

A LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL SOB UMA ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE UM BEM JURÍDICO EFETIVAMENTE TUTELADO PELO ESTADO

Victória Mariana dos SANTOS

Carla Juliana Tortato

Israel Rutte

Paulo Roberto Incontt Júnior

RESUMO: Dentre os argumentos para a legalização das drogas no Brasil, busca-se analisar se o bem jurídico definido, a fim de amparar a Lei de Drogas, vai ao encontro dos princípios do Direito Penal e do bem jurídico. Foi utilizada a pesquisa científica com metodologias bibliográficas, exploratórias e explicativas. Assim, considera-se uma perspectiva histórica que elucida o caráter político na proibição das drogas, bem como, a própria definição das drogas e seus efeitos comparados entre as drogas lícitas e ilícitas. A tentativa do Estado em proibir as drogas gerou um bem jurídico vago e desmaterializado que não possui uma vítima definida, haja vista, a proibição da autolesão. Desta forma, gera estigmatização do criminoso e efeitos danosos à sociedade.

Palavras-chave: Direito Penal. Lei de Drogas. Substâncias psicoativas. Bem Jurídico. Autolesão. *Ultima Ratio*. Princípio da transcendentalidade. Tráfico de drogas.

INTRODUÇÃO

A humanidade tratou as drogas de diferentes formas ao decorrer da história, no entanto, a sua proibição é mais recente. No Brasil, a proibição foi influenciada pela política antidrogas dos Estados Unidos da América. Esta política é decorrente do preconceito contra alguns grupos sociais e associada à criminalidade.

Assim, busca-se averiguar se o controle social fundado em motivações morais e políticas, fez com que o Direito Penal fosse usado pelo Estado através da Lei de Drogas. Ainda, far-se-á uma correlação com a estrutura do bem jurídico da Lei de Drogas e os princípios do Direito Penal. Por fim, as consequências da proibição e se o bem jurídico foi efetivamente tutelado.

No primeiro capítulo será averiguado o conceito e tipos de drogas, sejam lícitas ou ilícitas. Assim, buscar-se-á o motivo pelo qual algumas drogas são proibidas e outras não usando parâmetros históricos como referência.

No segundo capítulo há uma abordagem sobre os bens jurídicos na esfera penal e na Lei de drogas em que são utilizados conceitos de bens jurídicos difusos, coletivos e vagos. Além disso, o fenômeno da liquefação e desmaterialização do bem jurídico sob análise de Claus Roxin.

No terceiro e último capítulo será utilizada uma visão sociológica e política para estudar os efeitos da proibição das drogas na sociedade. Cabe ressaltar que ao fim deste capítulo, haverá uma breve análise de um cenário estrangeiro em que houve a retirada da proibição e quais foram os resultados práticos.

Ao final, as considerações finais retomarão a pesquisa e será verificado se as hipóteses foram confirmadas.

1. A DEFINIÇÃO E A PROIBIÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL

1.1. AS DROGAS: CONCEITO E ESPÉCIES

No decorrer da história, a humanidade alterou diversas vezes o conceito e a finalidade da droga. Desta forma, as drogas poderão ter considerações distintas a depender da época.

Moreira (2006) explica que na Antiguidade europeia as drogas eram vistas como substâncias psicoativas e tinham finalidades médicas e profanas, já em outros lugares, como na Índia, as drogas tinham propósitos religiosos. A autora explica que durante a Idade Média, o consumo de substâncias psicoativas foi proibido, dado que era relacionado à bruxaria. A partir do século XIX, as substâncias passaram a ser tratadas com intuito recreativo.

Assim, verifica-se que a definição das drogas varia dependendo da época, podendo ter cunho religioso ou medicinal. No entanto, ao fazer este trabalho, quando se fala de drogas, usa-se a definição mais ampla fornecida pelos farmacologistas, como se verá adiante, e tratar-se-á qualquer substância que possa alterar a função normal de um organismo como droga.

Deve-se considerar que ao se tratar da proibição das drogas, é extremamente relevante observar a moral e a política do tempo e do espaço. Hodiernamente, mesmo que uma substância seja considerada droga, poderá ser proibida ou não.

Existem várias classificações de drogas, dentre elas, há quem as classifique em naturais, sintéticas e semissintéticas. Os doutrinadores Góis e Amaral (2008, p.13) dizem que as drogas naturais são aquelas retiradas da natureza, todavia, isso não as torna menos perigosas. As sintéticas são produzidas através de reações químicas produzidas em laboratórios com componentes ativos não encontrados na natureza. Já as semissintéticas usam como base uma droga natural e através de alterações obtidas em laboratórios chega-se ao resultado desejado. Como exemplos de drogas naturais, sintéticas e semissintéticas, tem-se a maconha, o LSD e o crack, respectivamente.

Há outra classificação que considera os efeitos das drogas no sistema nervoso central, quais sejam, estimulantes, depressoras e perturbadoras.

Segundo o curso de capacitação de dependência química desenvolvido pela UF-MA (p, 11. 2013) as depressoras causam diminuição das atividades do sistema nervoso central que ocasionam diminuição das atividades motoras, ansiedade e reação à dor. As estimulantes causam aumento e ocasionam um alerta exagerado e insônia. As perturbadoras causam delírios e alucinações. Como exemplos das drogas depressoras, estimulantes e perturbadoras, tem-se o álcool, o tabaco e o LSD, respectivamente.

No entanto, é importante ressaltar que essa classificação não é absoluta, uma droga pode causar os efeitos de outra, como o álcool, embora seja uma droga depressora, seus sintomas iniciais estão relacionados a agitação e ansiedade.

Assim, em linhas gerais, o termo droga pode abranger a mais diversa gama de drogas e outras substâncias utilizadas para alterar as funções corporais. No entanto, quando se trata de drogas (com conotação proibicionista), a designação tem um significado estrito, referindo-se às drogas psicoativas naturais ou sintéticas que

"alteram o pensamento, os sentidos ou o comportamento de uma pessoa". Essas drogas atuam no sistema nervoso central e podem inibi-lo, estimulá-lo ou perturbá-lo.

As drogas podem ser lícitas, ilícitas ou controladas. Dentre as lícitas, pode-se citar o álcool e a nicotina que são amplamente comercializados pelo país. As ilícitas e as controladas dependem de prévia listagem da ANVISA.

O Estado brasileiro criou uma norma para definir droga, listar as substâncias proibidas ou controladas, bem como, demais procedimentos administrativos. Essa norma é a Portaria 344/1998 publicada pela Secretaria De Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde. Esta portaria lista as substâncias controladas ou proibidas no Brasil.

Cabe ressaltar que a ANVISA atualiza, periodicamente, essa lista que inclui substâncias entorpecentes, psicotrópicas, anorexígenas, retinóicas, imunossupressoras, antirretrovirais, anabolizantes, insumos químicos para fabricação, inclusive plantas que podem gerar substâncias entorpecentes ou psicotrópicas.

O Ministério da Saúde utilizou uma definição de droga no primeiro artigo dessa Portaria: "Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária" (1998, s/p).

Ainda, a Portaria traz mais duas definições que são relevantes para o assunto. A primeira é sobre o entorpecente e a segunda é sobre as drogas psicotrópicas. Em ambos os casos a Portaria diz que "é uma substância capaz de causar dependência física ou psíquica" (1998, s/p). A diferença fica no regulamento que lista cada substância.

Veja-se que a Portaria condiciona a definição somente à substância que está nas listas reproduzidas no anexo da mesma norma.

A Portaria SVS/MS 344/1998 ampara as leis penais que criminalizam condutas relacionadas à produção, à distribuição, comercialização, armazenamento e consumo de drogas.

Algumas das substâncias psicoativas listadas na Portaria que recebem a qualificação de drogas ilícitas (por exemplo, a maconha, a cocaína, a heroína) não têm natureza diversa da de outras substâncias igualmente psicoativas, como a cafeína, o álcool e a nicotina, aliás, destas só se diferenciam em razão da artificial intervenção do sistema penal sobre condutas a elas relacionadas.

1.2.A PROIBIÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL

Muitas drogas possuem histórico de permissão e proibição. Moreira (2006, p.12) diz que a cocaína, nos primeiros anos do século XX, era livremente vendida em farmácias e hoje é proibida. O contrário também acontece como, por exemplo, o álcool que era proibido nos Estados Unidos da América, nos anos 20, quando estava em vigor a "Lei Seca".

Todas as drogas, sejam proibidas ou não, provocam alterações no corpo, e, se forem usadas incorretamente, podem causar danos, não sendo esta a razão da diferenciação entre umas e outras sem um argumento forte o suficiente para justificar sua proibição e criminalização. A escolha de quais substâncias podem ser proibidas ou não, depende mais de fatores morais e políticos.

Como fatores morais e políticos, cabe discorrer sobre como a proibição das drogas no Brasil foi influenciada pela política proibicionista coordenada pelos Estados Unidos da América.

Arguello (2012, p. 180) explica que no início do século XX, nos EUA houve grande associação da droga a pessoas, negras, imigrantes porto-riquenhos, ao comunismo e a preservação da suposta "saúde pública". Foi nessa época, também, que ocorreu a criação de estereótipos contra países latino-americanos relativos à produção de drogas e a comercialização nos EUA. Desta forma, o preconceito contra as minorias étnicas foi mascarado na guerra às drogas. Esta situação perdurou por muito tempo e após o fim da guerra fria e da União Soviética, a preocupação descolou da ameaça socialista/comunista e passou a se basear na globalização das licitudes, discurso econômico-transnacional, saúde mundial, associação a violência, terrorismo, controle de bancos, lavagem de dinheiro e medidas de cooperação internacional. Depois do ataque terrorista coordenado pela organização fundamentalista islâmica al-Qaeda em 11 de setembro de 2001 contra os EUA, a guerra às drogas foi fortificada pela associação do narcotráfico com o terrorismo, aproveitando-se do terror instaurado na população.

Retornando ao Brasil, a guerra às drogas foi marcada por dois grandes períodos: o sanitário e o bélico.

Sobre o período sanitário, Arguello (2012, p. 7) diz que ocorreu durante 1914 a 1964 tendo como ponto de partida o protocolo suplementar de assinaturas da

Conferência Internacional do Ópio em 1912. Este período foi marcado por um modelo higienista com internação compulsória, assim, o usuário era tratado como doente. Só em 1921 surge o decreto legislativo n.º 4.294/21 que introduziu o termo “substância entorpecente” na legislação penal brasileira.

Sobre o período bélico, Arguello (2012, p. 7) coloca como referencial de início o golpe de estado ocorrido em 1964. Este período conservou resíduos do modelo sanitário. Foi marcado principalmente por movimentos estudantis e sociais amplamente reprimidos pela ditadura militar e pela influência da polarização entre países capitalistas e socialistas. As drogas foram associadas pelos militares a atitudes comunistas para “envenenar” a juventude ocidental e foram enfrentadas a partir de dispositivos bélicos.

Mesmo com o fim da guerra fria, as drogas continuam sendo associadas a simpatizantes de ideais comunistas e, assim como nos EUA, à população preta. Mas o inimigo interno passou de terrorista para traficante. Zaluar (2004) em seu estudo antropológico sobre a pobreza e o tráfico de drogas na sociedade brasileira, concluiu que o estereótipo de traficante é associado pela mídia a favelas e bairros pobres, sendo estes ocupados, em sua maioria, por pretos e pardos.

Ainda sobre isso, o IBGE (Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística) (2019, p. 4) publicou um informativo sobre as Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil e obteve-se as informações de que apesar de a população preta e parda constituir 55,8% da população brasileira, em 2018, dentre o grupo da população com os maiores rendimentos, esta população representa apenas 27,7% do total. Quando se analisa o contrário, pretos e pardos constituem mais de 75% dentre a população com os menores rendimentos.

Além da população preta e parda ter comprovadamente menores rendimentos, também constituem a maior parte entre os desocupados no mercado de trabalho. No mesmo informativo publicado pelo IBGE, verifica-se que:

Assim como no total da população brasileira, as pessoas de cor ou raça preta ou parda constituem, também, a maior parte da força de trabalho no País. Em 2018, tal contingente correspondeu a 57,7 milhões de pessoas, ou seja, 25,2% a mais do que a população de cor ou raça branca na força de trabalho, que totalizava 46,1 milhões. Entretanto, em relação à população desocupada e à população subutilizada, que inclui, além dos desocupados, os subocupados e a força de trabalho potencial, as pessoas pretas ou pardas são substancialmente mais representadas – apesar de serem pouco mais da metade da força de trabalho (54,9%), elas formavam cerca de $\frac{2}{3}$ dos

desocupados (64,2%) e dos subutilizados (66,1%) na força de trabalho em 2018 (IBGE, 2019, p. 2).

Karam (s.d., p. 1) explica que em muitas áreas das favelas, o tráfico de drogas é o único setor econômico em expansão e o principal empregador de jovens desempregados. Este é o único tipo de negócio com o qual eles estão familiarizados e podem começar a trabalhar quando tiverem seis anos ou mais. Além disso, é o único setor em que a discriminação racial não é uma barreira.

Enfim, as drogas têm sido usadas desde a origem da história humana. Por outro lado, as proibições que tornam algumas dessas substâncias psicoativas ilegais nem sempre existem e só foram registradas globalmente a partir do século XX. Ademais, constitui-se decisão política que instaura uma manifestação de poder do Estado. Ocorre que, essa manifestação de poder não possui o condão de proteger os indivíduos ou a saúde pública, mas sim disciplinar a sociedade para manter e proteger um ideal determinado historicamente.

2. OS BENS JURÍDICOS DA LEI DE DROGAS E A *ULTIMA RATIO*

2.1. OS BENS JURÍDICOS

O Direito Penal tem como função proteger os bens jurídicos e só havendo ameaça a esse bem caberá uma intervenção. Sobre isso tratam os princípios da lesividade e da ofensividade, pois os tipos penais devem necessariamente proteger os bens jurídicos de condutas que possam feri-los.

O autor Prado define bem jurídico como um ente material ou imaterial, individual ou metaindividual que é considerado como um valor social e, portanto, é necessário para a coexistência e o desenvolvimento do ser humano, a partir disso se faz necessária a proteção jurídica e penal (2019, p. 282).

O processo de escolha de quais bens jurídicos deveriam ser tutelados observa certa materialização do dano ou perigo que determinada conduta possa oferecer.

No entanto, pode-se observar um movimento de eleição de bens jurídicos difusos e coletivos. Desta forma, o Direito Penal se desmaterializa a fim de proteger bens que não se pode determinar o real dano ou perigo efetivamente causado.

Há quem critique a inclusão da esfera da tutela penal de bens jurídicos difusos ou coletivos. Cunha (2015, p. 69) diz que esses bens são vagos e imprecisos resultando na desmaterialização, espiritualização ou liquefação do bem jurídico. Ferrajoli (2014) demonstra preocupação com essa expansão da tutela do Direito Penal, além disso, há um esvaziamento do significado de bem jurídico.

A proteção de bens vagos e imprecisos vai de encontro a um princípio basilar do Direito Penal, qual seja, o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*.

A *ultima ratio* diz que o Direito Penal deve proteger apenas bens jurídicos que os demais ramos do direito não puderam fazer, assim, são escolhidos bens de maior importância considerando as mutações da sociedade. Desta forma, o Direito Penal só será utilizado quando outras esferas de controle social forem insuficientes, ou seja, como uma última fronteira (CUNHA, 2015, p. 70).

A proibição e o combate às drogas está presente no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Esta lei busca prevenir o uso das drogas, reinserir o usuário na sociedade, bem como, reprimir todas as etapas desde a produção até a comercialização e, consequentemente, o consumo das substâncias elencadas na Portaria SVS/MS 344/1998.

A lei não fala diretamente sobre esta Portaria, mas logo no parágrafo único do primeiro artigo, consta o seguinte:

Art. 1º (...).

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (2006, s/p)

Além disso, a Lei 11.343/06 institui o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) que tem como objetivo reinserir o usuário na sociedade.

Cabem duas observações sobre esse tema. A primeira é que o SISNAD atua diretamente com o SUS remetendo ao período sanitário já comentado anteriormente. A segunda observação é que esta norma busca reinserir o usuário de

drogas. O uso do termo “reinserir” se torna importante se observado que o mero uso de drogas se iguala a condutas criminosas em que o indivíduo deve ser ressocializado e reinserido na sociedade.

O artigo 28 da Lei pune mesmo que seja para consumo pessoal e o §2º do artigo 33 incide pena sobre quem possa oferecer, ainda que gratuitamente, para pessoa de seu relacionamento.

Há clara ausência de ofensa há um bem jurídico determinável nestes artigos citados. Outrossim, o Direito Penal se põe em uma posição de assegurar a suposta qualidade de vida de um indivíduo. O princípio da *ultima ratio* se desmantela nesse instante.

Ainda sobre isso, o artigo 28 descreve um crime de perigo presumido e abstrato porque pune o risco à saúde pública representado pelo portador da droga. Portanto, não importa quão pequena seja a quantidade da substância proibida que é carregada, constituirá crime.

Ocorre que, como enfatiza Karam (2009, p. 15), a saúde pública, bem jurídico que tanto se busca proteger, faz com que a intervenção do Direito Penal e de suas instituições causem mais danos na sociedade e na própria saúde pública que tanto se busca tutelar. Como resultado tem-se o financiamento de poderosas organizações criminosas, guerras, mortes e prisões. Tudo isso aliado a violações de normas que garantem direitos fundamentais que se faz com a alegação da proteção à saúde. No entanto, na realidade, mais do que não a proteger, a intervenção do sistema penal mais prejudica que, de fato, a protege.

A proibição causa uma completa inexistência de controle da produção e da qualidade das drogas, a criação de um mercado gigantesco sem fiscalização e tributação. Os maiores prejudicados desta “guerra às drogas” são em jovens de periferia que são praticamente abandonados pelo Estado.

Karam (2009, p. 6) relata que o alvo preferencial da “guerra às drogas” são os traficantes de favelas, não-brancos, marginalizados e desprovidos de poder. A autora realizou um levantamento sobre prisões em flagrante por tráfico de drogas no Rio de Janeiro em que as prisões em bairros nobres são drasticamente menores que nos bairros pobres.

Para delinear um pouco do impacto desta guerra, pode-se observar o Departamento Penitenciário Nacional em levantamento realizado, via INFOPEN sobre a população prisional. No período de julho a dezembro de 2019, a quantidade de

incidências por tipo penal com relação às drogas chega a quase 20% entre os presos masculinos e a mais de 50% entre as presas femininas. Ademais, dentre os crimes considerados hediondos e equiparados, as incidências fundadas na Lei 11.343/06 alcançam quase metade do total.

Em âmbito internacional, o índice Global de Políticas sobre Drogas (*The Global Drug Policy Index*) faz uma comparação entre os países que documenta, mede e compara políticas nacionais. Esse índice dá uma pontuação para cada país de 0 a 100 que representa o alinhamento total de um núcleo selecionado de políticas sobre drogas. A primeira interação foi lançada em novembro de 2021 e avalia o desempenho de 30 países ao redor do mundo com dados de 2020 (2021, s/p).

Pode-se averiguar que a pontuação do Brasil foi de 26 pontos em possíveis 100. Ademais, dentre os 30 países analisados, o Brasil ficou em último lugar.

Conforme os dados analisados, verifica-se que a proibição da produção, comercialização e consumo das drogas causou uma intensa guerra social que preenche as penitenciárias de “criminosos” sem vítimas.

Nesse ponto se dá a necessidade de que a criminalização de condutas seja por ofensas realmente relevantes a um bem jurídico alheio ou, pelo menos, à exposição a um perigo concreto. Quando não há risco, como a posse de drogas para uso pessoal ou quando alguém vende drogas para um adulto que deseje compra-las por espontânea vontade, a intervenção do sistema penal configura arbitrariedade (KARAM, s.d, p. 4).

Desta forma, como não se verifica risco a terceiros, quem corre esse risco é o próprio autor, seja consumindo, ou comprando. Estefam (2020, p. 273) se refere a isto com a definição de “crime vago”, isto é, quando for cometido contra entes sem personalidade jurídica, neste caso, a saúde pública.

2.2.A ULTIMA RATIO

Em relação a isso, a não ocorrência de risco a terceiros afeta diretamente o princípio de intervenção mínima e da lesividade, estes são uma dualidade e, portanto, se completam. A intervenção mínima só permite que o direito penal intervenha quando enfrenta-se um ataque a um bem jurídico importante, já a

lesividade limita quais ações não podem ser estritamente regidas pelo direito penal (CUNHA, 2015, p. 70).

Em complementação, a autora Karam diz (2009, p. 29) que a Convenção de Viena de 1988 impôs a proibição das drogas para uso pessoal violando o princípio da lesividade da conduta e indo ao encontro do artigo 9 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que consagrou a cláusula do devido processo legal. Este assegura a liberdade dos indivíduos sempre que suas ações não atinjam ou ameacem direitos de terceiros.

Conforme já discorrido em momento anterior, o problemático artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006 proíbe a posse das substâncias listadas pelo Ministério da Saúde para uso pessoal. Ainda que não haja pena privativa de liberdade, há penas como prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de descumprimento, há admoestação e multa.

Problemático, diga-se pelo motivo, de a mera posse para consumo pessoal ser considerada um delito que gera estigmatização e dilacera o direito à liberdade, intimidade e vida privada protegidos, não apenas constitucionalmente, mas também internacionalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O uso do Direito Penal com o fim de interferir na vontade individual do indivíduo em condutas sem sujeito passivo e de bem jurídico mal delimitado vai de encontro ao Estado Democrático de Direito. Mesmo que a decisão de um indivíduo possa trazer danos a tão somente ele, não cabe ao Estado e ao Direito a intervenção nesta conduta. Assim sendo, pode-se entender que o Estado proíbe a autolesão.

Moreira (2016, s.p) comenta que quem consome drogas não afeta a saúde de outros, mas sim apenas a própria, logo, em um Estado Democrático de Direito não se pode punir uma conduta que não atinja terceiros, por exemplo, autolesão ou suicídio, visto que, estão inseridas dentro da privacidade do sujeito, portanto, ilegítima a intervenção do Direito.

Sobre a autolesão, Claus Roxin, renomado jurista alemão, discorre sobre o princípio da alteridade ou também chamado de transcendentalidade. O ponto central deste princípio é a impossibilidade de tornar crime atitudes que não apresentem danos a bens jurídicos alheios. Ainda que tais atitudes sejam contrárias a preceitos religiosos e à moral, se não são lesivas, não há legitimação para atuação do Direito Penal.

Roxin (2009, p. 23) comenta que a autolesão não legitima a sanção punitiva, pois esta visa proteger outra pessoa, não uma conduta frente a si mesmo. Resta evidenciado um paternalismo estatal e só é justificável tratando de sujeitos com déficits de autonomia. Ainda, o autor cita que na Alemanha o suicídio não é punível, diferente de vários outros países. A partir desse ponto extrai-se a discussão sobre a eutanásia. Outrossim, na prática de esportes, quando ocorrem acidentes, os organizadores devem ser isentos das consequências jurídicas, pois os atletas são conscientes (ou deveriam ser) sobre os riscos inerentes à prática esportiva. O mesmo ocorre com o consumo de álcool e tabaco.

O princípio da alteridade se manifesta no ordenamento jurídico brasileiro em alguns casos, por exemplo, não punindo a tentativa de suicídio, somente, se há induzimento, auxílio ou instigação de um terceiro, conforme artigo 122 do Código Penal.

É um subprincípio do princípio da lesividade, na medida que estabelece que a conduta necessariamente precisa afetar ou ameaçar bens jurídicos de terceiros. Esse comportamento deve ser transcendente à pessoa do autor para ser condenado. Portanto, o direito penal não pune a autolesão.

Assim, verifica-se que a determinação do bem jurídico na Lei de Drogas vai de encontro a vários princípios basilares do Direito Penal e da própria concepção dos bens que devem ser tutelados pelo Estado.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DA PROIBIÇÃO

3.1. AS CONSEQUÊNCIAS DA PROIBIÇÃO

Neste ponto, a violência foi colocada como consequência da proibição e não do consumo das drogas, tendo em vista que as drogas em si mesmas não são as precursoras da violência em âmbito social.

Drogas lícitas como o álcool e o tabaco são produzidas, armazenadas, comercializadas e consumidas sem que haja violência neste processo. A diferença entre estas e as ilícitas é justamente a proibição e a política de “guerra às drogas”.

Sobre isso, Karam (s.d., p. 1) diz que a proibição do consumo das drogas não impede que estas sejam consumidas ou produzidas, mas cria um enorme mercado organizado sem qualquer regularização ou tributação que acarreta disputas de espaço, cobranças de dívidas e vinganças. Este mercado ilegal traz à tona homicídios, roubos, furtos e várias outras consequências para os envolvidos e para terceiros que nada têm a ver com a situação. A ausência de regulamentação torna este mercado muito atrativo, visto que, os lucros são muito elevados se comparados aos lucros de qualquer outro mercado. Os lucros aumentam se levar em consideração que não há pagamentos de tributos, direitos trabalhistas e fiscalizações de qualidade.

Vilhena (2004, p. 6) diz que o fato de haver escassez de trabalho para jovens, combinado com a pressão familiar para começar a trabalhar, faz com que eles se sintam responsáveis pela sua própria sobrevivência mais cedo que o ideal. É instigante para estes indivíduos com baixas condições financeiras e sem acesso à educação de qualidade que veem na droga, a chance de ter algo além de apenas sobreviver.

Ao fazer uma correlação com o sistema de justiça criminal, deve ser ressaltada a enorme seletividade daqueles que possuem condutas criminalizadas e aqueles que, de fato, são punidos.

Sabe-se que a criminalidade pode ser maior que a registrada e é cometida por todos os tipos de pessoas, mas quando se trata de quais são processados, há um filtro evidente: afrodescendente e pobre.

Karam (s.d., p. 5) trata sobre isso e diz que “o alvo primordial da ‘guerra às drogas’ brasileira é claro: ‘traficantes’ das favelas e aqueles que, pobres, não-brancos, marginalizados, desprovidos de poder, a eles se assemelham são os ‘inimigos’.” O sistema de justiça criminal possui duas etapas que inicia-se pela seleção de bens jurídicos a serem tutelados e depois a seleção de indivíduos estigmatizados.

Sobre este tema, Mariana Raupp (2009, p. 364) promoveu um estudo em que se verifica que os tribunais veem diariamente pequenas apreensões de drogas e não indivíduos de crime organizado. Ainda, Raupp diz que há uma seleção entre tráfico de drogas de pequeno porte e de grande porte. No entanto, o tráfico de pequeno porte é o preferido e este cria uma representação social dominante estabelecendo uma relação entre pobreza e criminalidade para legitimar a dinâmica capitalista na periferia.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Atualização - Junho de 2017) chegou às conclusões de que a maior parte das pessoas privadas de liberdade no Brasil são jovens. Entre estes, quase 30% possuem entre 18 a 24 anos, 24% possuem entre 25 e 29 anos e 19,4% entre 35 a 45 anos. Sendo assim, os presos até 29 anos correspondem a 54% da população carcerária (2017, p. 30).

São bem conhecidos os graves problemas sociais da enorme quantidade de jovens sem experiência profissional e que, diante disso, constituem uma grande parte dos desempregados, e como dito anteriormente, são instigados a entrar no mercado ilegal das drogas.

Ainda, o Levantamento trouxe que em relação à cor ou etnia, 46,2% são pardos, 35,4% são brancos e 17,3% são pretos. A parcela de pessoas pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional. Ocorre que, estas mesmas etnias correspondem a 55,4% da população brasileira (2017, p. 31).

Outro ponto confirmado é que mesmo que pretos e pardos sejam 55,4% da população, são desigualmente representados na população carcerária com 63,6% do total.

Por fim, sobre a escolaridade, o Levantamento demonstra que entre as pessoas privadas de liberdade, 51,3% possuem o Ensino Fundamental Incompleto, 14,9% possuem o Ensino Médio Incompleto e 13,1% têm Ensino Fundamental Completo. Já em relação ao ensino superior, apenas 0,5% possuem o Ensino Superior Completo. Assim, verifica-se que não há uma representação no sistema prisional em relação à sociedade brasileira (2017, p. 35).

Muito foi estudado para chegar às causas da criminalidade, foram apontados diversos motivos como o desemprego, problemas familiares, pouca escolaridade, pobreza, dentre outros. Acontece que estes atributos foram criados para identificar o “criminoso” (Karam, s.d., p. 7).

Veja-se que pretos/pardos, jovens e indivíduos de baixa escolaridade são os mais afetados pelo sistema prisional, visto que, foram definidos como o “rosto” do criminoso. Ainda, anteriormente já foi demonstrado que as incidências por tipo penal da Lei 11.343/06 ocupam grande parte dos presos masculinos e femininos. Sendo assim, a guerra às drogas não é contra as drogas, mas sim contra parte da população mais vulnerável que, muitas vezes, é apreendida com quantidades pequenas de drogas incapazes de afetar a vasta saúde pública.

Para traçar um cenário possível na economia e no orçamento público, é necessária uma estimativa de arrecadação em caso de legalização e a constatação dos gastos despendidos na “guerra às drogas”.

Teixeira (2016) realizou um estudo para tentar averiguar o impacto econômico de uma hipotética legalização das drogas no Brasil em trabalho realizado como consultora legislativa para a Câmara dos Deputados.

Dentre os pontos analisados, houve uma estimativa do Mercado Consumidor de Drogas no Brasil em questão do faturamento das vendas de *cannabis*, cocaína, *crack* e *ecstasy*. Chegou-se ao número de 14.532.092.094,00 (quatorze bilhões quinhentos e trinta e dois milhões e noventa e dois mil reais) por ano movimentados nesse mercado ilegal (TEIXEIRA, 2016, p. 49).

Se fosse legalizado, a arrecadação em impostos (foi levado em consideração os tributos e alíquotas incidentes em drogas lícitas, como o tabaco) seria de aproximadamente R\$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões) por ano (TEIXEIRA, 2016, p. 49).

Em especial ao impacto da legalização da *cannabis*, o estudo tomou como referência as experiências da legalização no Uruguai e no estado americano do Colorado. Assim, caso haja aumento na mesma proporção que foi verificada nesses lugares, a arrecadação tributária poderia chegar a quase R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões) ao ano (TEIXEIRA, 2016, p. 50).

Em contrapartida, considerando a proibição das drogas, fez-se um levantamento para estimar os gastos necessários para o tratamento, repressão e combate às drogas no Brasil.

Só no ano de 2014, os gastos com o sistema prisional, tratamento de saúde, repressão policial e jurídico-processuais chegaram a quase 5 bilhões de reais. Ressaltou-se que não foram contabilizados os custos privados da família do preso, da fase policial e durante a instrução na esfera judicial, que se somados superariam um valor caríssimo aos cofres públicos (TEIXEIRA, 2016, p. 51).

No entanto, não se pode afirmar que os gastos com saúde seriam reduzidos. Estes gastos incluem tratamento de transtornos mentais e comportamentais com o consumo de drogas e infecções decorrentes do consumo (TEIXEIRA, 2016, p. 51).

Assim, veja-se que as despesas aos cofres públicos em decorrência da guerra às drogas chegam à escala dos bilhões de reais. Caso não houvesse a

proibição, estes valores poderiam ser redirecionados à melhoria da qualidade de vida da população. Além disso, a legalização traria maior arrecadação tributária e possibilitaria mais investimentos em serviços públicos.

3.2. O MERCADO PARALELO

A possibilidade de existência de um mercado paralelo é comumente levantada, tendo em vista que já se observa esse tipo de comportamento em drogas legalizadas, como o cigarro.

Em reportagem realizada por Will Yakowicz à *Forbes*, foi constatado que no estado de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, a *cannabis* foi legalizada. No entanto, para ser comercializada, é necessária a existência de uma autorização administrativa por órgãos reguladores definidos pelo governo.

Ocorre que, em um lapso temporal entre a legalização e a concessão das autorizações, foi criado um mercado paralelo evidente. Isto foi possível graças a não mais ameaça de intervenção policial. Mesmo com o alerta acendido pelo Conselho de Controle de Cannabis aos comerciantes sem licença de acusações criminais, não foi o suficiente para controlar o crescimento deste mercado.

Takowicz (2022, s.p) trouxe a informação de que dentre os 36 estados que legalizaram a cannabis nos EUA, a maior parte das vendas permanece ilegal. Estima-se que dos 69 bilhões de dólares comprados em 2020, 50 bilhões são vendidos no mercado ilegal. Em 2021, atingiu-se o valor de 72 bilhões de dólares, sendo 65% das vendas ilegais.

No entanto, há projeções de que nos próximos anos a maior parte das vendas sejam decorrentes do mercado legal. Cowen estima que em 2026 as vendas legais constituirão a maior parte do mercado. Em 2030, o mercado de *cannabis* pode alcançar 100 bilhões de dólares nos EUA, sendo a operação legal responsável por 65% (TAKOWICZ, 2022, s.p).

Veja-se que mesmo nesta projeção otimista, Vivien Azer (analista sênior de pesquisa da Cowen especializada nos setores de bebidas, tabaco e cannabis) não afirma que haverá possibilidade de extinção completa do mercado paralelo

(TAKOWICZ, 2022, s.p). As principais explicações são as altas alíquotas tributárias e a burocracia para regulamentações.

Em um cenário nacional, considerando a adoção de princípios como o da seletividade no Direito Tributário, a alíquota das drogas seria muito provavelmente alta.

Sobre a seletividade no Direito Tributário, Gouvêa (2021, s.p) esclarece que os produtos, mercadorias e serviços sejam tributados em proporção inversa à essencialidade, assim, quanto mais essencial um produto industrializado for, menor será o ônus tributário. Por outro lado, quanto mais dispensável, maior a tributação.

Desta forma, conforme verificado em alguns estados dos EUA, a existência de um mercado paralelo ilegal de drogas, mesmo em um cenário de legalização, seria possível. Ainda, tendo em vista que os principais motivos para o mercado paralelo se perpetuar são a burocracia para a regulamentação de licenças e as altas alíquotas tributárias, a possibilidade existiria no Brasil aguçada pelo princípio da seletividade no Direito Tributário. No entanto, há de se fazer uma ponderação entre os benefícios e os malefícios da legalização das drogas. Assim, sabe-se que a legalização não resolveria todos os problemas sociais, mas seria um início para a redução das consequências negativas já abordadas anteriormente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As consequências da guerra às drogas são fundadas em uma proibição gerada por motivações políticas e morais decorrentes do tempo e do espaço. Assim, o Estado busca uma forma de efetivar o controle social a partir do uso do Direito Penal.

Ocorre que, o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio* e possui um bem jurídico determinável e capaz de ser protegido. Assim, não há uma mensuração da saúde pública e se ela foi realmente protegida através da Lei de Drogas.

A proibição gera inúmeras consequências para a sociedade a ponto de que ofende a saúde pública mais do que a protege. Além disso, a proibição deixa espaço para o mercado ilegal arrecadar bilhões de reais todos os anos que deixam de ser tributados.

Assim, mesmo que se considere a possibilidade do mercado ilegal continuar ativo após uma hipotética legalização, fato é que as consequências negativas podem ser drasticamente diminuídas para toda a sociedade. Assim, seus efeitos devem ser ponderados pelo Estado.

REFERÊNCIAS

AGI, Samer. **Coleção Carreiras Jurídicas: Direito Penal parte geral**. 2. Ed. Brasília: CP Iuris, 2016. Ebook.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl. Curitiba: ICPC, 2010.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 177-192. Paraná: UFPR, 2012.

BARATTA, Alessandro. Introdução à criminologia da droga. In: ELBERT, Carlos Alberto. **Criminología y sistema penal: compilación in memoriam**. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 112-138.

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BEAUCHESNE, Line. **Legalizar as drogas para melhor prevenir os abusos**. Tradução de Nina Vincent Lannes e Tiago Coutinho Cavalcante. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2015. p. 34.

BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v 12. n. 21. SUR, 2015. p. 04.

BRASIL. **Portaria nº 344, de 12 de Maio de 1998**. Diário Oficial Da República Federativa Do Brasil, Ministério Da Saúde. Brasília, DF, 31 dez 1998. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 20 dez 2021.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches da. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3°. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, parte geral**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Ebook.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GÓIS, Mariana Maiza de Andrade; AMARAL, José Hamilton do. **O Uso De Drogas Lícitas E Ilícitas E Suas Consequências Sociais E Econômicas**. Universidade Federal de Pará. p. 1-22, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação Penal Especial**. Coordenado por Pedro Lenza. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GOUVEA, José Guilherme de Bem. **Princípio da Seletividade Tributária: Entenda o que é e sua aplicação**. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-seletividade-tributaria/#:~:text=A%20seletividade%20tribut%C3%A1ria%20determina%20que,o%20%C3%B4nus%20tribut%C3%A1rio%20destes%20impostos.>>. Acesso em: 1 maio. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. Ebook.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica n. 41**. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf>. Acesso em: 5 jan 2022.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: é preciso legalizar**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/212294723/Drogas-E-preciso-legalizar-Maria-Lucia-Karam>>. Acesso em: 6 de out. de 2021.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALBERGIER, André; AMARAL, Ricardo Abrantes do. **Curso De Capacitação De Dependência Química**. Módulo 3: Álcool e outras drogas. Unidade 1 Conceitos Básicos. UFMA. Disponível em: <<https://ares.unasus.gov.br/acervo/html/ARES/2046/3/Mod%2003%20UNIDADE%2001.pdf>>.

MENDANHA, Fabiano Alves. **A justiça restaurativa como uma possível alternativa ao poder judiciário para dispensar um tratamento mais humanitário aos usuários e dependentes de drogas**. Dissertação de Mestrado. Palmas: UFT, 2016. p.46.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <[infopen-jun-2017.pdf \(www.gov.br\)](https://www.gov.br/infopen-jun-2017.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2021.

MOREIRA, Fernanda Gonçalves; SILVEIRA, Dartiu Xavier da. **Panorama atual de drogas e dependências**. 1. Ed. São Paulo: Atheneu, 2006. Ebook.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Drogas: por que não legalizar?**. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/297823301/drogas-por-que-nao-legalizar>>. Acesso em: 30 abri. 2022.

OLMO, Rosa del. **La cara oculta de la droga**. Bogotá: Temis, 1988

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 20.

PONTAROLLI, André Luis; RAMIDOFF, Mário Luiz. Justiça Restaurativa e Drogas. **Quaestio iuris, vol.13, nº.04**. Rio de Janeiro, 2020. pp.1689-1706.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Ebook.

RAUPP, Mariana. O (in)visível tráfico de drogas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 80, 2009, p. 346-369.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 131-151.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico. In: CARNEIRO, Henrique; VENÂNCIO, Renato Pinto. **Álcool e drogas na história do Brasil**. São Paulo: Alameda, 2005, p. 291-310.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VILHENA, Junia de; DIMENSTEIN, Magda; ZAMORA, Maria Helena. Da vida dos jovens nas favelas cariocas: drogas, violência e confinamento. **Revista do departamento de Psicologia/UFF**, v. 16, n. 1, p. 23-40, 2004.

YAKOWICZ, Will. **Mercado paralelo de cannabis em Nova York movimentou bilhões, mesmo após legalização**. Disponível em: <<https://forbes.com.br/forbes-money/2022/02/mercado-paralelo-de-cannabis-em-nova-york-movimentou-bilhoes-mesmo-apos-legalizacao/>>. Acesso em: 1 mai. 2022.

ZANETTI, José Carlos Trinca; CONTIN, Alexandre Celiotto. A justiça restaurativa na Lei de Drogas: efetividade ou manipulação. **Revista de Direito Vox Forensis**. v.1. n. 1. UniPinhal, 2017.