera e com os interesses que o suportam (LACEY, 2016, p.205).¹⁶⁹

conceptions of criminal responsibility track the changing legitimation and coordination problems faced by the criminal process (LACEY, 2016, p. 203).

¹⁶⁸ No original: Developments in criminal law and criminal procedure are being driven by political pressures, which we see manifested most clearly in the rise in the prison population and the salience of criminal policy to national politics. These political pressures are the product of broader economic and cultural dynamics, themselves shaped by existing institutional arrangements (LACEY, 2016, p. 205).

¹⁶⁹ No original: The balance, in short, between character and capacity in the attribution of criminal responsibility has relatively little to do with doctrinal arrangements in the criminal law, and a great deal to do with the

3.4. UMA PAUSA PARA REDESCOBRIR JUSTIÇA E AMIZADE

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento. Uma teoria, ainda que simples e elegante, deve ser abandonada ou modificada se não for verdadeira. Do mesmo modo, leis e instituições não importa quão eficientes e bem elaboradas sejam, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas (RAWLS, 2000, p.387).

A tarefa de desvendar conceitos históricos no pensamento filosófico requer sempre uma dose de coragem e desafio. Afinal, a interpretação e releitura do campo e significados e suas variações, leva em conta a posição do intérprete face às circunstâncias que constroem a realidade vigente.

Na esteira final deste trabalho, o qual segue movimento reflexivo de institutos, conceitos e configurações sociais, propõe-se em sede conclusiva uma pausa de consciência para o significado da relação entre justiça e amizade.

O entendimento da essência deste relacionamento permitirá a compreensão dos demais vetores capazes de aferir, a seu turno, a incidência da responsabilidade criminal na efetividade da manifestação dos cidadãos, ou ainda legitimando os mecanismos e instrumentos adotados pelo estado para a persecução dos fins a que se dirige determinada política criminal.

Ao mundo antigo novamente se remete para a indicação do conceito exposto do grego *phármakon* – o qual significa concomitantemente remédio e veneno. Nem uma coisa nem outra, senão ambas inseparáveis. Cura e ameaça se solicitam reciprocamente nesta ordem de coisas. Alguns fármacos serão mais tóxicos, outros menos, mas nenhum será substância inócua ou mero veneno. Por seu turno, a toxicidade é algo matematicamente expresso, como margem terapêutica ou proporção entre dose ativa e dose mortífera ou incapacitante.¹⁷⁰

Neste quadro, tem-se como consideração preliminar que, para a cura de velhas doenças, a composição do antídoto mais eficaz compreende a correta manipulação do remédio.

Assim, diante do ressurgimento dos ideais totalitários, o ideal de Justiça merece atenção dos investigadores sociais, na medida em que representa um dos pilares históricos de

institutional context in which the criminal process operates, and with the interests which bear upon it (LACEY, 2016, p. 205).

¹⁷⁰ ESCOHOTADO, Antônio. Historia General de las drogas. 2009. Como tratado extensivamente no Capítulo 1.

formação social, bastião daquilo que se convencionou denominar de democracia, representando a ferramenta de estilo do cidadão contra o arbítrio.

A alteração dos fundamentos sociais está aos olhos, é um sintoma de mudanças estruturais, mudanças que se farão cada vez mais evidentes à medida que o novo século se desenrolar. O mundo como o conhecemos desde o final da Segunda Guerra Mundial, com os longos anos da descolonização, a Guerra Fria e a derrota do comunismo, esse mundo acabou. Outro longo e mortal jogo começou. O principal choque da primeira metade do século XXI não parece ser entre religiões ou civilizações. Ao contrário, parece caminhar para o embate a democracia liberal e o capitalismo neoliberal, entre o governo das finanças e o governo do povo, entre o humanismo e o niilismo¹⁷¹.

Aqui, o remédio de escolha deriva da substância delineada por Aristóteles, consistente no relacionamento entre Amizade e Justiça. Neste sentido, inicia: *A relação do pai para com os seus filhos é monárquica; do marido para com sua esposa, aristocrática; a dos irmãos entre si: democrática*¹⁷².

Como explica Aristóteles, a relação do pai e do filho é a mesma que a da divindade para com o homem, daquele que naturalmente governa para aquele naturalmente governado. A dos irmãos entre si é, sobretudo, a amizade de companheiros, fundada sobre a igualdade.

E aqui se revela o primeiro grande pilar de sustentação do argumento, qual seja a origem da igualdade como resultante do relacionamento entre irmãos. Assim, importa reconhecer que nossa ordem constitucional moderna se inclina a partir de um preceito fundamental de julgamento e tratamento naquilo que os juristas conceberam como o princípio da igualdade¹⁷³, cujas origens remontam ao ideal iluminista presente na declaração de independência norte-americana¹⁷⁴.

Nesta leitura, o *leitmotiv* aclamado na Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade encerra também proposição relacionada com a formação do conceito de amizade, na medida em que o estabelecimento da igualdade se vale do pressuposto inicial da relação travada entre irmãos. Ou seja, a fraternidade representa o elemento estabilizador que garante

¹⁷¹ MBEMBE, Achille in The age of humanism in ending. Disponível em << <https://mg.co.za/article/2016-12-22-00-the-age-of-humanism-is-ending/>>>. Acessado em 01.08.2018.

¹⁷² ARISTÓTELES. Da amizade e da justiça: Éticas a Eudemo. São Paulo, Ícone Editora, 1997, p.108.

¹⁷³ BRASIL.CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹⁷⁴ *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness.*

o tratamento proporcional e isonômico no plano da justiça social e a possibilidade de manifestação individual, espontânea e autônoma como garantia.

Não por acaso, na França de *Vichy* o ideário nacional se transforma em trabalho, família e pátria¹⁷⁵ e isto muito nos diz a respeito da contemporaneidade. Nesta nova paisagem, o conhecimento será definido como conhecimento para o mercado. O próprio mercado será reimaginado como o mecanismo principal para a validação da verdade. Como os mercados estão se transformam cada vez mais em estruturas e tecnologias algorítmicas, o único conhecimento útil será algorítmico. Em vez de pessoas com corpo, história e carne, inferências estatísticas serão tudo o que conta. As estatísticas e outros dados importantes serão derivados principalmente da computação. Como resultado da confusão de conhecimento, tecnologia e mercados, o desprezo se estenderá a qualquer pessoa que não tiver nada para vender¹⁷⁶.

Não é difícil imaginar, assim, que o ideal de Justiça tal qual a democracia liberal construiu e às duras penas vem sustentando resta profundamente ameaçado, eis que o sintoma de desconexão com o elemento humano indica a ruptura do relacionamento fraternal que dá origem à igualdade, ainda mais quando se coloca em evidência as questões de ruptura com o pensamento majoritário¹⁷⁷, como o tratamento das drogas.

Assim, para David Hume, a justiça não depende de um acordo ordinário, que gera direitos e deveres dos indivíduos. A natureza artificial da virtude da justiça deriva do axioma segundo o qual nenhuma ação pode ser virtuosa ou moralmente boa a menos que, ao ser produzida, não haja na natureza humana nenhum motivo diferente do sentido da sua moralidade. Não pode haver um sentido de justiça primitivo a instruir as normas que regulam a sociedade civil, pois o surgimento do sentido de justiça, como de resto toda forma de moralidade, depende justamente da existência anterior de convenções duradouras e estáveis.

¹⁷⁵ SHIELDS, James. *The Extreme Right in France: From Pétain to Le Pen*. Estados Unidos, Routledge, 2007, p.130

¹⁷⁶ MBEMBE, Achille. A era do Humanismo está terminando. Disponível em <<<http://old.operamundi.com.br/dialogosdosul/achille-mbembe-a-era-do-humanismo-esta-terminando/10022017/>>> Acessado em 10.08.2018.

¹⁷⁷ É exatamente por serem muitas vezes contrárias às maiorias vigentes que as normas fundamentais devem ter, dentro do sistema jurídico, tamanha carga de proteção, notadamente porque sua essencialidade deve ser protegida mesmo contra a circunstancial vontade de um grupo preponderante. Zelar pela preservação das normas fundamentais de liberdade inseridas na constituição, por essa forma, é um dever jurídico, ainda que essa proteção se concretize contra a vontade geral (o que lhe dá um caráter contramajoritário, uma marca da jurisdição constitucional) (ALTOÉ, 2017, p.273).

Desse modo, o interesse desloca-se para as circunstâncias subjetivas e objetivas, que permitem o desenvolvimento da virtude da justiça (MAFFETONA;VECA, 2005, p.89)

O contraponto democrático, pensado a partir de Aristóteles implica que uma relação governante-governado não é nem a relação natural nem a que existe entre a realeza, mas a que faz com que, alternadamente, cada um governe e seja governado.¹⁷⁸

Com efeito, a interpretação do pensamento aristotélico afasta-se de noções inexequíveis ou do mundo da fantasia. A amizade, no sentido político, não pode ser representada por um conjunto de indivíduos que ingenuamente escolhem a ajuda mútua, assim como não se espera que a tolerância ao uso de drogas se realize sem a conscientização, pública e privada, ostensiva, a respeito dos danos decorrentes de seu consumo irresponsável.

Nesse sentido, a questão social reorienta a busca dos princípios de justificação e tem como êxito paradigmático a interpretação da justiça como justiça distributiva. Afirma-se assim, o princípio de que o significado e o valor de uma teoria da justiça resultam da capacidade de satisfazer fins e expectativas sociais (BENTHAM, 2005, p.228).

Por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação segundo a tendência que ela mostra ter de aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão; ou com outras palavras, de promover ou impedir essa felicidade. Digo toda e qualquer ação, e portanto, não apenas toda ação de um indivíduo em particular, mas todos medida de um governo (BENTHAM, 2005, p.223).

Se examinarmos agora o ideal da justiça penal, do modo como ele se apresenta intuitivamente, por certo observaremos que é comum acreditar que a pena, quando não é considerada como uma medida meramente preventiva, deve ser proporcional à gravidade do crime. E, no entanto, quando tentamos fazer com que o método de atribuição da pena seja perfeitamente racional e preciso, as dificuldades parecem ser grandes, pelo menos tanto aquelas do caso do mérito (SIDWICK, 2000, p.332).

O elemento principal da justiça, como geralmente é concebida, é um tipo de igualdade: a imparcialidade na observância ou na imposição de certas normas gerais, que atribuem o bem ou mal aos indivíduos (SIDWICK, 2005, p.333).

A justiça ideal, por seu turno, adquire pelo menos dois aspectos: o individualista e o socialista. O primeiro, considera como fim e critério último das relações sociais justas a

¹⁷⁸ARISTÓTELES. Da amizade e da justiça: Éticas a Eudemo. São Paulo, Ícone Editora, 1997, p.108.

realização da liberdade. O segundo, é satisfeito pelo ideal socialista de distribuição, fundado no princípio da recompensa do mérito (SIDWICK, 2005, p.334).

A imputação penal relativa aos crimes de drogas pode ser entendida neste raciocínio como consequência do pacto social que determina a aplicação da pena respectiva para a conduta traduzida no dispositivo penal, cuja imposição legítima a perda da liberdade e recompensa o autor do crime com o direito penal garantidor da norma violada.

Neste raciocínio, a amizade política é constituída em função da utilidade, ou ainda, o que é mais justo se encontra na amizade por utilidade, pois que ali está o que se constitui a justiça política.¹⁷⁹ Em função da vantagem dos seus membros é que a comunidade política está originalmente constituída e continua a manter-se. E esta utilidade comum é o fim em vista para os legisladores, que consideram justo o que é vantajoso para todos.¹⁸⁰

Assim, a manutenção da condição humana, relacional e fraterna pode indicar o substrato de permanência da coesão social, em especialmente das democracias liberais. A alteração de tal substrato, no ponto a que se conduz pela ponderação de condições não-humanas, como o *big data*, algoritmos e robôs, nos leva a pelo menos duas implicações: a iminente ausência da categoria da amizade, e por consequência, na crença dos pressupostos da igualdade e da Justiça tal qual como se conceitua atualmente; ou ainda o repensar acerca daquilo que caracteriza a condição humana e com o rompimento da fronteira genética, biológica e social a partir da cibernética e robótica.

O ideal de justiça assim, implica também no estabelecimento da relação fraterna, mas entre os diferentes, cuja distinção há de ser levada em conta como mecanismo de obtenção da justiça.

Assim, buscar a verdade moral em algum tipo de correspondência com a realidade do mundo físico é endossar uma epistemologia hierárquica que tenta estabelecer padrões para crenças confiáveis a priori, ignorando as diferenças de conteúdo entre diferentes campos de crença e sem considerar a extensão das crenças que já temos como confiáveis (DWORKIN, 2000, p. 331).

O afastamento de tal percepção, na visão de Aristóteles permite o desvio constitucional, na medida em que nas constituições desviadas a justiça possui apenas um

¹⁷⁹ ARISTÓTELES. Da amizade e da justiça: Éticas a Eudemo. São Paulo, Ícone Editora, 1997, p.118.

¹⁸⁰ ARISTÓTELES. Da amizade e da justiça: Éticas a Eudemo. São Paulo, Ícone Editora, 1997, p.119.

papel restrito, o mesmo sucedendo na amizade, que é reduzida a uma função insignificante na forma mais perversa, que é a tirania.

Há, portanto, interesses em jogo que permitem acima de tudo o estabelecimento de relações amigáveis, e doravante a perseguição do tratamento justo. A expansão do relacionamento amigável implica na exteriorização das faculdades individuais e do exercício da liberdade. Neste sentido, em toda comunidade encontra-se alguma forma de justiça e de amizade coextensiva. A extensão de sua associação é a medida da extensão da sua amizade, porque determina também a extensão dos seus direitos.¹⁸¹

A extensão dos direitos no plano da Justiça assim é entendida a partir do avanço da própria relação fraternal entre os indivíduos, ainda que calcada no interesse ou na utilidade, mas em condição ideal para o estabelecimento da confiança na jurisdição. Ao indivíduo, portanto, cabe refazer o laço de amizade e garantir a manutenção do corpo social que gera a afirmação da justiça.

O esforço aqui é a redescoberta da amizade como valor, raiz da configuração moderna dos princípios da igualdade, fraternidade, solidariedade e cooperação, sem o qual a construção social que tem a condição humana como elemento de validação poderá ensejar novos arranjos de estruturação, cujos efeitos já se conhecem: arbítrio, tirania e desigualdade.

Portanto, é necessário reconstruir a ordem de tratamento social, aplicada ao relacionamento entre os cidadãos e a jurisdição, fundada na categoria da amizade, cujo resultado se encontra há muito enunciado nas palavras de Aristóteles: *E quem quiser fazer com que os homens não se tratem com injustiça deverá fazê-los amigos uns dos outros, porque os verdadeiros amigos não se tratam com injustiça. Mas, igualmente, se eles são justos não se prejudicarão. É, portanto, a mesma coisa ou quase, a justiça e a amizade.*

¹⁸¹ ARISTÓTELES. Da amizade e da justiça: Éticas a Eudemo. São Paulo, Ícone Editora, 1997, p.165.

CONCLUSÃO

A construção da responsabilidade criminal relacionada com a questão das drogas envolve elementos para além da produção dogmática jurídico-penal, por vezes imiscuindo institutos jurídicos e razões da moral subjetiva com vistas a implantar um determinado modo de comportamento.

Assim, o caso romano é singularmente ilustrativo. Um costume ancestral vedava o vinho às mulheres e aos menores de trinta anos. Sem embargo, a *Lex Cornelia* se negou a conferir sanção jurídica a dita regra, liberando seu cumprimento aos lugares na forma da tradição. Na justificativa, insiste que os fármacos são indiferentes para o direito conquanto não sejam utilizados para matar alguém.

Isto evidencia uma clara distinção entre moral e direito, onde está em jogo a validade social das leis aplicadas e a legitimidade da intervenção do estado. Assim, um dos mitos sobre o processo de criminalização consiste na crença de que o fenômeno se dá apenas a partir de um movimento de cima para baixo. Ocorre que a responsabilidade criminal, objeto da presente investigação, não se esgota na força coercitiva do direito vigente, na medida em que agentes sociais e instituições também lhe garantem elementos de existência, fazendo com que haja variações do fenômeno conforme o tempo, lugar e a sociedade.

Com efeito, a participação de atores sociais, símbolos e significados coletivos também revela a abordagem dos fatores de responsabilização criminal, cuja permanência em selecionar os indivíduos identificados mediante parâmetros pré-estabelecidos reforça a necessidade de um novo paradigma em relação a utilização do direito penal como instrumento aplicável ao tratamento da questão das drogas.

Por outro lado, a abundância de provas empíricas a respeito do uso de determinadas drogas, como a *cannabis*, permite identificar que a responsabilidade criminal se configura em elementos nem sempre produto da razão, na medida em que a ela se sobrepõem construções ideológicas do conjunto de crenças arraigadas na sociedade.

Ao longo do trabalho, com o suporte das ideias de doutrinadores que compreendem a responsabilidade criminal e sua sistematização, dentro das regras do estado de direito, em sinergia com os valores democráticos, afastando-se do dogmatismo e inclinados à compreensão de que o tema se dá por vias de construção social.

Neste sentido, efetiva-se a política criminal, em sua contribuição ao entendimento da questão das drogas, como razão de agir e meio de atuar, ainda que por vezes ausente o

suporte dogmático jurídico-penal correspondente ao objetivo que se deseja alcançar.

Assim, a política criminal sobre drogas tal qual aplicada e conhecida no âmbito internacional caminha para a mudança de paradigma, ao menos em relação a determinadas drogas, sendo possível identificar os vetores de atuação responsáveis pelo processo de modificação da abordagem, seja para incriminar ou descriminalizar condutas.

Ainda que formalmente legítimo o sistema de punição até então adotado no Brasil, isto não significa que outras abordagens sejam silenciadas, no sentido de se questionar até onde vai o direito coletivo frente a autonomia individual ou até onde se permite a intervenção do poder público na modificação de comportamento dos cidadãos.

Por esse motivo entende-se pertinente a sistematização da política criminal, seja no campo científico ou na aplicação dos seus vetores, na medida em que permite a realização dos fundamentos e motivos que sustentam a prática dos instrumentos do estado e abre margem para a colaboração dos indivíduos na solução dos problemas sociais.

Assim, quanto mais desenvolvidos forem o processo e a dinâmica relativos à política criminal sobre drogas, maior participação dos agentes institucionais e interesses sociais e consequentemente maior garantia de legitimidade e coordenação das finalidades almejadas.

Por outro lado, a sistematização do instituto também enseja reconhecer os limites da sua aplicabilidade, o que nesta obra transcorre mediante a análise dos princípios. Destaca-se que os enunciados de prescrição agem como fontes de legitimidade da ação interventiva estatal, ao passo que garantem o ambiente civilizatório necessário ao exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, o escopo da obra afasta-se de modo deliberado das abordagens e referências exaustivamente delineadas pelos olhares exclusivamente jurídicos. Ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, também considerado postulado do sistema jurídico, realiza-se sua intersecção com a ideia de direito a ter direitos sublinhada por Seyla Benhabib na interpretação de Arendt.

Ainda, percebe-se que vem exatamente da fricção entre os princípios que nascem as decisões destinadas a dar provimento a uma demanda social objeto da política criminal.

De igual modo, reconhecendo que a política criminal nem sempre caminha com a dogmática jurídico-penal, destaca-se o poder das mídias de notícias e outros meios de comunicação em massa, na medida em que permitem o maior alcance e a velocidade nas quais imagens de crime, atividade criminal e da justiça criminal são difundidas.

No caso, a investigação apresenta uma relação estreita entre os padrões de atribuição da responsabilidade e o conceito legitimado (ou não) pelas ideias da mídia de massa. No

mesmo compasso, identifica-se proporção entre o conhecimento detalhado dos meios de punição e o afastamento legitimidade da medida sancionatória, sendo mais favoráveis ao implemento do rigor punitivo os indivíduos com menos conhecimento acerca do sistema de justiça.

Destarte, a proposta aqui elencada se direciona ao restabelecimento dos conceitos de proteção aos bens essenciais ao convívio social para afastar as intervenções estatais motivadas unicamente na régua moral de parte da sociedade detentora do reconhecimento cultural respectivo.

Importa também restaurar os laços sociais desfigurados pela política criminal de “guerra às drogas”, o que se afigura, na presente obra, mediante a redescoberta da relação entre amizade e justiça proposta por Aristóteles, onde na busca do parâmetro de igualdade se desenvolve a aceitação e a coordenação das regras sociais, com respeito ao direito individual.

O percurso escolhido certamente foi o mais desafiador. Contudo, os frutos da abordagem contextualizada, tanto pela solidez de suas referências teóricas quando pelas práticas recentes descritas ao longo da investigação, permite a indicação da possibilidade de construção de novos caminhos no tocante ao relacionamento da sociedade com as drogas, sem prejuízo da autonomia individual e da manutenção do viver em comunidade.

Não há, por certo, caminho de prestígio e glória quando se questiona conceitos que fazem parte do conjunto de crenças de parte significativa da sociedade. A fala franca, em tal contexto, é essencialmente contramajoritária. Todavia, o apelo à razão, em especial vindo do ambiente científico, potencializa o conhecimento qualificado, ensejando novas aspirações sociais.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Rafael. **Política criminal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional rights and their limitations. Reino Unido, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Portugal: Edições 70, 2005.

BENHABIB, Seyla. **Dignity in Adversity** : Human Rights in troubled times . Reino Unido, Cambridge: Polity, 2011.

_____. **Exile, Stateless and Migration**. Reino Unido: Princeton University Press, 2018.

_____. **The right of others**: Aliens, residents and citizens. Reino Unido: Cambridge University Press, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção** : Crítica social do julgamento. Porto Alegre: ZOUK, 2017.

_____. **Sobre o Estado** : Cursos no Collège de France (1989-1992). Tradução Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Tradução de: Sur L'État .

BRASIL. Senado Federal. Lei n. 11.343/2006 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 635.659. . Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal..

BUCK-MORSS, Susan. Hegel and Haiti. **Critical Inquiry - University of Chicago Press**, v. 26, n. 4. Disponível em: <https://warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/gurminderkbhambra/research/iasproject/2/buck_morss_hegel_haiti.pdf>. Acesso em: 25 out. 2018.

CANADÁ. Cannabis Act 03 de outubro de 2018. . Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-24.5/>>. Acesso em: 5 out. 2018.

CARVALHO, Salo de . **A política criminal sobre drogas no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CATEB, Alexandre Bueno (Org.); SZTAJN, Rachel (Org.). **Análise Econômica e Estratégia do Direito**. Belo Horizonte: D'Plácido, v. 9, 2016. (Instituições Sociais, Direito e Democracia).

CNJ. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões: Cadastro Nacional de Presos. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2018.

_____. Relatório de Gestão : Departamento de Fiscalização do Sistema Carcerário. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

DE FREITAS , Hudson Couto Ferreira. **Teorias do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 1997.

_____. **Direito Penal : Questões fundamentais - A doutrina geral do crime**. 2. ed. Coimbra, Portugal : Coimbra Editora, 2012.

DIORIO, Marcela Venturini. **Origens do proibicionismo às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. (Drogas: Desafios contemporâneos).

ELEFTHRIADIS, Pavlos. In Defence of Constitutional Law. **Modern Law Review**. Oxford, v. 81, janeiro 2018.

ELICEGUI, Sofia Friejero. **La participación y grados de ejecución en el delito de tráfico de drogas**. Madrid, Espanha, 2015. Tese (Derecho Penal y Criminologia) - Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/view/tesisuned:Derecho-Msfriejero>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de Las Drogas**. Espanha: ESPASA, 2008.

EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUGS ADICCTION . **Country Drug Report 2018: Portugal**. Disponível em: <http://www.emcdda.europa.eu/countries/drug-reports/2018/portugal_en>. Acesso em: 5 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora , 2013.

_____. **O governo de si e dos outros**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GAMBOGI, Luis Carlos Balbino (Org.); SILVEIRA, Vladimir Oliveira (Org.). **Teorias da Justiça na contemporaneidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, v. 7, 2016. (Instituições Sociais, Direito e Democracia).

GOLONI, Marco; WILKINSON, Michael. The material constitution. **Modern Law Review**. Reino Unido, v. 4, julho 2018.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: Past, Present and Future**. Reino Unido: Oxford University Press, 2016.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HONNETH, Axel . **Luta pelo reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2004.

HOUGH, Michael; ROBERTS, Julian. **Public opinion, crime and criminal justice**. Reino Unido, Oxford: Oxford University Press, 2017. (Oxford Handbook of Criminology).

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancion . **Derecho Penal del Inimigo**. 2. ed. Espanha: Thomson Civitas, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Tradução Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada, Espanha: Comares, 2002. Tradução de: *Lerbuch des Strafrechts*.

LACEY, Nicola. **In search of criminal responsibility: Ideas, interests and institutions**. . Reino Unido: Oxford University Press, 2016.

LOBO, Fernando Gama. **Droga: Legislação, notas, doutrinas e jurisprudência**. . Portugal, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010.

LOPES JR., Aury . **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia da justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MBEMBE, Achille. **The age of humanis is ending**. Disponível em: <<<<
<https://mg.co.za/article/2016-12-22-00-the-age-of-humanism-is-ending>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 10. ed. Barcelona, Espanha: REPERTOR, 2016.

_____. **Estado, Pena Y Delito**. Buenos Aires, Argentina: B de f , 2013.

MISSE, Michel. **Crime, sujeito e sujeição criminal**: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". São Paulo: Lua Nova, 2010.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PRADO, Luis Régis. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2017.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota . **Comentários a Lei de Drogas**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

RIBEIRO, Maurides Melo. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** . São Paulo, v. 286, setembro 2016.

ROCK, Paul. **The foundations of sociological theories of crime**. Reino Unido, Oxford: Oxford University Press, 2017. (Oxford Handbook of Criminology).

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSA, Pablo Ornelas et al. **Sociologia da violência, do crime e da punição**. Belo Horizonte: D'Plácido, v. 2, 2017. (Percursos Criminológicos).

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena. 2. ed. Espanha: Thomson Reuters , v. 1, 2008. Tradução de: Der Aufbaun der Verbrechenslehre.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro : RENOVAR, 2012.

_____. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: B de f , 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme ; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão (Org) et al. **Drogas: Desafios Contemporâneos** . Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SEDDON, Toby. **Drugs: consumption, addiction and treatment**.. Reino Unido, Oxford: Oxford University Press, 2017. (Oxford Handbook of Criminology).

SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica a estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: Reflexões a partir da

perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 286, setembro 2016.

SILVA, Felipe Gonçalves (Coord.); RODRIGUES, José Rodrigo (Coord.). **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOARES, Luiz Eduardo. **Meu casado de general**: Quinhentos dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STEVENS, Alex. **Principles, pragmatism, and prohibition**: Explaining continuity and change in British drug policy. Reino Unido, Oxford: Oxford University Press, 2017. (Oxford Handbook of Criminology).

STRANO, Rafael Folador. Os demônios da próxima década. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 286, setembro 2016.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **Fundamentos de Política criminal**: Un retorno a los principios. Espanha, Madrid: Marcial Pons, 2012.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalisme**: Différence et démocratie. França, Paris: Champs, 2009.

URUGUAI. Lei n. 19.172 07 de janeiro de 2014. . Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7287109.htm>>. Acesso em: 15 out. 2018.

VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra as drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

WAGNER, Alfredo; SPRANDEL, Márcia Anita. **O Congresso nacional e o desmatamento da Amazônia**. Manaus: UEA, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011.