



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

**A REPRESSÃO E A PROIBIÇÃO AO COMÉRCIO DE
“DROGAS ILÍCITAS”: uma análise a partir do inc. XLIII do
art. 5º da Constituição Federal.**

FRANCISCO ALEXANDRE DE PAIVA FORTE

FORTALEZA – CE
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

**A REPRESSÃO E A PROIBIÇÃO AO COMÉRCIO DE
“DROGAS ILÍCITAS”: uma análise a partir do inc. XLIII do
art. 5º da Constituição Federal.**

FRANCISCO ALEXANDRE DE PAIVA FORTE

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Orientador: Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa
Prof. Co-orientador: Dr. Francisco Régis Frota Araújo

FORTALEZA – CE
2010



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

A REPRESSÃO E A PROIBIÇÃO AO COMÉRCIO DE
“DROGAS ILÍCITAS”: uma análise a partir do inc. XLIII do
art. 5º da Constituição Federal.

FRANCISCO ALEXANDRE DE PAIVA FORTE

Dissertação aprovada em:

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof(a). Dr(a) Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Num tempo em que o Poder Legislativo anda enfraquecido, ousou dedicar este estudo a dois grandes Senadores da República: Afonso Arinos e Jefferson Peres. *In memoriam*.

AGRADECIMENTOS

À minha companheira Maria Linete Paiva, biblioteconomista dedicada ao Antiquariato da Biblioteca desta centenária Faculdade de Direito.

Aos professores Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa e Dr. Francisco Régis Frota Araujo, respectivamente, orientador e co-orientador, pelo estímulo à presente dissertação.

Ao colega de Mestrado José Donato Araújo, pela indicação de importante bibliografia; bem como ao Prof. Dr. Leonardo Mota que também indicou excelente material bibliográfico, além de sua própria tese de doutorado na área de Sociologia.

E a Marilene Arrais, pela dedicação a todos que fazem o Mestrado.

RESUMO

Esta dissertação analisa a constitucionalização da repressão e proibição ao tráfico de drogas ilícitas, com ênfase no inc. XLIII do art. 5º da CF. A ideia de que o inc. XLIII do art. 5º encerraria um mandado de criminalização do tráfico de drogas é discutida em face dos problemas ocasionados pela repressão e super-lotação do sistema prisional. Apesar da sinalização dada pelo Supremo Tribunal Federal de que não existiria um mandado de criminalização do tráfico de drogas, conferindo um limitado alcance normativo ao inc. XLIII, o debate acerca desse tema está longe de ser encerrado, tanto na doutrina, quanto na *praxis* judicial e no âmbito do Congresso Nacional. Discute-se, portanto, se a criminalização do tráfico de drogas seria uma cláusula pétrea. Além disso, expõe-se as incoerências do atual modelo, cuja legislação repressiva a incidir sobre o usuário de drogas ilícitas, caracteriza-se como legislação simbólica, totalmente ineficaz, inapta a alcançar a finalidade de proteger tanto a saúde pública quanto a saúde individual do usuário de drogas ilícitas.

PALAVRAS-CHAVE: TRÁFICO DE DROGAS; MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO; PODER CONSTITUINTE; LIBERDADE; DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA.

ABSTRACT

This dissertation analyses the repression and prohibition drug trafficking constitutionalization with focus into art. 5th, XLIII, of the Brazilian Constitution. The idea that such norm constitutes a mandatory criminalization of drug trafficking it is discussed faced to problems occasioned by repression and over-incarceration of the prisional system. In spite of the *Supremo Tribunal Federal* (Brazilian High Court) has sinalized that there is not mandatory criminalization about drug traffickin giving a limited normative power to art. 5th, XLIII, debate about this issue it is far to be an end as in doctrine as in judicial *praxis* and into Legislative Power's sphere. Then we discuss if drug trafficking criminalization would be a *petrea* clause. Besides it is exposed the contradictions of the actual model which repressive legislation does to incide on drug users it is characterized as simbolic one, wholly uneficacious, unsuited to get its goal that it is to protect as public health as illicit drug user one.

KEY-WORDS: DRUG TRAFFIC; MANDATORY CRIMINALIZATION; CONSTITUTIONAL POWER; FREEDOM; IMPLICIT POWER OF THE LEGISLATIVE POWER.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1. Histórico da proibição ao comércio de drogas.....	13
1.1 Primórdios do Uso de Drogas.....	13
1.2 Da Guerra do Ópio no Século XIX a década de 1970 nos Estados Unidos.....	14
1.3 A Globalização da proibição às drogas no Século XX.....	21
1.4 Histórico da proibição e repressão às drogas no Brasil.....	31
2. A classificação das drogas ilícitas: abordagem crítica.....	40
2.1 Definição do termo droga.....	40
2.2 Abuso de drogas <i>versus</i> mal uso.....	41
2.3 A classificação internacional da ONU.....	42
2.4 A <i>Cannabis</i> e demais substâncias canabinóides.....	44
2.5 Definições dos termos qualificadores das políticas sobre drogas.....	45
2.6 Discussão crítica e Direito Comparado.....	46
3 A Liberdade no Estado Democrático de Direito: a autonomia individual, o consumo de drogas e a dignidade humana.....	51
3.1 A liberdade: considerações preliminares.....	51
3.2 Liberdade como prioridade.....	53
3.3 A tentativa de correção de imperfeições morais no Estado de Direito ou no Estado de Exceção?.....	56
3.4 A dignidade humana frente ao uso de drogas e o problema da autonomia individual.....	69
3.5 Haveria uma liberdade de usar drogas?.....	76
3.6 Seria o uso de drogas incluível no rol da liberdade de consciência?...81	
3.7 Saúde pública, sociedade de risco e drogas.....	88
3.8 Conclusões parciais.....	106
4 A Constitucionalização da repressão ao tráfico de drogas ilícitas.....	109
4.1 O Sistema constitucional.....	109
4.2 Os limites do Poder Constituinte Originário.....	115
4.3 Mutação constitucional	121
4.4 A questão da inconstitucionalidade de norma constitucional originária:	

o direito supralegal e o direito constitucional expreso.....	127
4.5 A constitucionalização da repressão ao tráfico de drogas.....	142
4.5.1 Breve histórico das motivações da Assembléia Constituinte de 1987/1998 acerca do tráfico de drogas.....	143
4.5.2 A natureza jurídica do mandado de criminalização expreso no inc. XLIII do art. 5º daCF.....	149
4.5.3 O legislador ordinário vinculado ao inc. XLIII do art. 5º: a Lei 11.343/2006.....	160
4.5.4 O obstáculo das Convenções Internacionais de Controle de Drogas Ilícitas à reforma da legislação nacional.....	171
4.5.5 Interpretando a Constituição a partir da Lei.....	175
4.5.6 O simbolismo da Lei 11.343/2006: eficácia e efetividade.....	199
5 Considerações Finais.....	213
Bibliografia.....	217

INTRODUÇÃO

A proposta de estudar a constitucionalização da criminalização do tráfico de drogas (art. 5º, inc. XLIII, da CF/88) decorre de antiga preocupação nossa com a efetividade da política criminalizadora e repressiva ao tráfico de drogas. Em 2003 o Senador Jefferson Péres fez um discurso no Senado Federal defendendo a legalização das drogas como alternativa de enfrentamento aos problemas gerados pelo narcotráfico. Desde então temos lido e pesquisado o assunto. E para nossa surpresa a cada dia deparamo-nos com inúmeros artigos, estudos e dissertações, muitos dos quais com patrocínio ou incentivo do Ministério da Justiça ou da Secretaria Nacional Antidrogas, que são unânimes em reconhecer senão o fracasso completo do atual modelo repressivo, ao menos em apontar claramente inúmeras e fortes inconsistências da política antidrogas focada quase exclusivamente na repressão policial, sobretudo do ponto de vista orçamentário que é o que interessa na ponta final da intervenção estatal. De tal forma que as ações preventivas e medidas de redução de danos tratando o fenômeno de consumo de drogas como problema de saúde pública, embora façam parte da retórica oficial há mais de uma década, ainda não foram suficientemente implementadas.

Para aprofundar o debate é que propomos estudar a criminalização do tráfico de drogas, pois a cada tragédia noticiada nos jornais os ânimos se acirram, tanto do lado daqueles que simpatizam com as teses da legalização e/ou descriminalização de drogas, quanto dos que acham que o modelo repressivo deve ser mais rígido ainda, muito ao gosto da ideologia da intolerância total, chamada de “tolerância zero”.

Vera Malaguti Batista, no prefácio à 3. edição da obra de Salo de Carvalho (CARVALHO, 2006, p. xviii) afirma: “O problema para todos nós, é reconhecer como tudo piorou com a ‘transição democrática’ [...] A partir dos anos 80 do século XX, nossa legislação penal aprofunda o seu potencial bélico. Com a Lei de Crimes Hediondos institui-se um oceano de criminalização sem perspectivas, projetos de emparedamento de uma geração de jovens”. E arremata a pesquisadora dizendo que “a nossa política criminal de drogas é um importante instrumento de barbárie” (CARVALHO, *op. cit.*, p. xx).

A maximização incontrolável e generalização desmesurada da repressão resultam da crença moderna na tecnologia penal em solucionar problemas como o das drogas e do terrorismo. E, na América Latina, em particular, o direito penal do inimigo, ou direito penal de emergência, com pretensão de legitimar um permanente estado de exceção, consolida-se com a radical ruptura dos sistemas de garantias no combate à criminalidade organizada do narcotráfico (CARVALHO, 2007). Na prática, diz ainda o pesquisador Salo de Carvalho, o Direito Penal do inimigo tende a criar uma distinção entre pessoas (cidadãos que aceitam o pacto social) e não-pessoas, os inimigos que devem ser combatidos com instrumentos de exceção.

Quanto ao mandado de criminalização do tráfico de drogas, importantes doutrinadores como Lenio Streck (2008) tomam partido nesta questão, no sentido da inarredável e firme criminalização, enquanto outros como Janaína Conceição Paschoal (2003, p. 100), numa linha mais garantista consideram que não há uma tal obrigatoriedade de criminalização, a cercear a discricionariedade do legislador. Seja como for, a questão é de alta relevância como reconhecem Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 582-583) ante a expressa determinação de criminalização.

Eis, por conseguinte, que enfrentamos tal questão sem perder de vista o plano da realidade. Não incursionamos por uma análise puramente dogmática do texto constitucional. Para seguir o magistério de Paulo Bonavides recorremos a estudos da sociologia e de outras áreas do conhecimento.

A dissertação teve por objetivo geral investigar a política antidrogas enquanto sistema que se auto-reproduz normativamente e ideologicamente numa padronização internacional. Trata-se de pesquisa essencialmente bibliográfica, recorrendo-se a livros publicados nas últimas décadas, teses de mestrado e de doutorado em todas as áreas afins que estudam o problema, artigos científicos e matérias jornalísticas e informes oficiais do governo brasileiro e de organismos internacionais envolvidos na repressão e controle de uso de drogas. A jurisprudência foi estudada no desenvolvimento do trabalho de forma pontual, sempre que nos pareceu apropriado comentar um ou outro acórdão. Os objetivos específicos consistiram em: a) analisar a evolução histórica da proibição e repressão às drogas no plano internacional, nos Estados Unidos e no Brasil; b) estudar o tráfico de drogas e as causas

desestruturantes do Estado Democrático de Direito e a conseqüente implantação de um Estado Permanente de Exceção; e c) analisar a inconstitucionalidade ou processo de inconstitucionalização da política proibicionista em face da injustiça do atual modelo punitivo.

A pesquisa insere-se na linha de pesquisa “A tutela dos direitos fundamentais”, nos termos do art. 20 do Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação. O estudo do inciso XLIII do art. 5º da CF, insere-se ainda na temática da Teoria da Constituição. Embora pudéssemos inseri-lo também na linha de pesquisa “A implementação dos direitos fundamentais e as políticas públicas”, entendemos mais pertinente o enquadramento na primeira linha de pesquisa, posto que está em jogo o direito de primeira dimensão – o direito à liberdade – como herança do Estado liberal.

Durante a pesquisa utilizamos intensamente a rede mundial de computadores, fonte de inúmeros trabalhos pesquisados. No primeiro capítulo fizemos uma abordagem histórica da proibição ao comércio de drogas, desde a Guerra do Ópio no século XIX, os movimentos puritanos que pregavam a temperança e redundaram na lei seca norte-americana, a globalização ou internacionalização da proibição às drogas, seguindo o padrão burocrático norte-americano e a recepção e incorporação do proibicionismo ao ordenamento jurídico nacional. Fechamos o capítulo com a referência às recentes conclusões da Comissão Latino-Americana Sobre Drogas e Democracia, liderada pelos ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso, César Gaviria (Colômbia) e Ernesto Zedillo (México).

No segundo capítulo incursionamos por uma abordagem crítica concernente à classificação internacional das drogas ilícitas, classificação esta adotada pelo Brasil em decorrência dos tratados internacionais referentes ao tema do qual é signatário. Em comparação com as drogas lícitas constata-se uma incoerência flagrante na classificação adotada, tanto que recentemente recomendou-se na Inglaterra a retirada da maconha (*Cannabis sativa*) da lista IV da Convenção Única de 1961. Estudamos ainda o problema da internacionalização da repressão ao tráfico de drogas e seu desdobramento no ordenamento constitucional brasileiro.

No terceiro capítulo estudamos a liberdade no Estado Democrático de Direito. Aborda-se os temas da autonomia individual, o consumo de drogas e a

dignidade humana. Na essência perfilhamos a doutrina liberal de John Stuart Mill que consiste em conferir ao indivíduo o máximo de liberdade, mas reconhece que o ser humano não é uma ilha de individualismo, de sorte que em situações concretas de afronta aos direitos dos demais, admite-se a restrição da autonomia individual. Nesse sentido, fugimos de uma concepção abstracionista da liberdade, preferindo adotar uma postura mais centrada na análise do caso concreto. Concernente ao uso de drogas, portanto, é possível adotar tanto uma postura mais liberal quanto restritiva, mas, neste último caso, se e somente se estiver em jogo um perigo concreto à sociedade e não presunções não raro carregadas de ideologia conservadoramente moralista.

O quarto capítulo constitui o núcleo da dissertação, no qual tratamos da constitucionalização da repressão ao tráfico de drogas. Analisamos o inc. XLIII do art. 5º, desde as limitações do poder constituinte originário, a possível inconstitucionalidade originária e/ou invalidade da norma criminalizadora, a natureza jurídica dessa norma, seja como mandado de criminalização e mesmo como cláusula pétrea como alguns doutrinadores advogam. Neste capítulo então encontram-se as diversas teses e também antíteses. Analisamos em cotejo com a realidade a eficácia e efetividade das normas criminalizadoras do tráfico, bem como o problema da criminalização ou não do usuário de drogas.

1 HISTÓRICO DA PROIBIÇÃO AO COMÉRCIO DE DROGAS

Iniciamos a discussão fazendo uma breve retrospectiva dos principais acontecimentos que marcaram a política antidrogas no Brasil e no mundo. A experimentação de substâncias que provocam estados alterados de consciência é relatada desde os primórdios da civilização. A Guerra do Ópio no século XIX representa um divisor de águas no comércio de drogas ora tratadas como medicamentosas ora como entorpecentes. Na seqüência, a aprovação da Convenção de Xangai em 1909 e, posteriormente, da Lei seca nos Estados Unidos representam os dois acontecimentos nucleares de toda a política antidrogas. Não seria exagero dizer que o DNA do sistema internacional de controle de drogas foi inoculado no final do século XIX a partir de movimentos pela temperança, cuja retórica escondiam motivações xenófobas e racistas, francamente refratários a condutas desviantes da “normalidade”.

1.1 Primórdios do Uso de Drogas

A utilização de drogas em rituais religiosos, sobretudo nas práticas xamânicas, a partir de plantas com propriedades alucinógenas é estimada em 40.000 anos (LEVINTHAL, 2006, p. 38). O ópio era utilizado em rituais egípcios cerca de 3.500 a.C, com uso medicinal comprovado por volta de 1.500 a. C. (ABANDISKY, 1997, p. 23-24). O consumo de bebidas alcoólicas constitui uma prática de drogadição das mais antigas e universais com registros de até 5.000 anos (ABADINSKY, *op. cit.*, p.19-20). A destilação, no entanto, só foi descoberta por volta do século XI d. C. e a difusão de outras drogas em torno do globo só ocorreu a partir do século XVI com as viagens de descobertas. É dessa época a difusão na Europa de drogas estimulantes e intoxicantes como tabaco, coca, maconha e ópio (INCIARDI, 2002, p. 3). A maconha (*Canabis sativa* L.) é cultivada há mais de 5.000 anos, sendo utilizada para inúmeros propósitos (ABANDISKY, *op. cit.*, p. 43). A cocaína era usada pelos Incas e outros povos também há pelo menos 5.000 anos (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 40). Uma curiosidade é que até 1903 a fórmula original da Coca-Cola continha cocaína (LEVINTHAL, *op. cit.*, p. 40; *Vide* INCIARDI, *op. cit.*, p. 21). E o Papa Leão XIII usava com freqüência o vinho de

coca, conhecido vinho Mariani, “como uma fonte de conforto em seus vários anos de retiro ascético” (INCIARDI, *op. cit.*, p. 21).

Gilberto Velho (1997, p. 62) observa que a busca por estados alterados de consciência (a chamada área psi) com ou sem drogas é uma constante em todas as culturas.

A popularização do uso recreacional do ópio se deu nos séculos XVIII e XIX entre os intelectuais. Inicialmente a morfina foi vista pelos médicos como opiáceo sem efeitos colaterais negativos e era comercializada sem prescrição médica na segunda metade do século XVIII. A partir de 1870 era mais barato comprar morfina do que álcool (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 24-25).

O consumo de drogas como fenômeno de massas, no entanto, tornar-se-á uma característica do século XX, com diversas causas e conseqüências. Uma destas conseqüências, segundo Gilberto Velho (1997, p. 68) é que há uma perda do controle antes exercido pela tradição. O mercado é que dita as regras.

1.2 Da Guerra do Ópio no Século XIX a década de 1970 nos Estados Unidos

A proibição ao comércio de drogas remonta ao final do século XIX e início do século XX. A raça, a religião e a etnicidade estão intimamente relacionadas ao movimento proibicionista nos Estados Unidos. Assim, o álcool estava associado aos irlandeses, o ópio aos chineses, a cocaína aos afro-americanos e a maconha aos mexicanos (ABANDISKY, *op. cit.*, p. 43). Relata Abadinsky (*op. cit.*, p. 20) que a partir de um panfleto do Dr. Benjamim Rush em 1785, um dos signatários da Declaração de Independência, surgiu o movimento da temperança que passou a pleitear a proibição do álcool. A oposição norte-americana contra o álcool e outras drogas psicoativas estava imbricada com um certo nativismo, representando uma reação velada a minorias. Foi assim que o movimento pela temperança coincidiu com o sentimento anti-imigrante, cujo ápice ocorreu por volta de 1840-1855 nos Estados Unidos, tendo sido criado o Partido Americano Nativo (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 20). Por volta de 1910 a Liga Anti-Salão, decorrente do movimento pela temperança, tornou-se um dos grupos de pressão política mais influentes na história americana. Com isso foram mobilizadas

as igrejas protestantes em prol de uma campanha pela proibição do álcool e narcóticos. E como muitos imigrantes alemães eram empresários de cervejarias ou destilarias, a primeira Guerra Mundial reforçou o sentimento anti-germânico que encontrou no proibicionismo um excelente pretexto (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 21). O setor de grandes negócios seduzido pela ideia da eficiência empresarial no que diz respeito à produtividade e redução de acidentes também deu suporte à ideia de proibição do álcool. Em 1920, logo após a Emenda Constitucional 18, o Congresso norte-americano aprovou o *National Prohibition Act* que definia como intoxicante qualquer bebida que contivesse teor de álcool acima de 0,5 %. Data dessa época a criação do Comitê da Proibição, protótipo da atual *Drug Enforcement Administration*. Referido Comitê, além de inepto e corrupto, “representava uma ameaça pública”, afirma ABANDISKY (*op. cit.*, p. 22), pois em 1930 cerca de 86 agentes e 200 civis inocentes, a maior parte mulheres e crianças, foram mortos. Muitos dos agentes deixavam o serviço público, de combate ao comércio ilegal de álcool, para atuarem a soldo dos contrabandistas/traficantes de bebidas alcóolicas.

Packer (*apud* ABADINSKY, *op. cit.*, p. 22) afirma que a resposta de um largo segmento da população americana também demonstrou ser problemática. A resistência a nova norma pode ser fatal. E no caso do álcool foi exatamente isso que ocorreu. Além disso, o desrespeito a uma lei específica pode descambar para um “contágio negativo”, no desrespeito às leis em geral. Com efeito, durante a proibição ao álcool anota Sinclair (1962, p. 292; *apud* ABADINSKY, *op. cit.*, p. 23) a ilegalidade triunfou em Chicago: roubos a bancos à plena luz do dia e toda sorte de assaltos. Outra evidência do contágio negativo: de 1920 a 1933 a taxa de homicídios nos Estados Unidos subiu de 6,8 para 9,7/100.000 habitantes, ao passo que após cessada a proibição ao álcool a taxa passou a declinar. Ainda segundo Abandisky (*op. cit.*, p. 23) outro efeito nefasto da proibição ao álcool na década de 1920 foi que ela funcionou como uma força catalisadora do crime organizado, antes localizado e mais centrado na corrupção política, de modo que após a abolição da proibição ao álcool, o “vazio crítico” deixado nos negócios das gangues contrabandistas de álcool fez com que eles se voltassem para o comércio de drogas.

Em relação ao ópio – embora não seja tão expressivo para o contexto

brasileiro, o resgate histórico é importante para lançar luz na compreensão dos impactos gerados pela proibição às drogas – afirma Abadinsky (*op. cit.*, p. 27) que essa droga foi proibida na China em 1729. Assim como o tabaco, o ópio era considerado artigo de comércio pernicioso para as autoridades chinesas. Entretanto, a corrupção endêmica dos agentes públicos chineses, acabou fazendo o fracasso da proibição. Na Índia, ao deixar Calcutá, sob a responsabilidade da Honorável Companhia das Índias Orientais (da Coroa Britânica) o ópio embarcado em navios era um artigo legítimo de comércio que se transformava em contrabando tão logo chegava à costa da China. Para lavar as mãos pela ilegalidade do contrabando, os ingleses da Companhia das Índias Orientais repassavam a carga para mercadores independentes (ingleses ou persas). E com tal lucrativo contrabando a Inglaterra resolvia um problema da balança de pagamentos: adquiria a prata necessária para pagar a conta do chá importado da China (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 28).

Ocorre que em 1839 o governo chinês confiscou e destruiu todo ópio de navios estrangeiros ancorados no porto de Cantão. Inconformados os mercadores britânicos peticionaram à Coroa Britânica pedindo uma compensação e retribuição pelo prejuízo. Em vez de indenizar os mercadores a Inglaterra preferiu fazer guerra à China, diante do fragilizado exército chinês, impondo a esta uma rendição em 1840, invertendo-se a partir daí – da Primeira Guerra do Ópio que se convenciou chamar – a balança de pagamentos: o débito da China com a importação do ópio passou a 2 milhões de libras esterlinas em meados de 1840 (ABANDISKY, *op. cit.*, p. 28). Ainda no fim desta primeira guerra do ópio a China foi aberta aos esforços missionários de católicos e protestantes que queriam salvar as almas e, de quebra, pretenderam curar os viciados em ópio com um agente desintoxicador: a morfina. É o que referem Latimer e Goldberg (1981, *apud* ABADINSKY, *op. cit.*, p. 29).

Em 1856 novamente a balança de pagamentos estava favorável à China. O governo britânico, novamente valendo-se da força armada, numa segunda guerra do Ópio, forçou a China a fazer novas concessões, incluindo a legalização do ópio que perdurou até 1946 na colônia de Hong Kong. O ópio, diz Abadinsky (*op. cit.*, p. 29) serviu até mesmo para financiar parte do custo de ocupação da China pela armada japonesa na Segunda Guerra Mundial, tendo os japoneses traficado grandes

quantidades de heroína antes do ataque a Pearl Harbor.

A partir de 1870 o monopólio do ópio britânico (de origem indiana) passou a enfrentar a concorrência do ópio importado da Pérsia e do ópio cultivado na China, uma vez que a partir de 1856 houvera a legalização da droga. A Inglaterra tentou estrangular a concorrência aumentando a oferta do produto. Com o declínio do preço da droga e com a imigração chinesa para os Estados Unidos o ópio adentrou aquele país em quantidade superior à demanda da população chinesa imigrante (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 29). Outro fator que contribuiu para a elevação do consumo de morfina nos Estados Unidos foi a Guerra Civil, durante a qual a droga era utilizada de forma indiscriminada no tratamento de soldados feridos (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 26).

Em 1875 diante de uma depressão econômica na Califórnia, a cidade de San Francisco adotou a primeira legislação proibicionista de drogas (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 29). Interessante observar que essa primeira legislação antidrogas não estava fundamentada em razões de ordem pública. Acreditava-se na realidade que o ópio estimulava os trabalhadores não especializados a aceitarem tarefas braçais mais pesadas e por menores salários do que os trabalhadores brancos norte-americanos não-usuários da droga, o que levou a um achatamento da massa salarial. Não por acaso, os chineses, cuja imigração foi inicialmente estimulada para construção de ferrovias, foram tachados de “demônios amarelos” porque faziam reduzir os salários e furavam as greves. Em 1882, foi aprovado o Chinese Exclusion Act banindo a entrada de chineses nos Estados Unidos, proibição que perdurou até 1943 (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 30). Já em 1887 os indivíduos chineses eram impedidos de importar ópio nos Estados Unidos, mas os americanos tinham liberdade de importar e vender a substância para americanos e chineses, conforme reconhece documento oficial do governo americano, através da Comissão sobre Crime Organizado da Presidência (PCOC, 1986, *apud* ABADINSKY, *op. cit.*, p. 30). A partir da década de 1870 o ópio passou a ser droga de brancos e chineses nos Estados Unidos, alcançando até mesmo a elite.

De acordo com Brecher (1972, p. 6-7, *apud* ABADINSKY, *op. cit.*, p. 31) durante o século XIX enquanto foi permitido o comércio e uso de ópio, evitou-se um dos “mais desastrosos efeitos das atuais leis de narcóticos”: o surgimento de uma

subcultura adicta desviante, destacada da sociedade respeitável e sem uma estrada de volta à respeitabilidade.

De acordo com o Professor Oswaldo Coggiola (2006), o excessivo consumo de ópio pelos ingleses levou a Inglaterra a promover, em 1909, uma conferência internacional, em Shangai, com a participação de treze países (a *Opium Commission*). E como vimos a partir das observações de Abadinsky (*op. cit.*, p. 29) acerca das duas guerras do ópio, a lucratividade (inglesa) do negócio, praticamente monopolizado pela Inglaterra, despencou a partir de 1870 quando a concorrência ficou acirrada. O resultado foi a Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia em 1912, visando ao controle da produção de drogas narcóticas, convenção a qual o Brasil comprometeu-se, mas, na prática, até 1921 tolerara “os vícios elegantes” dos boêmios ricos, quando sobreveio a primeira lei proibicionista de ópio, morfina, heroína e cocaína (RODRIGUES, 2002, p. 103). A conferência de 1912, assim como a de 1909, foi liderada pelos Estados Unidos, tendo a frente o Reverendo Charles Brent, do Comitê de Reforma Internacional, o qual reunia mais de trintas organizações missionárias do Extremo Oriente. Na conferência de 1912 ficou acordado que os países signatários adotariam medidas legislativas para suprimir o abuso de ópio, morfina, cocaína e outras drogas derivadas daquelas (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 33). Em 1914, os EUA adotaram o *Harrison Narcotic Act*, proibindo o uso da cocaína e heroína fora de controle médico. De acordo com Abadinsky (*op. cit.*, p. 33) o Sul dos Estados Unidos e a indústria farmacêutica eram contra a proibição do ópio. Para convencer os sulistas do acerto da proibição às drogas o movimento da temperança passou a alardear que o abuso de cocaína pelos afro-americanos era a causa da violência nesse segmento da população outrora escravizada. Dizia-se que a cocaína tornava os afro-americanos incontroláveis (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 33). Entretanto, apesar da discussão na época da promulgação do *Harrison Act* não existiam evidências de uso substancial de cocaína pelos negros em cidades do norte. Em 1922 o Congresso definiu a cocaína como um narcótico e proibiu a maior parte das importações de cocaína e da folha de coca. Em consequência, o preço da cocaína subiu (ABADINSKY, *op. cit.*, 41).

Andrew Somers (2009) afirma que em 1906, foi baixado o Decreto de Drogas e Alimentos (Food and Drugs Act) que incluía substâncias recreativas, mas não

estabelecia proibições. Apenas estabelecia padrões de pureza para os produtos, exigindo que fossem rotulados corretamente. Entre 1905 e 1917 diversos estados americanos baniram o álcool e outras drogas. Em relação ao Decreto Harrison de Controle de Narcóticos (*Harrison Narcotics Control Act*), afirma Somers que, embora não estabelecesse a proibição, pois objetivava apenas regular a venda de determinados narcóticos (ópio, heroína e cocaína), tal legislação instituiu taxas extremamente elevadas sobre a venda destas substâncias a ponto de torná-las, na essência, proibicionárias. Foram lançadas então as sementes da moderna guerra contra as drogas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos provocada a interpretar o *Harrison Act* decidiu em 1919, no caso *Webb v. United States*, que uma prescrição de morfina a um usuário habitual que não estava sob os cuidados do médico, destinada a manter o hábito e não para fins terapêuticos, violava o *Harrison Act*. E em 1922 no caso *United States v. Behrman*, a Corte entendeu que mesmo estando sob os cuidados do médico a prescrição de elevadas doses de drogas prescritas para auto-administração violava a lei (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 35). Em 1923 foi aprovada uma nova lei, desta vez destinada a restringir a importação de ópio para a manufatura de heroína. Até mesmo a Associação Americana de Medicina deu apoio para aprovação da nova lei sob o argumento errôneo, diz Musto (1973, *apud* ABADINSKY, *op. cit.*, p. 38), de que a heroína além de desnecessária à prática da medicina era também indutora da criminalidade.

Quanto à maconha, diz Andrew Somers (*op. cit.*), até 1937 era uma droga legal e amplamente usada na farmacopéia americana. Neste ano, no entanto, foi criada uma taxa sobre a maconha, com intenção proibicionista, ao que parece. De acordo com Whitebread (1970, p. 1054, *apud* ABADINSKY, *op. cit.*, p. 45) a aprovação do Marijuana Tax Act de 1937 que impôs uma elevada taxa para comercialização da maconha caracteriza-se como “um estudo de caso de descuido legislativo”, uma vez que o comissário Anslinger foi hábil em orquestrar uma apresentação histórica e não-documentada (sem dados fáticos) perante o Congresso acerca dos perigos da maconha, colocando-a como uma droga que degrada suas vítimas mentalmente, moralmente e fisicamente. Para Levinthal (*op. cit.*, 45) o primeiro comissário do recém-

criado Comitê Federal de Narcóticos (Federal Bureau for Narcotics), no caso Harry J. Anslinger, viu na questão da maconha (marijuana) um meio de ganhar prestígio nacional e reforçar o poder do FBN. Em 1951 as penalidades por porte e tráfico de maconha foram substancialmente elevadas com a aprovação do Boggs Act, incluindo outras substâncias controladas (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 45). Em 1956 foi aprovado o Narcotics Control Act elevando ainda mais as penalidades e fortalecendo o poder do FBN. A base de tal legislação era a crença de que leis restritivas com elevadas penas seriam capazes de eliminar a demanda futura por drogas (LEVINTHAL, *op. cit.*, p. 45). A revista *Life* de 31 de outubro de 1969 noticiou que um estudante do estado da Virgínia, preso com 3 libras de maconha foi condenado a 20 anos de prisão (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 46).

De 1930 a 1960, em parte devido a disponibilidade de anfetaminas, houve uma demanda limitada de cocaína. Nessa época a cocaína foi associada a elementos desviantes da sociedade, entre os quais músicos de jazz. Já a partir da década de 1970 o uso recreacional de drogas tornou-se mais liberal e a cocaína passou a ser associada com uma elite privilegiada, aquecendo o mercado da droga (ABADINSKY, *op. cit.*, p. 42).

A partir da década de 1960 a maconha e o LSD passaram a ser drogas associadas a filhos e filhas de famílias brancas de classe média nos Estados Unidos, integrantes da chamada geração *hippie*. Além disso, os soldados sobreviventes que retornaram do Vietnã faziam uso abusivo de heroína, num percentual estimado em 15% da tropa (LEVINTHAL, *op. cit.*, p. 45-46). Foi nesse cenário que o Presidente Nixon, eleito em 1968, declarou uma “guerra total às drogas”, tendo persuadido o Congresso a consolidar a legislação de drogas com o Controlled Substance Act de 1970. A propósito da expressão “guerra às drogas” Kleiman (1992) esclarece que o termo “guerra” é uma metáfora inadequada, uma pobre metáfora para uma política social, pois a guerra tem um começo, um fim, um oponente e uma máxima: “não existe substituto para a vitória”. Entretanto, é possível empreender-se uma guerra contra parte da população, de modo que as metáforas militares como batalha, baixas, vitórias, derrotas, avanços, recuos e rendição acabam sendo adequadas. E podemos imaginar uma guerra real contra as drogas: uma guerra de extirpação voltada contra usuários e traficantes (KLEIMAN,

1992). Portanto, é aconselhável, diz Kleiman abandonarmos as metáforas militares. De acordo com referido autor, a metáfora de problema e solução também não é boa para discutir a questão, pois defrontamo-nos com um problema sem solução, tanto no que refere ao abuso de drogas quanto à tentativa de controlar o uso.

Metáfora à parte, o fato é que para impulsionar a logística da guerra às drogas foi criada ainda no governo Nixon a Drug Enforcement Agency (DEA).

Gerald Ford foi mais tolerante com o uso de drogas, embora entendendo o papel do governo como o de atuar para conter o problema do abuso de drogas. E Carter, eleito em 1976, defendeu a descriminalização de posse pequenas quantidades de maconha. Assim, em 1978, 11 estados da federação estadunidense descriminalizaram a posse de pequenas quantidades de maconha, de modo que há relatos de que em 1979 cerca de 53% dos estudantes universitários haviam experimentado ao menos uma droga ilícita nos últimos doze meses (LEVINHAL, *op. cit.*, p. 48).

1.3 A Globalização da proibição às drogas no Século XX

A maior parte da legislação de drogas decorre das iniciativas norte-americanas tanto nas Conferências da Liga das Nações quanto nas Convenções de Genebra (Mike Jay, 2002).

Segundo Jay Sinha (2001, p. 14) em 1931 a Liga das Nações promoveu uma conferência que resultou numa Convenção – Convenção para Limitar a Manufatura e Regular a Distribuição de Drogas Narcóticas –, uma vez que a Convenção de Genebra de 1925 não fora suficiente para controlar a produção de cocaína, heroína e morfina, bem como a sua distribuição. Ao mesmo tempo que os estados singnatários comprometeram-se a criar uma agência nacional de drogas, seguindo o modelo norte-americano, não assumiram quaisquer responsabilidades pelas colônias (SINHA, *op. cit.*, p. 15). Em 1936 foi aprovada outra Convenção, com objetivo de suprimir o tráfico ilícito de drogas perigosas – Convenção do Tráfico. O Comissário Anslinger, czar da luta contra as drogas nos Estados Unidos por mais de 30 anos, tentou nesta Convenção aprovar uma criminalização ampla de todas as atividades relacionadas às drogas, mas

acabou vencido. Os países signatários comprometeram-se a reformar a legislação penal estabelecendo severas penalidades, de preferência com a privação de liberdade, para os atos relativos ao tráfico de drogas (SINHA, *op. cit.*, p. 15). Esta Convenção que acabou sem a adesão dos Estados Unidos, por considerá-la fraca demais no combate às drogas – representa uma virada no plano internacional acerca da matéria, uma vez que o tráfico de drogas passou a ser considerado um “crime internacional sujeito a sanções penais” (SINHA, *op.cit.*, p. 15-16). No final da década de 1930 o Opium Advisory Committee da Liga das Nações passou a questionar a ênfase dada ao regime internacional de controle de drogas através da proibição e criminalização. Alguns países, diz Sinha (2001, p. 16) propuseram abordagens mais focadas na saúde pública, envolvendo tratamento psicológico e programas educacionais. Mas, o Comissário Anslinger (EUA) com apoio do Canadá conseguiu manter o foco na proibição e controle global da oferta.

Em 1948, já sob a recém-criada Organização das Nações Unidas - ONU - foi assinado um Protocolo internacional em Paris, conferindo à Organização Mundial de Saúde – OMS - autoridade para decidir como classificar as drogas “capazes de produzir adição” ou drogas capazes de serem convertidas em produto com potencial aditivo (SINHA, *op. cit.*, p. 17). Em 1953 um novo protocolo – Protocolo do Ópio – tornou mais severo o controle internacional de drogas, embora não tenha agradado suficientemente ao Comissário Anslinger. Neste Protocolo ficou decidido que o uso de opiáceos deveria ficar restrito a necessidades médicas e científicas (SINHA, *op. cit.*, p. 18).

A Convenção Única de 1961 da ONU ampliou o alcance das medidas proibicionistas, além de burocratizar a estrutura regulatória internacional das drogas ilícitas. De acordo com MacAlister (*apud* SINHA, *op. cit.*, p. 19-20) nas negociações que deram origem à Convenção de 1961 o grupo de países produtores de drogas sintéticas (EUA, Inglaterra, Canadá, Suécia, Holanda, Alemanha e Japão) combatiam as drogas orgânicas (*Canabis sativa*, por exemplo) propondo um forte controle supranacional ao mesmo tempo em que tentavam manter o máximo de liberdade na produção de drogas sintéticas. O grupo dos estados orgânicos (parte da América do Sul, parte da Ásia e da África) defendiam um controle mais fraco e propugnavam por uma ajuda compensatória em face das perdas causadas pelo controle da produção de drogas. O Brasil, segundo

MacAlister (*apud* SINHA, *op. cit.*, p. 20) faria parte na época da Convenção do grupo de países não produtores de drogas orgânicos e não industrializadores de drogas sintéticas, sem nenhum impacto econômico direto no comércio de drogas, juntamente com a China, França, Suíça e China Nacionalista.

A partir da Convenção Única de 1961 instaura-se o “modelo genocida de segurança pública devido à obrigatoriedade de criação de sistemas de *guerras internas*” (CARVALHO, *op. cit.*, p. 15). Edward Macrae (1997, p. 330) afirma que esta convenção adota uma postura preconceituosa e unidimensional que não leva em conta os controles informais da sociedade em relação ao uso e abuso de drogas.

Nesta Convenção de 1961 o Comissário Anslinger acabou em conflito com o próprio Departamento de Estado dos EUA, uma vez que oficialmente este país considerou satisfatória a aprovação de controles – bem mais leves do que em relação aos opiáceos - sobre a produção de coca e *Cannabis*. Era o tempo da Guerra Fria e os Estados Unidos não poderiam dar a impressão de fraqueza diante da União Soviética, que liderava o grupo de países que defendiam o mínimo de controle internacional (SINHA, *op. cit.*, p. 21).

Os signatários da Convenção de 1961 comprometeram-se a incrementar a legislação criminal doméstica, observadas as limitações constitucionais, no sentido de adotarem tipos penais distintos, de preferência puníveis com privação de liberdade em relação às atividades de cultivo, produção, manufatura, extração, preparação, posse, oferta, venda, distribuição, compra, entrega, transporte, importação e exportação. Além disso, recomendava-se a garantia de extradição (SINHA, *op. cit.*, p. 21-22). O art. 49 da Convenção exigiu dos signatários o compromisso de abolir completamente, num prazo de 25 anos a partir da entrada em vigor da Convenção, “todo uso quase-médico de ópio, o fumo de ópio, o hábito de mascar folhas de coca e o uso não-medicinal de *Cannabis*” (SINHA, *op. cit.*, p. 22). O prazo final da Convenção para abolir o uso e abuso de tais substâncias era 1989. A redução de danos e tratamento de viciados ficou em segundo plano, conforme o art. 38 da Convenção, sendo recomendável apenas em casos de problemas sérios de adição e conforme os recursos econômicos do Estado signatário (SINHA, *op. cit.*, p. 23).

Em 1965, sob a presidência de Johnson, foram aprovadas as emendas de Controle de Abuso de Drogas e criada a Agência de Controle de Abuso de Drogas. E, a partir dessa data, surpreendentemente a taxa nacional de homicídios cresceu bruscamente, tanto quanto o uso de drogas entre adolescentes de 12 a 17 anos.

Em 1971 foi celebrada em Viena a Convenção de Psicotrópicos, ante a preocupação em controlar o uso indiscriminado de novas drogas inventadas após a Segunda Guerra Mundial (SINHA, *op. cit.*, p. 24-25). Esta última Convenção estabeleceu controles significativamente mais fracos. Leve-se em conta que a indústria farmacêutica estava implantada nos países desenvolvidos que defenderam uma posição mais nacionalista, de controle interno em vez de amplo controle internacional, diferentemente do que pleitearam na Convenção de 1961. Ainda, de acordo com MacAlister (2000, p. 232; *apud* SINHA, *op. cit.*, p. 24) um grupo de seis países pequenos da América Latina foi representado na Conferência por um suíço que trabalhava para o grupo Hoffmann-LaRoche, que não era diplomata e mal falava espanhol.

Enquanto a Convenção de 1961 mencionava em seu preâmbulo a adição a drogas narcóticas como “um sério mal para o indivíduo” com perigo econômico e social para a humanidade, a Convenção de Psicotrópicos limitou-se a um alerta geral sobre saúde pública concernente ao abuso de certas substâncias (SINHA, *op. cit.*, p. 25-26). Sabemos o quanto a retórica é reveladora. Serve também para encobrir interesses.

A delegação norte-americana na Convenção de Psicotrópicos de 1971 insistiu com sucesso para que a matéria-prima orgânica fosse submetida a um rígido controle, ao passo que os derivados manufaturados deveriam ter um controle mais flexível (SINHA, *op. cit.*, p. 26). Além disso, os derivados das substâncias psicotrópicas controladas estão “completamente excluídas”, diferentemente da Convenção de 1961 (SINHA, *op. cit.*, p. 27) e das convenções anteriores. Registre-se, no entanto, que na década de 1980 essas omissões foram em parte corrigidas.

Um avanço na Convenção de Psicotrópicos foi a introdução de medidas descarceiradoras no art. 28, permitindo aos estados signatários a adoção de medidas

socialmente reintegradoras, política de redução de danos através da educação e tratamento (SINHA, *op. cit.*, p. 29).

Ainda na década de 1970 a guerra às drogas declarada por Nixon teve um impacto global, fomentando inclusive a criação de um Fundo das Nações Unidas para Controle do Abuso de Drogas em 1971, cujas estratégias acabaram sendo muito mais o endurecimento da lei e a substituição de culturas nos países produtores de drogas orgânicas. Além disso, boa parte do dinheiro alocado para o Fundo acabou sendo usado na montagem da própria estrutura burocrática responsável pela administração do programa de controle do abuso de drogas (SINHA, *op. cit.*, p. 30-31).

Em 1980, nos Estados Unidos uma nova onda conservadora tomou de conta do clima político, ao mesmo tempo em que a cocaína adquiriu uma aura de glamour tornando-se símbolo do sucesso, até porque era bem cara (LEVINTHAL, *op. cit.*, p. 48). Vale inclusive registrar que Eric Clapton tem uma música glamourizando a cocaína: “Cocain”, cujo refrão diz: “she don’t lie, she don’t lie, she don’t lie; cocaine.”

Ao mesmo tempo, afirma Luiz Sergio Modesto (1997, *op. cit.*, p. 100) operações clandestinas contra a Revolução Sandinista da Nicarágua (1984-86) eram financiadas pelo cartel de Pablo Escobar. Segundo Modesto essa informação consta do *Atlas mondial des drogues* do Observatoire Geopolitique des Drogues (1996). Confirma Escohotado (1997, *op. cit.*, p. 43-44) que é fato provado o envolvimento da Central de Inteligência Americana – CIA - no controle de parte considerável da cocaína americana e da heroína do Sudeste asiático, por motivos aparentemente ligados a maior fluidez na venda de seu armamento e na facilidade de pagamento da conta mundial da “contra-insurgência”. Não esqueçamos da guerra fria e a contra-insurgência era a estratégia para enfrentar o perigo do comunismo. Ironicamente, durante os 8 anos do governo Reagan houve uma saturação do mercado de cocaína, cujo preço acabou 5 vezes mais barato do que na época dos governos Carter e Ford (ESCOHOTADO, *op. cit.*, p. 42).

Segundo Coggiola (*op. cit.*), “o tráfico internacional de drogas cresceu espetacularmente durante os anos 80, até atingir, atualmente, uma cifra anual superior a US\$ 500 bilhões. Esta cifra supera os proventos do comércio internacional de petróleo; o narcotráfico é o segundo item do comércio mundial, só sendo superado pelo tráfico de armamento”. Entre 1992 e 2002 o mercado de drogas ilícitas duplicou,

corroborar Moisés Naim (2005). Com a nova explosão de consumo - afirma Coggiola, referência idêntica em Rodrigues (*op. cit.*, p. 105) - uma nova mudança se opera, e, em abril de 1986, o presidente Reagan assina uma Diretiva de Segurança Nacional, definindo o narcotráfico como "ameaça para a segurança nacional", autorizando as forças armadas dos EUA a participarem da "guerra contra as drogas". Em 1989, o presidente Bush, numa nova diretiva, ampliou a anterior, com "novas regras de participação" que autorizavam as forças especiais a "acompanhar as forças locais de países hospedeiros no patrulhamento antinarcóticos". No mesmo ano, cursos "para combater guerrilheiros e narcotraficantes" tiveram início na Escola das Américas de Fort Benning, antigamente sediada no Panamá, vestibular de todos os ditadores latino-americanos."

Denunciam Peter Dale Scott e Marshal (1991, p. 15) que o tráfico de drogas deve ser visualizado como uma relação triangular, estando no ápice os governos cujas agências (e agentes) civis e militares recorrentemente dão proteção de fato aos chefes da droga. E nos Estados Unidos em especial, mais do que em qualquer outra parte, essa relação triangular "têm criado janelas de oportunidade para importação de narcóticos por toneladas".

León Valencia (2005, p. 130) afirma que no final dos anos 1980 a Colômbia tornou-se caso único no mundo: a sociedade amedrontada pelos narcotraficantes, milhões de pessoas comprometidas e milhares de pessoas mortas, incluindo quatro candidatos a presidente. E tudo começou no início da década de 70, com o plantio de maconha. A característica mais especial do caso colombiano, segundo Valencia, não está na confluência entre produção nacional e demanda mundial de entorpecentes, mas na desinstitucionalização do país: a violência dos grupos armados, o clientelismo, a cultura do jeito, a corrupção, fenômenos que logo se juntaram. A estigmatização e a proibição, diz Valencia (*op. cit.*, p. 134), geram as conseqüências mais variadas: 1) a perseguição e a marginalização da sociedade, afetando milhares de pessoas; 2) o encarecimento do negócio da droga e a alta rentabilidade que gera para alguns dos seus agentes; 3) gestação de formas ilegais e armadas de proteção; 4) corrupção estatal, institucional e até mesmo na vida privada.

A popularização do crack, surgida nos EUA por volta de 1985, refere

Levinthal (*op. cit.*, p. 48), como nova forma de cocaína, alterou dramaticamente o mercado das drogas, abrangendo um público usuário e traficante bem mais jovem do que o mercado da heroína. O consumo do *crack* foi considerado o vilão e o único responsável pela degradação das condições de vida das populações suburbanas das principais metrópoles americanas. Na realidade a histeria feita pela mídia e pelos agentes públicos não leva em conta que o uso de crack está centralizado justamente nas populações onde o abuso de drogas tem sido sempre endêmica (ABANDISKY, *op. cit.*, p. 42).

Em 1987 foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Tráfico Ilícito e Abuso de Drogas, a qual resultou, em dezembro de 1988, na Convenção do Tráfico, celebrada em Viena, com a participação de 106 países. De acordo com Jay Sinha (*op. cit.*, p. 33) a Convenção de Tráfico constitui um instrumento de direito criminal internacional, objetivando unificar a legislação nacional dos países signatários. As partes signatárias comprometeram-se a criar e implementar leis penais bem específicas para suprimir o tráfico ilícito, incluindo lavagem de dinheiro, confisco de bens e valores, extradição, assistência legal mútua, cultivo ilícito, comércio de produtos químicos, materiais e equipamentos usados na produção de substâncias controladas. Em relação a demanda (usuários) a Convenção permitiu a adoção de medidas alternativas à punição convencional, mas a ênfase proibicionista manteve os usuários como criminosos (SINHA, *op. cit.*, p. 34). Nesse ponto as Partes signatárias comprometeram-se no art. 3 a tipificar o crime de posse intencional, compra ou cultivo de drogas para consumo pessoal (SINHA, *op. cit.*, p. 35). Diversos Estados como Alemanha, Dinamarca, Holanda e Bélgica acabam permitindo a posse “de fato” de drogas leves, especialmente maconha, sem qualquer punição, o que contraria o espírito da Convenção (SINHA, *op. cit.*, p. 35).

No preâmbulo da Convenção de 1988 o tráfico ilícito de drogas e atividades criminosas relacionadas é apontado como causa desestabilizadora, a ameaçar a segurança e soberania dos Estados. (SINHA, *op. cit.*, p. 35).

A Convenção de 1988 é a primeira a exigir expressamente respeito aos “direitos humanos fundamentais” na erradicação de cultivos ilícitos de plantas contendo substâncias narcóticas ou psicotrópicas (SINHA, *op. cit.*, p. 36). Permite-se ainda

respeitar as tradições locais.

Na atualidade a distinção entre países produtores de drogas e países consumidores já não se amolda perfeitamente à realidade, isso porque o consumo de drogas cresce tanto nos países produtores de coca, quanto na Alemanha onde se produz Ecstasy (MAREI JOHN, *In* LESSMANN, 2000, p. 6). Com efeito, afirma Lessman (*op. cit.*, p. 11) que o Paquistão tem cerca de 2 milhões de usuários de heroína, ao mesmo tempo que as drogas sintéticas como Ecstasy estão em cidades como Nova York, Tóquio, Berlin, Bang Kok, Rio; e o mercado de cocaína na Alemanha continua crescente.

Moisés Naim (2005) aponta que houve expansão na chamada lavagem de dinheiro, na imigração clandestina, na pirataria cujo comércio chega a movimentar de 400 a 600 U\$ bilhões/ano. De modo que a economia ilícita é um negócio próspero e ascendente.

No caso das drogas, em particular, segundo Naim, a revolução tecnológica da década de 90 permitiu que traficantes regionais transformassem-se em traficantes globais. As empresas do crime expandiram-se como multinacionais e os governos são incapazes de contê-las. A estratégia atual das indústrias ilícitas como qualquer grande corporação industrial consiste em: 1) diversificar as atividades ilegais para reduzir os riscos; 2) politizarem-se, dispendendo vastas somas para obter a proteção de políticos e agentes governamentais; 3) legitimarem-se através do patrocínio de atividades de renome – o que hoje se denomina responsabilidade social -, auxiliando igrejas, times esportivos, apresentações artísticas, trabalhos sociais e, claro, mídia (no mais amplo sentido). Daí se vê que a linha que separa o lícito do ilícito é cada vez mais obscura. Um exemplo, diz Naim, é Vladimiro Montesinos que na década de 90 funcionava como alto agente do governo peruano, encarregado da segurança e, no entanto, colaborando intensamente com a Agência de Combate às Drogas dos EUA e com a CIA, tinha dupla personalidade como importante líder do tráfico de armas, drogas e lavagem de dinheiro.

Moisés Naim, no artigo já referido, também chama a atenção para o fato de que o lobby não está restrito às empresas lícitas que sofrem elevada regulamentação. Há também, com muito mais propriedade e pertinência o lobby das

indústrias ilícitas. Aliás, elas também são reguladas, pesadamente reguladas, mais que isso: são banidas. Razão pela qual o retorno do seu investimento no tráfico de influência e proteção governamental promete os mais elevados retornos. Quanto à filantropia, o legendário Pablo Escobar Gaviria, serve de exemplo: era o principal financiador – se é que ainda não o é – de clubes esportivos e outras atividades caritativas em Medellín.

Em obra mais recente Naím (2006, p. 70) afirma que a estratégia de pulverização das plantações de coca na Colômbia, financiada pelos Estados Unidos, recebeu uma “resposta apropriada”. Os traficantes desenvolveram modernas técnicas agrícolas: novas variedades de coca resistentes aos herbicidas, mais produtivas e com uma “cocaína muito mais pura e poderosa”.

O Século XXI, pode-se desde já fazer um prognóstico, será o século de um acerto de contas, de um balanço efetivo de todas as políticas antidrogas até aqui implementadas. Isso porque o orçamento gigantesco voltado quase exclusivamente para a repressão ao tráfico de drogas ilícitas já está sendo questionado. À evidência, aponta Lessmann (*op. cit.*, p. 13) que o orçamento norte-americano para o ano de 1988 destinado ao combate às drogas foi de U\$ 17 bilhões, contra U\$ 70 milhões do UNDCP, órgão da ONU encarregado de combate às drogas.

Em março de 2009 o Senado dos Estados Unidos, por iniciativa do Senador Jim Webb instalou uma comissão para estudar o sistema criminal, incluindo o encarceramento relacionado ao tráfico e uso de drogas. De acordo com o Senador¹ em três décadas a população encarcerada subiu cerca de 1.200%, estando em cerca de 500.000 prisioneiros em todo o país, incluindo traficantes e usuários. A população carcerária total é de cerca de 2,3 milhões de pessoas. Segundo Kleiman (1992) a repressão à droga pode tragar facilmente o sistema de justiça criminal em grandes cidades, além de estimular a transgressão da lei à medida que o usuário se acostuma com a ideia de que ele é um transgressor da lei e vive uma vida normal. Em Washington, D.C., os casos de furto, associados ao uso de drogas, representou mais da metade das condenações criminais de adultos entre 1986 e 1989. O sistema de repressão está falido: incapaz de cumprir suas obrigações para efetuar as punições

previstas no estatuto. A difusão do tráfico tanto piora aquela situação quanto é piorada por ela. Estima-se um crescimento anual dos gastos com repressão da ordem de 20 bilhões de dólares. O jornal *The Economist* (09/10/2007) noticiou que nos Estados Unidos, conforme relatório do grupo de advocacia *The Sentencing Project*, dos cerca de 1,9 milhões de pessoas presas nos Estados Unidos em 2006 (número três vezes acima do registrado em 1980) por porte de drogas ou conduta relacionada às drogas apenas 17,5% diziam respeito à venda e manufatura de drogas, sendo que 39% das prisões foram por conta da posse de maconha.

De acordo com Joep Oomen, Secretário do Conselho Europeu de organizações não-governamentais sobre Drogas e Desenvolvimento (LESSMANN, *op. cit.*, p. 35) a política de drogas é ignorante, ineficiente, inútil e, ainda por cima, contra-producente. O descontentamento europeu com as atuais diretrizes no enfrentamento às drogas, em especial na Alemanha, que podemos estudar em diversas dissertações e teses (*Vide* SEUBERT, 2005; WANG, 2003; KURZER, 2005) acabou resultando numa dissidência na última Conferência do Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC) em março de 2009. A declaração política sobre Drogas foi contestada por 26 Estados, a maior parte da Europa (FOLHA ONLINE, 2009²), que tentaram sem sucesso incluir no texto o conceito de “redução de danos”. A oposição à política de redução de danos, ao menos como declaração política, partiu da Rússia, Estados Unidos, Cuba e Colômbia. Para esses países a redução de danos legitima o consumo de drogas “e prejudicam a aplicação da lei e da moral pública” (FOLHA ONLINE, *op. cit.*). O Escritório da ONU contra Drogas e Crime continua recomendando que o usuário seja tratado como criminoso e doente simultaneamente. Além disso, o Diretor Executivo, Antonio Maria Costa afirmou com otimismo que o problema mundial das drogas está sendo contido, “mas não resolvido”³. Outra dissidência foi simbolizada na figura de Evo Morales, mascarando uma folha de coca para expressar que a cultura milenar dos Incas não pode continuar sendo responsabilizada pelo problema das

¹ Senator Jim Webb’s Floor Speech to Introduce “The National Criminal Justice Commission Act of 2009” March 26, 2009. Disponível em: <http://webb.senate.gov>. Acesso em: 25 abril 2009.

² ONU renova declaração antidrogas sob críticas de “utopia” e “conservadorismo”. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u533881.shtml>. Acesso em: 12 maio 2009.

³ UN drug tsar urges States to tackle crime and dependency together. Disponível em: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?News>. Acesso em: 10 abril 2009.

drogas e impedida de cultivar a coca. A propósito de Morales, Moisés Naím (2006, p. 80-81) relata que o ex-presidente da Bolívia Sanchez de Lozada confidenciou-lhe que “os narco-sindicalistas, os grupos terroristas e os cartéis” estavam por trás da queda de seu governo. Ironicamente no momento em que mais Lozada precisou da ajuda americana para aliviar a situação dos pobres bolivianos, o governo americano o deixara sozinho. Assim, sustenta Naím (*op. cit.*, p. 80) os traficantes, com a força econômica do mercado, usam do realismo político e, além de desafiar os governos, são capazes de derrubá-los.

Rodrigo Uprimny (1997, p. 151-152) teoriza que o narcotráfico é uma espécie de capitalismo mafioso com um processo de produção, diferentemente de formas parasitárias de acumulação como seqüestros e roubos. E como qualquer processo produtivo capitalista, a maior parte dos intercâmbios são realizados de maneira consensual. A ilegalidade, além de ser acompanhada de um nível bastante baixo de repressão efetiva, provoca uma distorção no mercado em face do risco que se projeta em lucros extraordinários. Quer gostemos ou não, diz Uprimny (*op. cit.*, p. 154) os narcotraficantes, do ponto de vista político, acabam logrando uma legitimação social. Essa afirmação do autor é confirmada pelo que ocorre no Rio de Janeiro, onde o tráfico influencia fortemente o processo eleitoral. Negar esse fato é fechar os olhos para a realidade.

1.4 Histórico da proibição e repressão às drogas no Brasil

Nilo Batista (*apud* PEDRINHA, 2008), Salo de Carvalho (2006, p. 5) e Amuy (2005, p. 20) apontam que as Ordenações Filipinas (Livro V, título LXXXIX) previa penas de confisco de bens e degredo para África em relação ao uso, porte e venda de algumas substâncias tidas como tóxicas, a saber, rosalgar, solimão, escamonéa e ópio.

No Brasil, a primeira lei proibicionista data de 1830, como refere Gilberto Freyre (1984, nota 73, p. 393), citando o africanista Manuel Querino. Nessa data, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro baixou uma lei aplicando penalidade pecuniária e detenção aos negros vadios que fossem pegos fumando maconha, também conhecida

como liamba ou macumba. Já na década de 30 do século passado, observa Freyre que a polícia pernambucana perseguia os fumadores de maconha.

Em 1890 o Código Penal dispôs expressamente sobre a proibição de algumas substâncias venenosas, proibição que reclamava norma complementar. Em 1914, adequando-se à Conferência Internacional do Ópio, o Brasil editou o Decreto 2.861; em 1915, o Decreto 11.481; em 1921 o Decreto 4.294, revogando o art. 159 do Código Penal de 1890. Em 1932, 1934 e 1938 também foram editados decretos sobre a matéria, consolidando a internacionalização do modelo sanitaria de controle das drogas, o qual operacionalizava-se com a prescrição feita por boticários e farmacêuticos, sem criminalizar os usuários, mas, em compensação, em caso de abuso poderiam ser internados compulsoriamente (PEDRINHA, *op. cit.*). O Código Penal de 1940 manteve a opção de não criminalizar o consumo de drogas. O modelo sanitaria faz parte de todo um contexto político em que a classe médica firmava-se institucionalmente e ideologicamente “pressupunha que alterando os contextos físicos e morais correntes na sociedade conseguiria impedir o surgimento de doenças” (PAULO CÉSAR DE CAMPOS MORAIS, 2005, p. 165). Havia um forte componente positivista, sem base experimental à saúde coletiva, mas que favorecia a centralização do poder e a governabilidade (MORAIS, *op. cit.*, p. 179).

Na década de 1960 o simbolismo das drogas psicodélicas a inspirar a contra-cultura reforçou uma reação mais belicista no ambiente da Guerra Fria no qual o Brasil alinhou-se aos Estados Unidos.

Em 1961, em decorrência da Convenção de 1961, a maconha e cocaína, para ficar apenas nestas duas, foram definitivamente colocadas no campo da ilicitude em todo território nacional.

A convenção de 1961 foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 54.216/1964, servindo de instrumento para justificar a atualização da legislação interna brasileira que resultou na lei de tóxicos (Lei 6386/1976), recentemente revogada, donde “o procedimento de ratificação de tratados, ato de incorporação de um acordo internacional ao ordenamento legal nacional, foi instrumento primordial utilizado para atualizar as disposições vigentes no País”, fornecendo ao Estado “maiores artifícios” para acionar os aparatos de coerção aos

traficantes, a exemplo das Convenções de Genebra de 1931 e 1936 que justificaram a adoção do Decreto-Lei 891/38 (RODRIGUES, *op. cit.*, p. 104.). Aliás, essa estratégia artificiosa de convencer o parlamento nacional às políticas repressivas é adotada pelos Estados Unidos, valendo-se não apenas de tratados internacionais, mas do fato de que, embora a aura intervencionista tenha esmorecido dentro dos Estados Unidos, os Estados latino-americanos “tomam como suas as linhas gerais da política repressiva de Washington, reproduzindo no local uma postura proibicionista que perde as feições norte-americanas para tornar-se continental” (RODRIGUES, *op. cit.*, p. 108). Assim, a utopia do Estado pluralista projetado no modelo europeu, segundo Rodrigues, assiste ao expurgo da diferença, do desvio, da alteridade.

No plano normativo constitucional vale registrar que as constituições de 1824 e 1891 moldadas segundo o ideário liberal, restrita à proteção das liberdades e demarcação dos poderes e organização do Estado, não contêm qualquer dispositivo que aponte para a repressão e criminalização do comércio de drogas.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 também não fazem qualquer referência à repressão ao comércio de drogas.

A Constituição de 1967 é a primeira a fazer referência à repressão, mas exclusivamente num tópico de organização administrativa, qual seja, das atribuições da polícia federal. *In verbis*:

“Art 8º - Compete à União:”

[...]

“VII - organizar e manter a policia federal com a finalidade de prover:

a) os serviços de política marítima, aérea e de fronteiras;

b) a repressão ao tráfico de entorpecentes;”

[...]

A Constituição de 1969 repete o dispositivo da anterior, sem qualquer modificação. Entretanto, esta referência expressa, ainda que sob os moldes de um regime político autoritário não eleva ao plano constitucional a repressão ao tráfico de drogas, pois limita-se a prescrever as atribuições da polícia federal, ficando a repressão a cargo da legislação infraconstitucional.

A Lei de Tóxicos 6.368/1976 vigorou por três décadas até a aprovação da atual Lei 11.343/2006. Antes da Lei 6.368/76 vigorou a Lei 5.726/1971 que igualava, na

prática, usuários de drogas ilícitas e traficantes no que refere às sanções criminais, tal qual o Decreto-Lei 385/68, ao prever pena de 1 a 6 anos para quem portasse substância entorpecente ou causadora de dependência psíquica para uso próprio (CARVALHO, *op. cit.*, p. 12). As críticas deram origem a decisões judiciais que abrandaram as sanções para viciados e usuários (AMUY, *op. cit.*, p. 22). Em 1973 a Câmara dos Deputados instalou uma CPI para investigar as causas do tráfico e uso de substâncias psicotrópicas, comissão esta que contou com assessoramento de diversos profissionais (policiais, magistrados, médicos, etc.). Não houve consenso quanto ao tratamento a ser dado ao usuário de drogas: se como crime ou como doença (AMUY, *op. cit.*, p. 44). O relatório da CPI define a dependência às drogas ou farmacodependência como “um estado de necessidade física e/ou psicológica, de uma ou mais drogas e que resulta do seu uso contínuo ou periódico” (AMUY, *op. cit.*, p. 47). A Lei 6.368/76 é decorrente dos debates travados na referida CPI.

Segundo Salo de Carvalho (*op. cit.*, p. 13, 15-16) a grande novidade da Lei 6.368/76 foi a configuração do estereótipo do narcotraficante-delinquente e consumidor-doente, de modo que o traficante torna-se inimigo interno político-criminal e como aponta Vera Malaguti Batista e Rosa del Olmo (*apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 16-17) é a partir daí também que mais incisivamente ocorre uma criminalização da juventude pobre. Em que pese a dogmática penal ter colocado no método tripartite de aplicação da pena de reclusão para o tráfico (3 a 15 anos) a forma de equacionar a culpabilidade e as conseqüências do delito, “a prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas”, à medida que não se diferenciava o tráfico no atacado do tráfico no varejo, este último a cargo da juventude pobre (CARVALHO, *op. cit.*, p. 21).

Analisando as correntes ideológicas de Defesa Social, de Segurança Nacional e de Lei e Ordem, Carvalho (*op. cit.*, p. 37-38) chega a conclusão que o modelo de combate às drogas configurado com a Lei 6.368/76 provoca uma “potencialização do bem e do mal”, a ponto de cindir a sociedade de forma irreal entre criminosos e não-criminosos, entre os bons de um lado e os maus de outro.

A Constituição de 1988 mantém a atribuição da polícia federal no combate ao tráfico de entorpecentes (art. 144, § 1º, inc. II). E eleva ao *status* de norma

constitucional a repressão ao comércio de drogas (art. 5º, inc. XLIII), fato que se torna de extrema relevância em qualquer política alternativa que se pretenda adotar acerca da questão, uma vez que o Estado, não pode desbordar do norte constitucional apontado a não ser por meio de reformas ou reinterpretações constitucionais que, diga-se de passagem, não sendo fáceis em temas mais amenos, com menos facilidade se mostra nesta matéria. No capítulo 4 faremos discussão aprofundada sobre a atual Constituição concernente ao mandado de criminalização da produção e comércio de drogas ilícitas. A norma criminalizadora do tráfico inserida na Constituição deve-se em grande parte à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas, adotada na Conferência de 19 de dezembro de 1988 e cujos debates foram anteriores à promulgação da atual Constituição. A Convenção de 1988 sugere que os Estados signatários adotem na medida do possível penas privativas de liberdade e confisco para as condutas de tráfico, lavagem de dinheiro e atividades de suporte ao tráfico (art. 3, 4.a); em relação ao usuário a Convenção de 1998 recomenda que se adotem medidas de tratamento, educação, reabilitação ou reintegração social (art. 3, 4.d), de forma cumulativa ou alternativa a penalidades de privação de liberdade.

Alessandra Teixeira (2006, p. 37-38), escorada em diversos autores, afirma que o conjunto de políticas repressivas conhecido como guerra às drogas é a política mais expressiva do encarceramento massivo. Emblemático nesse ponto é o Acordo de Cooperação Mútua para Redução da Demanda, Prevenção do Uso indevido e Combate à Prevenção e ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes, firmado entre o governo brasileiro e o governo norte-americano, assinado em 12 de abril de 1995 e renovado anualmente até 2001 pelo menos, segundo Alessandra Teixeira (*op. cit.*, p. 37-38), no qual constava expressamente a obrigação de comprovar estatisticamente o aumento de prisões e condenações relacionadas a entorpecentes para que a Polícia Federal receba recursos para compra de equipamentos e treinamento.

Karam (2006, p. 109-110) reportando-se ao ensinamento de Nils Christie afirma que o maior perigo da criminalidade é a repressão ao crime, à medida que o Estado mínimo neoliberal coexiste com um Estado máximo, vigilante e onipresente, em cujo cenário se constata a expansão da pena privativa de liberdade (p. 101) e no qual a

figura do inimigo se identifica com a do criminoso, terrorista ou dissidente (*op. cit.*, p. 98). Os crimes de perigo abstrato, no bojo de legislações autoritárias de exceção, cujo exemplo maior é a lei do abate (Lei 9.614/98)⁴ destinada essencialmente aos traficantes, ofendem ao princípio da lesividade.

Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 126) cita precedente⁵ do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, fundamentado em parecer do então procurador de Justiça Lênio Luiz Streck, no sentido da incompatibilidade de punição de condutas que abstratamente coloquem em risco a sociedade com o Estado Democrático de Direito. O autor referido, embora concordando com a decisão do TJRS para aquele caso concreto (de embriaguez ao volante) entende que, em se tratando de tráfico de drogas, o fundamento constitucional, expresso no art. 5º, inciso XLIII, da CF, implica em crime de “perigo presumido para a saúde pública, de forma absoluta” (*op. cit.*, p. 127). Justifica-se esse mesmo autor trazendo à baila o art. 273 do Código Penal⁶, o qual não observaria o princípio da proporcionalidade nem a proibição de excesso (p. 114), pois a conduta do art. 273 não traz em si perigo ínsito, ao passo que o tráfico de drogas tem conseqüências até mesmo estatais, como é o caso da Colômbia, diz Ilha da Silva (*op. cit.*, p. 112-113). Não obstante, reconhece o autor que a repressão penal por meio de crimes de perigo abstrato além de apresentar um déficit no enfrentamento ao tráfico de drogas, pode se mostrar injusta, desproporcional e mesmo insuficiente “em face do furor criminógeno” (p. 116). Mas, a única via capaz de ensejar alguma eficácia, segundo Ilha da Silva (2003, p. 116) seria a incriminação do tráfico, ou seja, a repressão, ainda que com as falhas lucidamente apontadas por ele.

As conseqüências estatais do tráfico apontadas por Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 112-113) decorrem muito mais da repressão e proibição ao tráfico de drogas do que do tráfico em si, conforme defende Leon Valencia (2005), alhures citado.

Corroborando a ineficácia da repressão ao tráfico de drogas ou, ao menos, o elevado custo social da política proibicionista a tornar injusta e ilegítima a

⁴ De acordo com Karam (2006, p. 101) com esta lei instituiu-se a pena de morte sem processo, bastando uma mera autorização do comandante da Aeronáutica.

⁵ Apelação Criminal nº 70001098631, j. 28/06/2000, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

⁶ “Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)” “Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)”.

norma, Adorno e Salla (2007, p. 7-30) relatam dados do Ministério da Justiça e do IBGE acerca da taxa de encarceramento por 100.000 habitantes, cujos números saltaram de 30 em 1969 para 214,8 em 2006, resultando em números absolutos em mais de quatrocentos mil pessoas presas, sendo que a partir de 1988 a taxa de encarceramento mais que dobra, justamente o período em que a repressão ao tráfico de drogas passou a ser mais severa com a entrada em vigor da Constituição Cidadã de 1988 que equipara o tráfico a crime hediondo. E aqui bem que calharia parafrasear o bandido Lúcio Flavio: cidadão é cidadão e traficante é traficante. E que estes apodreçam se forem garfados pelo sistema penitenciário.

Magnoli (2006, p. 265) reportando-se ao drama do Rio de Janeiro sustenta que as gangues do tráfico não passam do “elo fraco do narcotráfico internacional”, não obstante o mito do poder assustador que serve de álibi ao governo estadual – e dizemos nós, também o federal – para a ausência do Estado nas favelas que acabam consideradas como território inimigo. Acerca do episódio nacionalmente divulgado do roubo e posterior devolução de 10 fuzis do Exército, em março de 2006, Magnoli (*op. cit.*, p. 270) afirma que às negociações sigilosas entre o Estado oficial e o Estado paralelo só faltou as trocas de embaixadores.

Celso Athayde, MV Bill e Luiz Eduardo Soares (2005, p. 248, 254-256) chamam a atenção para a corrida armamentista na cena do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Assim como na Guerra Fria, há uma lógica no processo: a criação de enclaves territoriais acirra a competição entre os fornecedores de drogas e a forma que encontram de alcançar um equilíbrio – precário – é demonstrando que há um arsenal bélico para conter e até destruir o adversário, donde o exibicionismo das armas, mais para conter o inimigo, a invasão e conquista de novos territórios, muitas vezes com o conluio da polícia. Com as armas – armas de guerra e não simples pistolas – sobrevém a completa tirania sobre as populações residentes nos narco-estados. Ocorre que o armamentismo cria sua própria lógica, independente da lucratividade do negócio com a droga. E o traficante, torna-se também um dependente: de munição, fuzil, granada...

De modo que “a guerra ao tráfico” deflagrada no governo Reagan em 1984 além de configurar um fracasso, denota uma ingerência “em assuntos de segurança interna de nações soberanas”. Enquanto isso, a territorialização do

narcotráfico no Rio de Janeiro parece embrião de uma “colombianização” (MAGNOLI, *op. cit.*, p. 271).

O Relatório da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia (2009, p. 26) reconhece que:

“No Brasil o tráfico de armas e drogas passou a dominar a dinâmica criminal nas regiões metropolitanas, e atinge o conjunto da sociedade e suas instituições. As drogas financiam a compra de armas, que são usadas nas lutas entre as gangues pelo controle de territórios e no enfrentamento com a polícia”.

Francis Rafael Beck (2008, p. 157) cita dados do Ministério da Justiça, apontando que em 2005 cerca de 13% da população carcerária do país estava presa em razão do crime de tráfico de drogas. A estatística citada não menciona os homicídios associados ao tráfico e outros delitos. Dados mais recentes estudados por Luciana Boiteux *et al.* (2009, p. 79) indicam que o percentual de presos por tráfico é de cerca de 20% do contingente de presos.

Misse (2007, p. 139-158) analisa dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, onde constata que após o endurecimento da legislação de drogas em 1966 - na esteira do que preconiza a Convenção Única de 1961 da ONU, ampliando o alcance das medidas proibicionistas – há uma redução nos processos judiciais de incriminação por tráfico de drogas e a explicação mais plausível, segundo o renomado pesquisador, não decorre dos efeitos dissuasórios da nova e severa legislação repressora, mas, sim, do “alargamento das transações ilícitas entre policiais e usuários” e “entre policiais e traficantes”. O propinoduto, a concussão, corrupção ativa e passiva de policiais e de outros agentes do Estado é o que Misse chama de troca de mercadorias políticas, configurando um mercado ilegal parasitário que tem como hospedeiro o mercado ilegal que oferece bens econômicos ilícitos. E não raro ocorre a sobreposição do parasita sobre o outro, como, por exemplo, na ocupação de pontos de venda de drogas (antes ocupados por traficantes) por policiais-traficantes ou na venda clandestina de outros bens.

Na década de 1990 a ONU, através do Relatório do Comitê Internacional para Controle de Narcóticos (Report of the International Narcotics Board for 1994, p. 35-36, *apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 43) recomendou a elaboração em regime de urgência de uma nova legislação de entorpecentes, isso porque o Brasil não estaria controlando

adequadamente a manufatura e a distribuição de narcóticos e psicotrópicos. Ainda em 1994 foram realizadas operações militares com a participação da Marinha e do Exército em morros do Rio de Janeiro para restabelecer a autoridade do Estado e prender traficantes. Entretanto, poucas horas após a desocupação militar o comércio de cocaína retomou sua rotina (CARVALHO, *op. cit.*, p. 46).

Mais recentemente, os ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso, César Gaviria (Colômbia) e Ernesto Zedillo (México) publicaram um artigo no *Jornal Wall Street Journal*, 23/02/2009, reconhecendo o fracasso da guerra às drogas na América Latina e adotando essa constatação como mensagem central da Comissão Latino-Americana Sobre Drogas e Democracia, cujo relatório de 46 páginas está disponível no sítio da comissão criada pelos ex-presidentes referidos (www.drogasedemocracia.org). O documento sugere um amplo debate, incluindo a possibilidade de descriminalização da maconha, o fortalecimento das políticas de saúde pública (redução de danos) e de educação para prevenção do uso e abuso de drogas. No Relatório da Comissão consta as principais consequências da guerra às drogas nas sociedades da América Latina, resumidas em cinco grandes pontos: 1) o desenvolvimento de poderes paralelos nos espaços de fragilidade dos Estados nacionais (bairros pobres das grandes cidades e periferia; regiões distantes do interior, regiões fronteiriças, território amazônico); 2) a criminalização dos conflitos políticos; 3) a corrupção da vida pública (sobretudo na estrutura policial, na Justiça e no sistema penitenciário); 4) a alienação da juventude, sobretudo da juventude pobre; 5) o deslocamento de camponeses e o estigma sobre culturas tradicionais (mais de dois milhões de deslocados internos e milhares de refugiados do combate às drogas na Colômbia; estigma lançado sobre o cultivo da coca, planta de raiz das culturas andinas na Bolívia e no Peru).

Muito além do que esperávamos, o tema da criminalização e repressão ao tráfico de drogas está na ordem do dia. É preciso debater frontalmente e pesquisar alternativas.

2 A CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS ILÍCITAS: ABORDAGEM CRÍTICA

As drogas ilícitas mais expressivas no contexto brasileiro são maconha, Cocaína, crack, opiáceos e ecstasy. O crack tem sido noticiado nos últimos dias como caso de saúde pública no Brasil, uma quase-epidemia, atingindo um universo de consumidores cada vez maior e mais amplo, incluindo crianças de 8 e 9 anos.

2.1 Definição do termo droga

Inicialmente usamos o termo droga para significar as substâncias com efeitos psicoativos, modificadores do comportamento. As drogas, de forma sucinta, podem ser classificadas conforme o efeito primário no sistema nervoso central: depressivas, estimulantes e alucinógenas (ABADINSKY, 1997, p. 17). De acordo com Valci Silva (2008, p. 31) esta é uma das classificações mais adotadas no Brasil. No primeiro grupo enquadram-se drogas como bebidas alcoólicas, calmantes, codeínas, barbitúricos e inalantes. No segundo grupo estão cocaína, crack, anfetaminas, cafeína e nicotina. No último, temos maconha, ácido lisérgico, ayahuasca (chá do Santo Daime), cogumelos e ecstasy. Mas, essa classificação não é precisa, apenas indicativa dos efeitos mais evidentes da droga.

A lei 11.343 define droga como “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, parágrafo único). James A. Inciardi (*op. cit.*, p. 309) e Liliane Maria Prado Amuy (*op. cit.*, p. 9) corroboram a definição acima: droga é qualquer substância natural ou artificial, exceto alimentos, que por sua natureza química altere o funcionamento do corpo. As drogas psicoativas são as que alteram a percepção e a consciência, incluindo analgésicos, depressores, estimulantes e alucinógenos. O termo tóxico, utilizado que era quando da vigência da Lei 6.368/76, segundo Amuy (*op. cit.*, p. 10) é mais específico, pois visa significar as substâncias que provocam intoxicação no organismo, causando eventuais alterações psicossomáticas ou somáticas.

Luiz Sergio Modesto (1997, p. 91-92) sustenta que o termo drogas tem utilidade política de exclusão. Assim, ele prefere o termo *alter-mente* que serve para designar tanto uma substância com finalidade medicamentosa quanto substâncias utilizadas “para o prazer extracotidiano”, coisa que a OMS não aceita. Modesto denuncia uma violência ecológica na erradicação de plantações de coca, *Cannabis* e ópio, além de uma clara deficiência democrática quanto aos alter-mentes (*op. cit.*, p. 93).

Antonio Escohotado (1997, p. 29) explica que o termo estupefacientes, ora em desuso, decorre da alegação de que determinadas substâncias causam embrutecimento moral e intelectual. Posteriormente, as agências internacionais passaram a adotar o conceito de psicotrópico para escapar da crítica de que o termo estupefaciente seria a-científico. De qualquer modo o conceito de psicotrópico está baseado, segundo o citado autor (*op. cit.*, P. 31) no pressuposto de que os Estados devem velar pelo “estado anímico de seus cidadãos, controlando quaisquer substâncias que causassem efeitos sobre seu sistema nervoso”. Por essa razão, Escohotado (*op. cit.*, p. 31) prefere utilizar o termo fármaco para designar quaisquer substâncias químicas, sem projeção de determinações morais.

2.2 Abuso de drogas versus mal uso

O abuso de drogas é definido como “qualquer uso de uma droga ilegal, ou o uso de uma droga legal de uma maneira que possa causar problemas para o usuário”. O abuso de drogas não se confunde com o mal uso, ou uso errôneo de drogas. Este último significa o uso inapropriado de uma droga, prescrita ou não, em quantidade superior aos propósitos a que é destinada. Adicção, ou adição, já adequando à nova ortografia, é um termo amplamente utilizado e preferível a “vício” que não tem uma precisão científica. A adição (*addiction*), conforme Inciardi (*op. cit.*, p. 310) consiste na ingestão de drogas seguida de dependência física, a qual motiva “uso contínuo, resultando numa tolerância aos efeitos de uma droga e numa síndrome de sintomas identificáveis quando a droga é abruptamente retirada”. A dependência diz respeito a problemas do controle na ingestão de drogas, dado o papel central que a(s)

substância(s) passa(m) a exercer na vida do indivíduo, e ao desenvolvimento de dificuldades físicas e psicológicas, a despeito das quais a pessoa continua a usar a(s) substância(s).

2.3 A classificação internacional da ONU

A Convenção Única de 1961 adota quatro listas (*schedule*) de classificação para controle das drogas. O art. 1 da referida Convenção define droga como quaisquer das substâncias nas listas I e II, seja natural ou sintética. As listas I e IV envolvem basicamente a matéria- prima e materiais orgânicos e seus derivados, como ópio, coca e *Cannabis*, heroína e cocaína. A cocaína é um alcalóide obtido das folhas da planta *Erythroxylon coca*. O hidrocloreto de cocaína (metil-ester de benzoil-ecgonina), ou simplesmente cocaína, está na Lista I da Convenção de 1961, assim como a folha de coca e o concentrado de papoula (matéria-prima dos opiáceos).

As listas II e III contêm basicamente drogas manufaturadas à base de codeína (SINHA, *op. cit.*, p. 22). A maconha foi incluída nas listas I e IV da Convenção Única de 1961, de mais estrito controle, por insistência dos Estados Unidos, sob o argumento de que era “largamente abusada”. Posteriormente, a OMS considerou que a maconha poderia ter aplicação medicinal, mas a classificação permanece (SINHA, *op. cit.*, p. 22). Na lista I da Convenção Única foi incluído até mesmo extratos e tinturados de *Cannabis*.

A Convenção de Psicotrópicos⁷ de 1971 também contém quatro listas. Entretanto, a lista de nível mais restritivo da Convenção Única de 1961, que é o nível IV, equivale ao nível I na Convenção de Psicotrópicos (SINHA, *op. cit.*, p. 26). O nível mais fraco na Convenção de Psicotrópicos, por sua vez, é o nível IV, que inclui tranqüilizantes. Nesse particular os EUA chegaram a sustentar que “a menos que exista prova substancial de que uma substância seja prejudicial, ela deve permanecer não-controlada” (MacAlister, *apud* SINHA, *op. cit.*, p. 27). O princípio ativo da maconha, já famoso sob a sigla THC (tetrahydrocannabinol), em seus mais diversos isômeros e

⁷ O art. 1, e, da Convenção de 1971 define psicotrópico como “qualquer substância, natural ou sintética, ou qualquer material natural nas Listas Schedule I, II, III ou IV”. Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 01 maio 2009.

variantes estereoquímicas, está na Lista I da Convenção de Psicotrópicos de 1971. O dronabinol (delta-9-hidrocanabinol e suas variantes estereoquímicas) consta da Lista II da referida Convenção.

De acordo com o art. 3 da Convenção Única de 1961 (United Nations, 2009⁸, p. 3) as listas podem ser emendadas para incluir ou alterar a classificação de drogas, por iniciativa dos Estados signatários ou da Organização Mundial de Saúde. Idêntica previsão acha-se inserida no art. 2 da Convenção de Psicotrópicos de 1971.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA - é a instituição do Governo Brasileiro responsável por fazer cumprir a legislação relativa ao controle sanitário das substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sujeitas a controle especial, bem como os medicamentos que as contenham. Estas substâncias constam das listas publicadas e atualizadas pela Anvisa e são de três categorias: “AMARELA” (Entorpecentes de Controle Internacional), “VERDE” (Psicotrópicos de Controle Internacional) e “VERMELHA” (Precursores e Insumos Químicos de Controle Internacional) das Convenções da Organização das Nações Unidas, das quais o Brasil é signatário (Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br>, Acesso em 05 maio de 2009).

Nos Estados Unidos a classificação adotada pela Drug Enforcement Administration, segundo Inciardi (*op. cit.*, p. 314-315), é constituída de cinco listas. A lista I envolve as drogas de mais restrito controle em face do elevado potencial para abuso e que não têm uso médico aceito nos Estados Unidos, tais como maconha, mescalina, peiote, LSD e ecstasy. A lista II do DEA envolve as drogas com elevado potencial para o abuso e cujo uso pode provocar severa dependência, mas que têm um valor medicinal reconhecido. É o caso da cocaína, incluindo crack, morfina e metanfetaminas. As listas III-V têm um potencial menor para o abuso e uma maior aplicação medicinal.

⁸ Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 30 abril 2009.

2.4 A *Cannabis* e demais substâncias canabinóides

Na literatura internacional, especialmente a norte-americana e alemã, usa-se o termo *Cannabis* para designar genericamente as substâncias canabinóides. De acordo com Inciardi (*op. cit.*, p. 33) existem três formas de preparo dos derivados de *Cannabis*, todos com o princípio ativo delta-9-tetrahydrocannabinol: a) a *marijuana*, que nós conhecemos no Brasil como maconha, a qual consiste em folhas e infrutescências dessecadas e trituradas da planta cânhamo (*Cannabis sativa*); b) o haxixe⁹, o qual consiste num extrato resinoso também obtido a partir de um processo de extração da resina das folhas e infrutescência num solvente; e 3) o óleo de haxixe (*hashoil*), um líquido viscoso escuro obtido por um processo de repetida extração do material de *Cannabis*.

Na Convenção Única de 1961, art. 1, encontramos as seguintes definições, numa livre tradução:

- b) “*Cannabis*” significa a copa florescente ou infrutescência da planta de *Cannabis* (excluindo as sementes e folhas quando não acompanhadas pela ramagem superior) da qual a resina não foi extraída, seja qual for o nome que ela seja designada;
- c) “planta *Cannabis*” significa qualquer planta do gênero *Cannabis*;
- d) “resina de *Cannabis*” significa a resina separada, seja crua ou purificada, obtida da planta de *Cannabis*.

De acordo com Inciardi (*op. cit.*, p. 56-57) nos últimos cem anos a popularidade da marijuana nos Estados Unidos pode ser evidenciada pela diversidade de apelidos. São tantos e diversos quanto os da nossa cachaça: bomba A, Chicago green, mariquita, Texas Tea, zigzag, etc...

Já existem algumas iniciativas nos Estados Unidos para uso terapêutico. No Canadá David Goetz (2001) confirma que as decisões judiciais que reconheceram o direito de uso terapêutico da maconha, assim como os argumentos daqueles que atacam a proibição em geral da maconha, fundamentam-se na seção 7 da Constituição canadense, a saber, nas garantias fundamentais da vida, da liberdade e segurança da pessoa e no direito de não ser apenado sem a observância dos princípios fundamentais da justiça. Em 1985 a Juíza Madame Wilson, relata Goetz, começou a esboçar a tese

no caso *Operation Dismantle v. The Queen* de que a liberdade da pessoa pressupõe a liberdade do indivíduo fazer escolhas existenciais importantes sem a interferência do Estado, chegando a mesma magistrada a escrever em 1988¹⁰ que:

...um aspecto do respeito à dignidade humana no qual a Carta está fundada é o direito de tomar decisões pessoais fundamentais sem a interferência do estado. Esse direito é um componente crítico do direito à liberdade [...]. Esse direito, propriamente construído, garante ao indivíduo um grau de autonomia em tomar decisões de importância pessoal fundamental (tradução livre).

O caso acima foi usado como precedente por um acusado por uso ilegal de drogas (R. v. Hamon, 1993) na Corte de apelação de Quebec, cuja decisão da Corte foi contrária à tese do acusado e levado o caso à Suprema Corte canadense o acusado também restou vencido, não aceitando aquela instância máxima da justiça canadense a tese de que a diferenciação entre maconha, de um lado, e cigarro e álcool, do outro, seria injusta e irracional. Portanto, apesar da importância deste desenvolvimento jurisprudencial desbravado pela Juíza Wilson da Suprema Corte canadense, reconhece Goetz (*op. cit.*) que ainda não se chegou ao nível de dar uma ampla proteção à liberdade a ponto de admitir-se o uso recreacional de drogas.

2.5 Definições dos termos qualificadores das políticas sobre drogas

Embora a presente dissertação não aprofunde o tema concernente a outras alternativas ao atual modelo, é importante esclarecer que o termo *proibição* ou proibicionismo refere-se à política atual focada na necessidade de manter a proibição das atuais drogas ilegais através de severas penalidades no que concerne ao uso, distribuição e venda. O termo *legalização* está no lado oposto ao proibicionismo e refere-se às ideias de eliminação da proibição, bem como à instituição de alguma forma de regulação governamental (INCIARDI, *op. cit.*, p. 297). Com a ressalva de que existem inúmeras propostas de legalização que vai de uma extrema moderação a um máximo de liberdade conferida ao mercado. O termo *descriminalização*, por sua vez,

⁹ O haxixe é a droga mais consumida em Portugal a partir de 2001, quando houve decréscimo no tráfico de heroína (ADRIANO OLIVEIRA, 2006, p. 283)

¹⁰ R. v. Morgentaler case, conforme referência de Goetz, *op. cit.*, p. 4-5.

refere-se à remoção de penalidades criminais exclusivamente para os usuários, em geral flagrados com a posse de drogas ilegais em pequenas quantidades. O termo *medicalização* é usado para designar a proposta de conferir aos médicos a responsabilidade pelo tratamento de drogaditos, incluindo o fornecimento de drogas a essas pessoas em tratamento. E o termo *redução de danos* significa a abordagem que enfatiza ações de saúde pública visando reduzir os riscos e conseqüências do abuso de drogas. (INCIARDI, *op. cit.*, p. 297). Registre-se ainda que medidas de e mesmo de descriminalização não são incompatíveis com um modelo proibicionista.

Nesse sentido é que o Brasil é tido como um país de proibicionismo moderado, ao lado da Alemanha. Enquanto os Estados Unidos adota um modelo proibicionista mais extremo que vê nas políticas de redução de danos uma espécie de estímulo ao tráfico e, por isso mesmo, dito país, hegemônico desde o princípio no que concerne à internacionalização da repressão às drogas, barganhou na Reunião da Comissão Sobre Drogas Narcóticas realizada em Viena (março/2009) para que o termo redução de danos (*harm reduction*) fosse suprimido da Declaração Política, como de fato foi, apesar da dissidência, de 25 países, liderada pela Alemanha.

2.6 Discussão crítica e Direito Comparado

Na opinião de Kristina Kurzer (*op. cit.*, p. 13) falta uma completa aceitação e convencimento dos estados signatários da Convenção de 1961 e da Convenção de 1971. A autora afirma que na Alemanha o legislador não distingue entre drogas leves e pesadas. Wang (2003, p. 25 e nota de rodapé 54) esclarece que embora a distinção legal entre drogas leves e pesadas, levando em conta o potencial de periculosidade não esteja resolvida e seja alvo de inúmeras críticas, a reforma da BtMG de 1972 adotou essa diferenciação. Assim, ópio e heroína que são drogas com potencial de causar dependência física enquadrar-se-iam como drogas pesadas, ao passo que a *Cannabis*, enquadrar-se-ia no grupo das drogas leves, com menor periculosidade. Na reforma de 1982, entretanto, tal distinção não permaneceu. Os fundamentos da atual BtMG, diz Wang (*op. cit.*, p. 26) são essencialmente políticos: focados na tentativa de eliminar a onda dos narcóticos, incluindo o perigo do crescente consumo de maconha. Além

disso, a Convenção da ONU de 1988 contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicoativas (*Vide* cap. 1) ampliou as obrigações dos estados signatários. O art. 3 da Convenção, parágrafo 2, impõe que os estados signatários criminalizem a posse, compra ou cultivo de drogas narcóticas para consumo pessoal nos termos das convenções de 1961 e 1971.

A Lei de Drogas da Alemanha (*Betäubungsmittelgesetz*) contém três diferentes classes de drogas: o anexo I, com as drogas narcóticas não comercializadas¹¹; o anexo II, contendo a lista das drogas comercializáveis, porém não aptas a prescrição; e o anexo III, com as drogas comercializáveis e prescritíveis. Kurzer (*op. cit.*, p. 14) critica o fato de a maconha ser considerada uma droga pesada e o álcool uma droga leve. No mesmo sentido, Joachim Flesch (2002, p. 37-39) afirma que em relação a maconha não há consenso quanto a sua periculosidade, tanto que está presente nos usos da Índia há milhares de anos e ainda hoje é permitida.

Diz Kurzer (p. 14-15) que na *praxis* jurisdicional não há qualquer distinção entre drogas leves e pesadas, a ponto de encontrar-se a periculosidade das respectivas substâncias apenas na medida da sanção penal correspondente, sendo este um tema frequentemente controverso da política de drogas e sob permanente crítica. Para exemplificar a inconsistência do modelo, Kurze (*op. cit.*, p. 14-15) cita o caso da *Cannabis* e da heroína (diamorfina) que são listadas no Anexo I da *Betäubungsmittelgesetz* (BtMG), ou seja, como drogas não comercializáveis e por conseguinte ilegais. Para exemplificar, de que tal classificação de substâncias não é suficiente, nem razoável, diz Kurze, basta pensar no que aconteceria se os cigarros (tabaco) fossem colocados no rol de drogas pesadas e na ilegalidade. Some-se a isso, a posição do álcool, considerada uma droga leve, mas reconhecidamente perigosa. Se por droga pesada entendermos aquelas substâncias que tendem a uma dependência psicológica em contraste com aquelas que não causam dependência física (leves), a conseqüência lógica é que substâncias legais como café, chá, álcool e nicotina entrariam no rol das drogas pesadas (KURZE, *op. cit.*, p. 14). De modo que tanto a

¹¹ Disponível em: <http://www.gifte.de/Recht/btmg.htm>. Acesso em 30 abril 2009. *Vide* também WANG (2004, p. 41).

periculosidade da substância quanto a aptidão da mesma a causar dependência, expõe a inconsistência do modelo proibitivo.

Wang (2003, p. 28) baseado em Wartburg¹² afirma que a equiparação das drogas com fatores de risco desiguais na classificação legal do abuso de drogas importa em erro de técnica jurídica, desfigurando a estética dos atos legislativos, além de conduzir a um pesado encargo sobre os indivíduos e a uma sobrecarga dos serviços judiciários e de persecução penal. Schneider, defensor da equiparação (Gleichstellung) argumenta, por outro lado, que no mercado ilegal das drogas o consumidor de maconha não raro tem acesso e acaba comprando outras drogas, como heroína. A Corte Constitucional alemã decidiu acerca do tratamento igual dado a drogas leves e pesadas, firmando o entendimento de que o legislador estabeleceu normas uniformes de prescrição penal para todas as formas de narcóticos. Entretanto, tal uniformidade requer, segundo o entendimento da Corte constitucional alemã, a criação de outras prescrições como instrumentos de política criminal que permitam ao Judiciário corrigir a diferente periculosidade das drogas, tais como a possibilidade de desistência da ação penal e a pena de multa (WANG, *op. cit.*, p. 29). Não obstante, a importância (valorização) dada a droga *Cannabis*, diz ainda Wang (*op. cit.*, p. 29), permanece obscura diante da utilidade da proibição no que diz respeito à persecução penal. Numa livre tradução transcreve-se do autor referido: “Assim trata-se não apenas de uma farsa regional, mas também de uma farsa individual pelo órgão do Ministério Público.”¹³ E o Judiciário, continua Huang-Yu Wang (*op. cit.*, p. 30) não fica longe desta farsa ante a definição de “quantidade não pequena” de *Cannabis* para decidir acerca da aplicação do parágrafo 29 do BtMG, tal qual no Brasil também se adota idêntica fórmula para separar o traficante do usuário. Nesse contexto, além da desigualdade pela perplexa injustiça, a legislação de drogas é também reveladora de uma incerteza do ordenamento jurídico (WANG, *op. cit.*, p. 30).

Edward MacRae (1997, p. 110-111) afirma que inúmeros estudiosos têm apontado a insuficiência de uma classificação estritamente farmacológica para estudar as substâncias psicotrópicas. De acordo com MacRae, Bucher e seus colegas

¹² A obra referida de Warburg é “Drogensmissbrauch und Gesetzgeber” (1974).

¹³ No original: “Dabei handelt es sich nicht nur um regionale Schwankungen, sondern auch um individuelle Schwankungen bei den einzelnen Staatsanwälten” (WANG, *op. cit.*, p. 29-30).

especificam que “a qualidade e a intensidade das alterações produzidas” pelas substâncias psicotrópicas dependem não apenas de características farmacológicas, mas de fatores como quantidade utilizada, características pessoais do utilizador, expectativas em relação aos efeitos e circunstâncias nas quais ocorre o uso. O psiquiatra Norman Zinberg, ainda segundo MacRae (*op. cit.*, p. 111) desenvolveu em 1984 um estudo em que diferencia o “uso controlado” do “uso compulsivo”. O primeiro é regido por regras, valores e padrões de comportamentos. Trata-se de um controle social, formal ou informal, que define o que é uso aceitável, limita o uso a meios físicos e sociais que propiciem experiências positivas e seguras, ditam precauções a serem tomadas e distingue os diferentes tipos de uso das substâncias. E na Holanda Jean Paul C. Grund desenvolveu um modelo retroalimentador que determina a intensidade do uso de drogas: disponibilidade, rituais e regras. O estudo de Grund partiu da observação dos traficantes-usuários de cocaína, os quais conseguem manter uma vida social diversificada, uma vez que a disponibilidade da droga dispensava-os de ficarem fixados na obtenção da mesma. Desta forma, MacRae aponta uma incongruência da legislação de drogas que não leva em conta as variáveis relacionadas ao “estado psíquico do usuário e ao contexto sócio-cultural”. Além disso, a listagem de “entorpecentes” (refere-se o autor a nomenclatura da Lei 6.368/76) “é relegada a outra instância, burocrática e não representativa, deixando-se de apresentar até uma definição mais exata das características farmacológicas que tornariam determinadas substâncias passíveis de proibição” (*op. cit.*, p. 113). Ainda segundo MacRae (*op. cit.*, p. 113) tudo isso consolida uma abordagem anti-científica e arbitrária, sendo a mais evidente das incongruências a criminalização do uso da maconha e a liberação do comércio de bebidas alcoólicas. Nesse aspecto, a Lei 11.343/2006 não inovou na matéria. A lista de substâncias proibidas continua burocratizada.

De acordo com Liliane Maria Prado Amuy (*op. cit.*, p. 76-77) o efeito modificador no comportamento do usuário e a geração de dependência física ou psíquica são os dois critérios mais importantes para classificar uma substância no rol de drogas proibidas, critérios estes adotados pela Comissão Parlamentar de Inquérito, instalada pela Câmara dos Deputados do Brasil em 1973, de cujo trabalho resultou a Lei 6.368/76. Entretanto, o uso abusivo de bebidas alcoólicas foi relegado a segundo

plano, em que pese o consenso na comunidade científica internacional acerca dos efeitos nocivos do uso abusivo de bebidas alcoólicas. Fatores antropológicos milenares, inclusive rituais religiosos, aliado aos poderosos interesses econômicos da indústria de cerveja que representa mais de 80% do mercado de bebidas alcoólicas influenciaram e continuam influenciando as políticas de enfrentamento ao abuso de bebidas alcoólicas. Quantitativamente, diz Amuy (*op. cit.*, p. 77) “o alcoolismo representa um problema de saúde pública em escala superior ao das demais substâncias psicotrópicas consideradas ilegais”. As pesquisas relativas à etiologia do alcoolismo demonstram uma analogia entre esta doença reconhecida pela OMS e as demais dependências farmacológicas, de modo a reforçar a necessidade de uma legislação unificada, objetivando soluções conjuntas (AMUY, *op. cit.*, p. 77). Nesse ponto, não se advoga a proibição do álcool, pois além de ineficaz na redução do consumo, a experiência norte-americana com a Lei Seca propiciou o surgimento do crime organizado (AMUY, *op.cit.*, p.78).

Um levantamento feito pelo CEBRID em 2001 (CARLINI *et al.*, 2002) nas 107 maiores cidades brasileiras aponta que no Brasil 68,7% das pessoas fazem uso de álcool durante a vida e desse percentual 11,2% desenvolvem dependência. Ao passo que em relação ao tabaco 41,1% das pessoas fazem uso na vida, sendo que 9%, em média, desenvolve dependência. A maconha, 6,9% no Brasil fazem uso ao menos uma vez na vida e cerca de 1% desenvolve dependência. A cocaína não foi possível estimar o percentual médio de dependência, mas a estimativa de uso ao menos uma vez na vida ficou em 2,3 %.

Em relação a periculosidade do álcool, comparativamente com as drogas ilícitas, José Afonso da Silva (2009, p. 140) relata que quando foi Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo determinou a realização de estudo para identificar as drogas que mais potencializavam o cometimento de homicídios. Constatou-se que 49% dos homicídios estavam relacionados ao álcool, enquanto as drogas ilícitas respondiam por 12% dos homicídios. Esses dados encontram ressonância em outras pesquisas realizadas nos Estados Unidos na década de 1980 (*Vide Kleiman, cap. 2, p. 23, op. cit.*).

3 A LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A AUTONOMIA INDIVIDUAL, O CONSUMO DE DROGAS E A DIGNIDADE HUMANA

A liberdade e a autonomia individual são valores com força normativa principiológica que carregam o ônus de maior complexidade em termos de filosofia política e, por conseguinte, no âmbito constitucional. Não é tarefa fácil conciliar escolhas individuais, não raro dotadas de certa miopia, com demandas coletivas por segurança e saúde pública. Mas, é tarefa de um Estado que se proclama Democrático de Direito, condutor e conduzido por uma sociedade que se auto-intitula de pluralista e defensora incansável da tolerância, da alteridade e da solidariedade, buscar meios pacíficos de convivência com os mais diversos modos de ser de grupos e pessoas, tanto no que diz respeito a tradições de povos nativos, quanto aos novos estilos de vida urbana numa sociedade que há muito trocou a vida campesina pelas cidades imersas num mercado frenético de bens e serviços que estimula toda sorte de modismos. É nesse cenário desafiador que o papel do Estado deve pautar-se como indutor e garantidor da emancipação da personalidade, deixando de lado práticas e políticas extremistas, seja de um *laissez-faire*, *laissez-passer*, seja de um controle policial sobre o estado biopsicológico das pessoas que não ofereça risco concreto à coletividade.

3.1 A liberdade: considerações preliminares

A liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça são proclamados como valores supremos no Preâmbulo da Constituição que marca o texto constitucional de 1988, como fundador de um Estado Democrático de Direito. O art. 3º, inc. I, estabelece como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E o art. 5º, *caput*, assegura a todas as pessoas a inviolabilidade do direito “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, nos termos da Constituição Federal.

A primeira questão que colocamos são as condicionantes dessa liberdade proclamada e garantida pela Constituição Federal. E, no ponto que interessa, se

haveria ou não uma liberdade individual de experimentar drogas, de uso recreacional de drogas ou se a proibição da produção, distribuição e comércio – tráfico, ainda que gratuito -, incluindo o porte, atende a esse valor supremo consagrado na Constituição.

O art. XXIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem (NOGUEIRA, 2003, p. 169) estabelece:

- 1) Todo homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre desenvolvimento de sua personalidade é possível.
- 2) No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
- 3) Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

A liberdade e a igualdade constituem dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana (Mendes, Coelho e Branco, 2008, p. 359). Dizem os referidos autores (*op. cit.*, p. 359):

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades.

John Stuart Mill (1980, p. 293) explica que ninguém pretende que as ações sejam livres como as opiniões. E até mesmo estas últimas “perdem sua imunidade” em circunstâncias que instigam animosidades, atos prejudiciais aos semelhantes.

Antiga é a definição de que a liberdade da pessoa consiste “no direito de fazer o que não é proibido por lei” (IPSEN, 2004, p. 28, nota de rodapé 52). Raimundo Bezerra Falcão (2004, p. 208) considera esta norma o “coração de toda Constituição”. Assim, diz o pensador cearense, o Direito funciona como coordenação das liberdades individuais. Direito é compartição de liberdades. Inserido no todo, o ser humano, no exercício de seu papel como parte, mantém a liberdade que lhe é essencial.

Hannah Arendt (2006, p. 145) ao estudar o problema da liberdade no campo da política, usando de um velho truísmo, constata que a liberdade tem sido concebida como a “*raison d’être* da política” e seu campo de experiência “é a ação”. Entretanto, “a ascensão do totalitarismo”, subordinando todas as esferas da vida às

demandas da política e seu consistente não reconhecimento dos direitos civis, colocando-se acima dos direitos de privacidade, lança dúvida não apenas acerca da coincidência entre política e liberdade, “mas de sua verdadeira compatibilidade” (ARENDR, *op. cit.*, p. 148). Por conta disso, Arendt diz-se inclinada a acreditar que a “liberdade começa onde a política termina, porque temos visto que a liberdade tem desaparecido quando considerações exclusivamente políticas sobrepujam tudo o mais” (ARENDR, *op. cit.*, p. 148).

3.2 Liberdade como prioridade

Segundo John Rawls (2002, p. 379) a liberdade dos modernos, ou liberdade negativa, consiste no exercício “pelo indivíduo do seu direito natural de gerir sua vida como bem entende”. Ao passo que a liberdade dos antigos corresponde aos direitos políticos, de participação ativa dos cidadãos na vida política da *Polis*.

Montesquieu (2007, p. 164) concebe a liberdade numa sociedade onde existem leis como “o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam”.

Para Hannah Arendt (*op. cit.*, p. 148) os filósofos do século XVII e XVIII, incluindo Montesquieu, “simplesmente identificaram liberdade política com segurança”. De fato, Montesquieu (*op. cit.*, p. 196) identifica a liberdade na relação que esta mantém com o cidadão como a segurança ou a opinião que se faz da sua segurança. E essa noção de liberdade depende principalmente da “excelência das leis criminais” (MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 197).

Na sociedade do século XX a segurança permanece como “critério decisivo” para assegurar um desenvolvimento não conturbado do processo de vida da sociedade como um todo e não mais como na concepção hobbesiana, individualista. Assim, a liberdade nos tempos modernos se torna o limite que o governo não deve avançar sob pena de colocar em cheque “a própria vida” e os interesses e necessidades imediatas dos indivíduos (ARENDR, *op. cit.*, p. 149).

Kelsen (2002, p. 88) tratando da transformação do conceito de liberdade – liberdade individual no liberalismo para a noção de participação individual na democracia – afirma que a democracia é possível mesmo em casos de uma “completa

aniquilação da liberdade ‘individual’ e negação do ideal liberal”. E a história mostra que a autoridade do Estado democrático não é menos expansiva do que a autoridade do Estado autocrático, diz Kelsen no texto referido, cuja primeira publicação ocorreu em 1929.

Ralf Dahrendorf (1981, p. 216) sentencia que “o mundo do homem dirigido por outros representa o estranho paradoxo de uma democracia sem liberdade”. Com isso, ele sintetiza o raciocínio de que a igualdade não raro se converte em obstáculo à liberdade num regime de democracia, à medida em que se aceita a liberdade como consequência automática da igualdade. Pois, se a igualdade de situação “ultrapassa determinados limites e se transforma em igualdade de caráter, começa a ameaçar a liberdade e a democracia política” (*op. cit.*, p. 216).

Riesman (*apud* DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 217) diferencia os homens dirigidos por outros daqueles que são autodirigidos. Entre estes últimos impera uma diversidade de convicções religiosas e morais, ao passo que o homem dirigido por outros só é religioso e moral na medida e no sentido em que os outros são, de forma que este espécimen em nada se distingue de seus iguais, “é o democrata perfeito”. Embora não chancelando de todo a distinção feita por Riesman, Dahrendorf (*op. cit.*, p. 219-220) está de acordo que o “homem autodirigido” é o que possui as melhores qualidades para um ambiente democrático, pois é este tipo de indivíduo que tem iniciativa política, que faz uso do seu direito de ter opiniões e pontos de vista diferentes, ao passo que o homem dirigido por outros, gregário por excelência, não encontra na democracia liberal o quadro “adequado ao seu caráter” (*op. cit.*, p. 220), estando disposto a seguir qualquer direção “mesmo que seja a do totalitarismo” (*op. cit.*, p. 222).

Kelsen (*op. cit.*, p. 88) no texto alhures referido, sobre a essência e o valor da democracia, constata a transformação na noção de liberdade política: a liberdade impossível do indivíduo fica no plano de fundo, ao passo que “a *liberdade do coletivo social*” emerge ao primeiro plano. Por conseguinte, a personificação do Estado decorre do protesto inevitável contra o ser governado por iguais numa democracia.

Rawls¹⁴ (2002, p. 218) não leva em conta a controvérsia entre a liberdade

¹⁴ **Uma teoria da justiça.** Trad. PISETTA, Almino e ESTEVES, Lenita Maria Rímoli. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708p.

negativa e a positiva, isto é, considera de papel subsidiário a discussão sobre a liberdade dos antigos e dos modernos, pois ambas “têm profundas raízes nas aspirações humanas”. Em vez disso, Rawls propõe uma explicação da liberdade recorrendo a três itens: os agentes que são livres, as restrições ou limitações e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer (*op. cit.*, p. 218-219). Em *Justiça e Democracia* (*op. cit.*, p. 146) Rawls esclarece que segue a tradição histórica do pensamento democrático, qual seja, a de enfatizar a efetivação de certas liberdades específicas e garantias constitucionais.

Ainda em *Justiça e Democracia* (p. 150) Rawls afirma que a prioridade da liberdade implica que, na prática, “uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada a fim de salvaguardar uma ou várias liberdades das outras liberdades básicas”, jamais deve-se admitir tal restrição em nome do “bem público ou de interesses perfeccionistas”. E tal adequação se processa no ajustamento legislativo.

No caso brasileiro, no que refere à proibição das drogas esse ajustamento legislativo está limitado pela Constituição (art. 5º, inc. XLIII) a ponto de dar margem a interpretações de que há vedação de qualquer tentativa de legalização e/ou descriminalização. Além do fato de que o Brasil é signatário das Convenções internacionais que mandam criminalizar o consumo e porte de drogas. Outra não foi a justificativa do Deputado Paulo Pimenta, relator do projeto de lei que resultou na Lei 11.343/2006. Conforme consta em seu relatório o art. 28 da Lei 11.343 de modo algum resultaria em descriminalização porque o Brasil é signatário das ditas convenções (DORNELLES, 2008).

Vale registrar, considerando o foco principal da dissertação, que no caso *Nebbia v. New York* (JACOBSON E SCHLINK, 2003, p. 36) a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou o entendimento de que a regulamentação estatal fundada no interesse público, no bem-estar coletivo, reclama métodos consistentes com o devido processo legal, o que implica dizer que a lei não deve ser “irrazoável, arbitrária, ou caprichosa”, bem como os meios selecionados devem ter “uma relação real e substancial” com o objeto a ser alcançado.

Brennan e Buchanan (1985, prefácio, p. xv) apontam que a jurisprudência anglo-americana, contrariando a filosofia dos fundadores do constitucionalismo norte-

americano, cuida com zelo da chamada regra de razão (*rule of reason*), mas negligencia a razão das normas. E complementam os autores citados que “no nível mais fundamental as normas encontram sua razão no desejo perene do povo viver coletivamente em paz e harmonia sem a guerra contínua hobbesiana de um contra todos”. Por outro lado, a ampla ignorância acerca da razão das normas (*reason of rules*) inviabiliza qualquer mudança qualitativa na ordem constitucional.

Em relação às drogas ilícitas, tenta-se passar a ideia para a sociedade de que o direito positivado nesta matéria é insuscetível de uma guinada de direção.

A presente dissertação questiona – diante da realidade dramática que vivemos no que concerne ao fenômeno do tráfico de drogas – justamente a disparidade, o fosso, a falta de ligação efetiva entre os métodos selecionados para proteção da saúde pública e da segurança pública, da incolumidade pública, a incidir numa inconstitucionalidade material que, no dizer de Paulo Bonavides (2001, p. 131-132) é a “pior das inconstitucionalidades”.

3.3 A tentativa de correção de imperfeições morais no Estado de Direito ou no Estado de Exceção?

Cristiano Ávila Maronna (2008, p. 10) sustenta que o proibicionismo “é uma manifestação radical do moralismo”, representando uma profissão de fé da política planetária de proibição das drogas ilegais a ponto de identificar como apologia ao crime “qualquer tentativa de discutir a questão sob prisma diverso da proibição”, como foi o caso da marcha da maconha 2008, no Rio de Janeiro. A propósito, a discussão desse tema parece-nos um excelente termômetro do espírito democrático das autoridades e da sociedade, pois recente notícia dá conta de que um deputado federal está a imputar ao Ministro do Meio Ambiente, Carlos Minc, o crime de apologia ao uso de drogas, por este ter participado da marcha pela legalização da maconha, recentemente realizada no estado do Rio de Janeiro. Em face da participação de Minc na marcha realizada no Rio de Janeiro, a Comissão de Segurança Pública da Câmara dos Deputados aprovou

requerimento convocando-o para explicar possível apologia ao uso da maconha¹⁵. Ao passo que manifestações em prol da legalização do aborto não foram encaradas como crime de apologia, a incidir na espécie o art. 287 do Código Penal. Percebe-se, no mínimo, que é seletiva a nossa sensibilidade ao crime de apologia.

O teólogo Johannes Gründel (1988, *apud* TOLEDO, 2001, p. 169-170) diz:

Nem tudo que é imoral tem logo de ser castigado. Só quando a vida comunitária for afetada de maneira grave ou quando os direitos da pessoa forem desprezados é que o direito penal tem de cuidar da proteção correspondente. Assim é preciso distinguir entre imoralidade e punibilidade.

Karam (*op. cit.*, p. 110-111) ao colocar a liberdade, a autodeterminação e a capacidade de escolha do indivíduo como integrando a essência da dignidade humana, donde o indivíduo deve ser considerado como fim em si mesmo, repudia a “transformação moral forçada do indivíduo”. E a prevalência de abstratos interesses sociais sobre os direitos individuais, na visão de Karam, denuncia um caminho totalitário, pois num Estado Democrático de Direito, os interesses da sociedade “só se legitimam quando referidos a bens individualizáveis”.

Alice Bianchini (2002, p. 51) advoga semelhante ideia, ao postular que o Estado deve antes tolerar e respeitar condutas éticas ou morais decorrentes de determinadas subculturas, em vez de criminalizar.

Já Carnelluti (2006, p. 73-74) advertia que “não se deve pedir ao Estado o que o Estado não pode dar. O Estado pode impor aos cidadãos o respeito, mas não pode lhes infundir o amor”.

No Brasil as penas destinadas ao criminoso – diz o STF¹⁶ que é crime – flagrado portando drogas são comparáveis às medidas sócio-educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ambas têm a mesma raiz paternalista.

Por sua vez, John Stuart Mill (1980, p. 303), na sua célebre obra *On liberty*, sustentava que a pessoa deve ser livre, tanto legal quanto socialmente para agir e suportar as conseqüências do seu ato se esta conduta não afeta os interesses e direitos das outras pessoas, sem que isso implique numa indiferença egoística. O fato,

¹⁵ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2009/05/20/camara-convoca-minc-para-explicar-ida-marcha-188079.asp>. E também em www.camara.gov.br. Acesso em: 02 de junho 2009.

¹⁶ QO em RE 430.105-9/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13/02/2007.

segundo Mill é que a ninguém é dado impor a uma pessoa adulta o que ela deve ou não fazer em seu próprio benefício. É o mesmo John S. Mill (1977, *op. cit.*, p. 275)¹⁷ quem diz que nossa agilidade em aprimorar a moral “consiste principalmente em persuadir ou forçar outras pessoas a serem tão boas quanto nós mesmos”. Por sinal, o princípio do dano, de Mill, que justificaria uma intervenção da sociedade foi obra de debates nas cortes canadenses. Segundo David Goetz (2001, p. 24), a Suprema Corte do Canadá, no caso Parker (2000), ao eximir um usuário de maconha (uso medicinal) das penas da lei, argumentou que a Convenção das Nações Unidas de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas de 1988 não poderia acarretar penalidade ao Estado do Canadá porque o país era também signatário da Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo artigo 12 reconhece o direito ao mais amplo gozo da saúde física e mental.

Dworkin (2002, p. 376), na esteira do pensamento liberal de Mill, refuta a tese de Lord Devlin de que o direito deveria ser usado em defesa de uma moralidade, da mesma forma que pode utilizá-lo para impedir a traição. Não obstante, o próprio Devlin, acerca do famoso Relatório Wolfenden de 1957 e da conferência que proferiu acerca do homossexualismo e sua criminalização, espousa a tese de que o direito deve “abster-se de interferir sempre que detectar qualquer indecisão, indiferença ou tolerância latente na condenação social da prática”.

Jhering (1950, p. 416-419) aponta inconsistências na teoria do liberal Stuart Mill. Pois, ao mesmo tempo em que Mill condenava a proibição ao comércio de ópio na China, entendia válidas as restrições estatais limitadoras das condições de trabalho, na proteção dos trabalhadores, ainda que contrariando individualmente alguns beneficiários da norma. Além disso, Mill não teria feito qualquer objeção às restrições estatais com relação à importação de gado para evitar doenças ao rebanho, de modo que para proteger o gado não se vislumbrava ofensa à liberdade, mas para proteger o povo chinês do consumo de ópio haveria uma ofensa.

No ponto que interessa a esta dissertação, Jhering (*op. cit.*, p. 425-426) critica a teoria liberal-individualista de Mill quando este defende a não intervenção

¹⁷ No original: “...chiefly consists in persuading or forcing other people to be as good as ourselves.” Online Library of Liberty: **The Collected Works of John Stuart Mill**, Volume XVIII - Essays on Politics and Society Part I. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/233>.

legislativa em caso de embriaguez ordinária (pacífica), ao passo que em casos de violência e atos desordeiros Mill defende uma legislação mais severa “suspensa – diz Jhering – sobre a cabeça” do alcoólatra a ameaçá-lo “por toda a vida”. Segundo Jhering (*op. cit.*, p. 419) tanto Stuart Mill, a quem reconhece como um adversário intelectual preparado, adversário no sentido acadêmico, da teoria a ser refutada, quanto o jovem von Humboldt estavam baseados num erro fundamental: o de considerar o indivíduo como base constitutiva do Estado e da sociedade. Na visão de Jhering a teoria do direito natural, na qual assenta-se o liberalismo de Mill, que considera o homem (indivíduo) como fim ignora que “o indivíduo existe também para os outros” (*op. cit.*, p. 419). Por tal motivo, Jhering defende o direito de a polícia (o Estado) adentrar em casa de família e de fiscalizar tanto a vida moral quanto a vida econômica, pois é inequívoco que o dissipador e o alcoólatra comportam-se de forma prejudiciais à sociedade (*op. cit.*, p. 423). Em suma, defende Jhering que as restrições à liberdade individual devem inspirar-se nas necessidades reveladas na prática e não em uma teoria abstrata.

Nesse aspecto concordamos em parte com Jhering. Volta e meia quando se fala na proibição das drogas tenta-se fazer uma analogia com a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança. A exemplo, Maria Lúcia Karam (entrevista)¹⁸ diz que tanto a obrigatoriedade do uso do cinto quanto a vedação ao uso de drogas são inconstitucionais por violarem a liberdade individual, à medida que faz parte da liberdade o indivíduo querer se autolesionar. Sem descartar esse direito a escolha da infelicidade, presente na obra de Kant, conforme Salgado (1995, p. 250), direito ao qual brada um dos personagens de Aldous Huxley no Admirável Mundo Novo¹⁹ – isso não significa retirar do Estado o poder de sancionar, de censurar, de limitar e de, eventualmente, estabelecer proibições a determinadas condutas até mesmo valendo-se do instrumento severo e que deveria ser a última razão, a saber, o Direito Penal. Adotando a linha pragmática sugerida por Jhering – e, num certo sentido, por Mill, como reconhece o próprio Jhering, cuja crítica é tão somente demolidora do caráter abstrato do liberalismo de Mill -, entendemos que a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança

¹⁸ Maria Lúcia Karam: “Proibir as drogas é inconstitucional”. Entrevista a Andréia Leal. **Época**, 06/06/2008. Disponível em: www.epoca.com.br. Acesso em: 02 jun. 2009.

¹⁹ **Brave New World**, p. 163: “In fact, said Mustapha Mond, you’re claiming the right to be unhappy. All right then, said the Savage defiantly, I’m claiming the right to be unhappy.”

não é inconstitucional. Primeiro, não há uma criminalização pelo não uso do cinto, mas mera infração administrativa. Se houvesse uma excessiva sanção, desproporcional e ineficaz em relação aos benefícios da obrigatoriedade do uso do cinto, aí, sim, vislumbraríamos uma ofensa à liberdade. Os benefícios e a eficácia da medida, comprovada pelos dados oficiais, justificam tal restrição. Ao passo que em relação às drogas ilícitas não podemos generalizar. No caso do consumo de drogas, suspeita-se aqui de uma indiferença e mesmo de uma tolerância latente, exceto no que diz respeito ao consumo de *crack* que já desperta reações na sociedade. O Diário do Nordeste, no dia 08 de junho/2009, com a manchete de capa intitulada “Guerra do Crack” noticia que somente este ano 65 menores foram assassinados em Fortaleza em decorrência de dívidas com os traficantes dessa droga. E o Jornal do Senado noticiou também que possivelmente será criada uma comissão naquela casa legislativa para estudar o problema.

Por conseguinte admitimos a necessidade de restringir algumas substâncias e outras não. A forma como se dará tal restrição é que importa ao caso. Em suma, o Legislador Ordinário, incluindo o povo, com poder de iniciativa legislativa, deve ter a permanente discricionariedade de avaliar a política de drogas, temperando as restrições, legalizando se for o caso, proibindo severamente também se o tempo e as circunstâncias assim apontarem a real necessidade. O que se questiona é o engessamento sob a rubrica de norma constitucional fundamental e pétrea que impõe o dever de criminalizar o comércio das atuais drogas ilícitas, como se a sociedade que se quer pluralista – e como pluralista impõe-se pelo Pacto Republicano de 1988 -, não fosse capaz de evoluir e de conviver de forma diferenciada com o fenômeno de consumo de drogas.

Nesta linha pragmática, fugindo de qualquer debate metafísico, abstrato, do princípio de liberdade, reportamo-nos à F. Muller²⁰. Em conferência no Rio de Janeiro o jurista alemão pontuou que:

Como sempre em questionamentos de natureza pragmática, o Legislativo faz uso da sua liberdade de configuração, resultando disso um quadro misto. Só problemas (pseudo-) metafísicos tendem a

²⁰ O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão, Rio, 19.09.2002. Trad. Peter Naumann. Disponível em: www.rio.rj.gov.br/pgm/Rio20020919. Acesso em: 02 jun. 2009.

alternativas mutuamente excludentes.

Na referida conferência Müller critica a dogmática até então tradicional do Tribunal Federal da Alemanha no sentido de considerar a decisão de inconstitucionalidade como declaratória. E citando precedentes da própria Corte alemã defende que a decisão de inconstitucionalidade não é declaratória, mas essencialmente constitutiva. E assim como a inconstitucionalidade mostra-se apenas temporária, esse novo paradigma sugerido por Müller leva-nos a pensar que a constitucionalidade também está sujeita a condições temporais. Mas, isso discutiremos mais aprofundadamente no capítulo em que abordaremos a natureza do inciso XLIII do art. 5º da Constituição no ponto que interessa – o tráfico de drogas.

O direito racional, como reação ao direito natural fundamentado na religião e na metafísica, segundo Habermas (*op. cit.*, 1997, p. 237), foi introduzido como equivalente para o direito sagrado profanizado e para um direito consuetudinário esvaziado, capaz de preservar um momento de indisponibilidade para o direito positivo. “No direito racional articula-se um novo nível pós-tradicional da consciência moral, que submete o direito moderno a princípios e o transpõe para o nível da racionalidade procedimental” (HABERMAS, *op. cit.*, p. 237-238). Visa também evitar a desmoralização da política, “que passa a ser interceptada de modo naturalista e centrada nos interesses de auto-afirmação” (HABERMAS, *op. cit.*, p. 238).

O homem pós-moderno, diz Eduardo Luiz Santos Cabette (2008, p. 65), “encontra-se abandonado à própria liberdade, mergulhado na desorientação de um relativismo conglobante a conformar um individualismo exacerbado”. Por isso mesmo é que o Direito ganha prestígio como instrumento de estabilização, de redução de complexidades e contingências. Entretanto, como as possibilidades de transgressão tendem a acentuar-se numa sociedade complexa como a nossa, o Direito, em particular o Direito Penal, pode “ganhar contornos extremamente autoritários”.

Salo de Carvalho (2006, *op. cit.*, p. 63-76), um dos expoentes do Direito a enfrentar a posição doutrinária²¹ dominante e acrítica da questão, sustenta que o modelo atual é de um Estado de Exceção permanente. Em outro escrito, Carvalho

²¹ Sobre a distinção entre dogmática e doutrina, temos o texto do Professor Marcos Nobre: Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil, Cadernos Direito GV.

(2007, p. 170), esclarece que as duas possibilidades de Estado de Exceção previstas no ordenamento jurídico brasileiro estão previstas nos artigos 136 e 137, respectivamente, Estado de Defesa e Estado de Sítio. Mas, “nota-se a constante tendência dos Estados contemporâneos em criar eventos excepcionais de modo a garantir uma permanente situação de emergência” (CARVALHO, 2007, p. 171). É nesse sentido que ora se emprega o termo estado de exceção, desvinculando-o das situações constitucionalmente positivadas. O Estado de Exceção, por conseguinte, configura uma situação potencialmente desestabilizadora da democracia. E especificando a questão ao tema desta dissertação, esclarece Carvalho (2007, p. 175) que o combate ao narcotráfico e ao crime organizado ocorre no marco do direito penal do inimigo e da fixação do Estado de Exceção permanente, acabando este último como regulador da normalidade em decorrência da aceitação acrítica.

Seguindo a linha de pensamento do Ministro Eros Grau, no sentido de que o intérprete-aplicador do direito – e, num certo sentido, o jurista – deve atentar para o mundo da vida e não ficar preso a elucubrações teóricas, trazemos à baila algumas constatações desconcertantes a denunciar o Estado de Exceção no que concerne ao tráfico de drogas, ou, pelo, menos, o ambiente propício a tal situação de anormalidade que acaba retirando o Estado de Direito dos trilhos. ADRIANO OLIVEIRA (2006, p. 156) relata que no ano de 2004 a contabilidade, registrada em livros apreendidos pela polícia, da quadrilha do traficante Edmilson Ferreira dos Santos (Sassá) no complexo da Maré confirmava o pagamento de cerca de R\$ 115 mil reais/mês a título de propina aos policiais para não ser incomodado no tráfico. Em outros pontos a propina ultrapassa R\$ 260 mil reais/mês, de modo que Barros (2004, *apud* ADRIANO OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 157) estima que os policiais ficam com 8% do faturamento do narcotráfico (drogas ilícitas) no Rio de Janeiro.

Segundo Cássia (2003, *apud* ADRIANO OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 157) no ano de 2003 o dinheiro movimentado pelos traficantes no comércio estimado em 6 toneladas de drogas, conforme dados da Polícia Civil fluminense, foi equivalente a 62% do orçamento previsto para a Secretaria Estadual de Segurança Pública, o qual era de R\$ 1,36 bilhão. Desse orçamento R\$ 938 milhões/ano era destinado especificamente ao combate ao tráfico. Ou seja, o investimento público com foco na repressão

praticamente iguala-se ao dinheiro movimentado pelos traficantes. E observe-se que esses valores destinados à Secretaria de Segurança Pública não envolvem, de modo algum, políticas de prevenção e educação.

Adriano Oliveira (*op. cit.*, p. 163) após analisar diversos relatos e dados empíricos sobre o jogo de cooperação entre policiais e traficantes, lançando mão do ótimo de Pareto, conclui que “os traficantes institucionalizaram a corrupção no Estado fluminense”, criando-se uma narcorrede institucional que vai desde o policial até o Chefe do Poder Executivo, passando pelo Legislativo. Isso não significa que o Governador negocia diretamente e deliberadamente com o tráfico, mas é influenciado pela rede de cooperação de modo a adotar medidas mais frouxas na repressão em determinadas áreas. Ou seja, o Governador não tem controle sobre a polícia.

A tirania policial é mais perversa do que a dos traficantes. De acordo com Celso Athayde, MV Bill e Luiz Eduardo Soares (*op. cit.*, p. 263), infere-se de inúmeros depoimentos que os traficantes têm seus códigos e exigem obediência às regras de forma clara, ao passo que o poder policial tirano e corrupto não segue nenhum conjunto definido e publicamente conhecido de regras. Assim:

A polícia corrupta e o tráfico são igualmente brutais, mas nem por isso se confundem no imaginário popular. A imprevisibilidade do comportamento policial o torna mais temido e, conseqüentemente, mais odiado – até porque os bandidos não negam que o são, enquanto os criminosos uniformizados fingem defender as leis, chamando-se policiais. A polícia corrupta e violenta é a fonte suprema do terror, para o povo pobre das favelas, vilas e periferias – e esta conclusão não é privilégio exclusivo do Rio de Janeiro. (ATHAYDE *et al.*, *op. cit.*, p. 264).

Roberta Pedrinha (2008, p. 5497-5498) afirma que os traficantes das favelas são os alvos principais da repressão policial. Vislumbra-se uma demonização “com vivas reminiscências medievais”. Além da expansão do sistema punitivo, onde se criminaliza desde o financiamento ao tráfico com pena superior a do homicídio até a atividade de informante, o número de pessoas mortas é de aproximadamente 1.000/ano. Afirma Pedrinha (*op. cit.*, p. 5497) que: “Desde a redemocratização, já morreram mais de 30.000 pessoas. No último ano, de 2007, foram mortos mais de 1.260 homens, conforme os dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro”. Assim, a Lei 11.343/2006 agrava o sistema punitivo que já apresenta déficit de 200.000 vagas/ano (PEDRINHA, *op. cit.*, p. 5499).

Na Declaração da Assembléia Geral da ONU de 1994 sobre Controle de Tráfico de Drogas e Abuso de Drogas (UNODC, 2008, p. 203) se lê (numa livre tradução) que a:

“produção ilegal de, demanda ilícita por, abuso de drogas e tráfico ilícito de drogas impede o progresso social e econômico, constitui uma grave ameaça à segurança e desenvolvimento de muitos países e povos e deve ser combatida por todos os meios morais, legais e institucionais, nos níveis nacional, regional e internacional.”²²

Entretanto, no Relatório Mundial Sobre Drogas, o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC, 2008, p. 218), embora apregoando a contenção bem-sucedida das drogas ilícitas no curso de um século, reconhece em tom conclusivo que o sistema de controle internacional de drogas, além de não resolver o problema para o qual foi criado, acarretou inúmeras consequências não intencionadas nas formas como foi implementado, tais como mercado negro criminal e marginalização de usuários. Para resolver tais inconvenientes gerados o UNODC - Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime – propõe reafirmar os princípios básicos do sistema (multilateralismo e proteção da saúde pública), aprimorar a performance do sistema de controle através da repressão, prevenção e redução de danos simultaneamente, bem como operando mitigações das consequências não desejadas.

No Relatório Mundial sobre Drogas 2009 (UNODC, 2009, p. 163) novamente o Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime faz elogios à política centenária de controle internacional de drogas que protegeu milhões de pessoas dos efeitos do abuso e adição de drogas. Mas,

A despeito desse sucesso, os esforços de controle de drogas raramente efetivam-se conforme o planejado. Tem havido reveses e recuos, desenvolvimentos surpreendentes e consequências não-intencionadas. Os traficantes têm comportado-se como oponentes resilientes e inovativos e cultivadores difíceis de deter. O número, natureza e fontes

²² No original: *“illegal production of, illicit demand for, abuse of and illicit trafficking in drugs impede economic and social progress, constitute a grave threat to the security and development of many countries and people and should be combated by all moral, legal and institutional means, at the national, regional and international levels”*. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. World Drug Report 2008. United Nations: New York, 2008. 303p. Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 10 dez. 2009.

das substâncias controladas tem mudado dramaticamente ao longo dos anos. Nada disso poderia ser previsto no começo.²³

Será que nada disso poderia ser previsto no começo? Antonio Escohotado (1997, p. 37-38) analisa o argumento conjectural de que eventual legalização das drogas provocaria uma toxicomania generalizada. Para Escohotado esse é o principal argumento “não teológico da cruzada” contra as drogas. Afirma Escohotado que a lei seca, em reforço do que já revisamos no capítulo 1, além da corrupção burocrática, provocou um envenamento maciço com álcool metílico e a fundação do crime organizado. Se essa evidência não bastasse para prever os males que a política proibicionista causaria, lembra ainda Escohotado que a proibição do chá mate no Paraguai, por razões teológicas, provocou um aumento extraordinário do consumo, o mesmo ocorrendo na Ásia Menor sob a liderança de Murad III e Murad IV em relação ao fumo, cuja pena estabelecida para quem tivesse relação com o fumo era de esquartejamento. Na Rússia a proibição do café com a imposição de pena de mutilação de nariz e orelhas para quem comercializasse ou usasse café, tanto quanto a pena de arrancar os dentes do bebedor de café no Egito não foi capaz de estancar o crescimento do consumo (*op. cit.*, p. 39). Em situação oposta, a Índia, diz Escohotado (*op. cit.*, p. 40) mantinha um consumo legal de ópio compatível com os bons costumes. Mas, foi obrigada a colocar em prática os tratados internacionais de proibição do ópio e o resultado é que aquele país viu-se condenado a uma “heroinização dos jovens”. De igual modo, nos Estados Unidos até 1910 também havia um contingente de usuários de ópio integrados socialmente e familiarmente (ESCOHOTADO, *op. cit.*, p. 32). O ópio passou a ser problemático nos Estados Unidos a partir da década de 1980, segundo Escohotado porque passou a ser usado por adolescentes que frustram as expectativas familiares e profissionais. Então pergunta Escohotado: “será que os opiáceos mudaram, ou mudaram os sistemas de acesso a essas substâncias?” (ESCOHOTADO, *op. cit.*, p. 32). A proibição, de acordo com Escohotado (*op. cit.*, p. 40) provoca uma tendência a

²³ No original: Despite this achievement, drug control efforts have rarely proceeded according to plan. There have been reversals and set-backs, surprising developments and unintended consequences. Traffickers have proven to be resilient and innovative opponents and cultivators difficult to deter. The number, nature, and sources of controlled substances have changed dramatically over the years. None of this could have been predicted at the outset. (UNODC, 2009, p. 163). World Drug

consumos irracionais.

Os países islâmicos, diz Edward MacRae (1997, p. 329) também foram pressionados a banir o uso tradicional da *Cannabis* e simultaneamente abrir o mercado para as bebidas alcoólicas.

Não obstante, façamos de conta que todas essas evidências não passam de fantasias na cabeça dos autores citados. Admitamos, portanto, como pretende o Relatório Mundial sobre Drogas 2009 (UNODC, 2009, p. 163) que “nada disso poderia ser previsto no começo”. Mas, e agora que já conhecemos todas as mazelas do proibicionismo, para onde vamos? O Escritório da ONU propõe que as drogas continuem ilegais. É bem verdade que agora a ONU pretende conjugar a repressão com esforços de prevenção e redução de danos. Nesse ponto merece elogios o Sr. Maria Costa (UNODC, 2009, p. 2) quando lança um apelo para que os drogaditos sejam tratados pelo sistema de saúde e não pelo sistema criminal como insiste os Estados Unidos que tem a maior população carcerária do mundo, em grande parte relacionada ao uso e tráfico de drogas.

Rodrigo Uprimny (*op. cit.*, p. 155) sustenta que, ao menos no caso colombiano, tudo indica que o atual modelo proibicionista tem “escassas possibilidades de funcionar”. Por isso é importante que os latino-americanos se interroguem

“até que ponto a manutenção da ilegalidade das drogas – com os custos em termos de violência, marginalidade, corrupção e autoritarismo que lhes estão associados – se justifica diante dos eventuais benefícios das políticas proibicionistas, no sentido da redução de consumo” (UPRIMNY, *op. cit.*, p. 166).

Leonardo Mota (2009, p. 83) observa que a eventual legalização das drogas poderia concentrar o poder de grandes corporações internacionais especializadas em produzir e comercializar as drogas legalizadas, como ocorre hoje com as drogas lícitas. Um exemplo citado por Mota, de artigo de Ronaldo Laranjeira, é que o lançamento da cerveja Nova Schin custou cerca de R\$ 100 milhões de reais em publicidade durante 30 dias, enquanto o orçamento anual da Secretaria Nacional Antidrogas foi de R\$ 10 milhões de reais. Portanto, com um orçamento desses fica difícil combater os drogaditos, sejam eles aditos em álcool ou crack.

Que tal a ONU começar a assumir os pecados cometidos nesses cem anos. Com a devida vênia, o sistema internacional de controle de drogas já teve um século para experimentar suas políticas. Se não funcionou, está na hora de abrir caminho para outras propostas.

Edward Macrae (1997, p. 333) entende que em matéria de prevenção o correto e coerente seria restringir a publicidade de todas as substâncias psicoativas, controlar a venda e divulgar informações educativas. Acontece que no Relatório Mundial sobre Drogas 2009 (UNODC, 2009, p. 163) rebate-se a ideia de que a legalização das drogas com a conseqüente taxaço do comércio, tal qual ocorre com a indústria de bebidas e cigarros, só é eficaz nos países desenvolvidos. Se as drogas fossem legalizadas, aponta o referido relatório, os países em desenvolvimento seriam afetados severamente pelas drogas legalizadas nas ruas, tanto quanto já ocorre em relação ao álcool e cigarro. Em suma, lança-se mão de mais um argumento conjectural para justificar o atual modelo. E, curiosamente, tudo isso é feito em defesa dos países pobres que tem pouca capacidade regulatória. Ora, se o Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime reconhece no referido Relatório a incapacidade dos países em desenvolvimento em regular o comércio legal de drogas, como é que se espera que estes países sejam capazes de reprimir eficazmente o comércio ilegal?

Em contraste, Kristina Kurzer (*op. cit.*, p. 400) observa que a política holandesa de redução de danos com autorização para venda de *Cannabis* em determinados pontos (Coffee-Shops) reduziu pela metade a estatística de mortes por drogas.

Luis Díaz Müller (1994, p. 14) sustenta que o fenômeno do comércio de entorpecentes e o erro de percepção e de método na política prática face a este fenômeno (enfoque policial e sanitário) ataca os valores sociais, afeta a soberania nacional, altera a ordem econômica, altera a ordem política e “liquida a essência mesma do Estado de direito ao desafiar abertamente o princípio da separação de poderes e danificar a eficácia e a imagem do poder judicial”. Por isso mesmo alguns autores incluem outros bens jurídicos a serem protegidos como justificativa para a criminalização do tráfico de drogas: segurança nacional, desenvolvimento social, a soberania e a segurança internacional (LUIS DÍAZ MÜLLER, *op. cit.*, p. 130). Posição

análoga assume Edward Macrae (*op. cit.*, p. 331), segundo o qual a democracia é incompatível com um Estado policial e médico.

Segundo Díaz Müller (*op. cit.*, p. 137) a estratégia de “guerra às drogas” centrada na visão policialesca de patrulhagens fronteiriças, intervenção norte-americana em outros países (Bolívia, Peru, Colômbia) e a constituição de uma força armada regional (que tem sido proposta) equipara-se ao bálsamo de Belzebu, cujo remédio é pior do que a enfermidade.

O professor Sebastian Scheerer ainda no prefácio ao livro de Paulo de Souza Queiroz (*op. cit.*, p. 15) afirma que a obesidade do sistema criminal pode ser caracterizada como um paradoxal sistema *Gulag* num mundo de Estado enxuto e que implica num *trilema* para o direito penal: 1) a indiferença mútua entre regras jurídicas e realidade; 2) a destruição da estrutura judicial pelo direito que a deveria proteger e regular (desintegração do objeto de regulamento); e 3) desintegração do direito, a qual consiste na perda sistemática da coesão do direito, contradição e perda de valor.

O Supremo Tribunal Federal, embora em caso bastante diverso da criminalidade do tráfico de drogas, teve oportunidade de analisar mais de uma vez a questão do Estado de exceção. Relativamente à criação de municípios. Importa destacar da ementa da ADI 2.240-BA, Rel. Min. Eros Grau:

ADI N. 2.240-BA RELATOR: MIN. EROS GRAU
EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO — APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. [...]

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção — apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também

essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação.

[...]

Em outro julgado o Ministro Eros Grau, abordando o mesmo tema do estado de exceção, esclarece:

[...] ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos --- para o que nos bastaria a alfabetização --- mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento (AG.REG.NA RECLAMAÇÃO 3.034-2 PARAÍBA).

A questão da criminalidade do tráfico de drogas e a inefetividade da política criminal repressiva constitui uma situação do mundo da vida que deve ser decidida não com a leitura abstrata do texto positivado na Constituição. E, sim, levando em conta a efetiva proteção da saúde pública no contexto de uma sociedade plural que deve respeitar as diversidades e estilos de vida ainda que desviantes do padrão médio.

3.4 A dignidade humana frente ao uso de drogas e o problema da autonomia individual

O art. 4º da Lei 11.343/2006 estabelece como um dos princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad) o “respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, **especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade**”. (grifo nosso).

Sarlet (2002, p. 81-83) na linha do pensamento de Jorge Miranda afirma que a dignidade confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional, “razão de ser do próprio poder estatal”. Adverte, no entanto, que a dupla dimensão da

dignidade (dignidade de um e de todas as pessoas) constitui um “permanente desafio” na busca de uma proteção eficaz da dignidade (SARLET, *op. cit.*, p. 144-145).

Veja-se que essa concepção de dignidade – a dignidade de um e a dignidade de todos – encontra ressonância na crítica feita por Jhering à concepção individualista liberal que ele apontou na obra de John Stuart Mill. E como nos ensina de forma magistral o professor Falcão (*op. cit.*, p. 207) “a parte não perde sua dignidade por estar no todo”, uma vez que o todo é o espaço de ascensão do indivíduo humano, desde que este todo não reduza a capacidade-poder de auto-realização individual.

A autonomia é aqui concebida no sentido proposto por Julia Wolf (2003, Glossar): capacidade de se poder dispor do próprio corpo e da psique, isto é, de auto-domínio sobre o corpo e a mente.

John Stuart Mill não chega a utilizar o termo autonomia. Mas, defendendo a individualidade como condição para a diversidade, ele critica a padronização dos modelos de comportamento (MILL, 1977, p. 275-276). Veja-se que o texto foi escrito no século XIX. Diz Mill que se a tendência à padronização continuasse sem uma resistência chegaria o momento em que “todos os desvios” do tipo padrão – qual seja, o de que as outras pessoas devem ser semelhantes a nós em termos comportamentais – seriam considerados ímpios, imorais ou monstruosos, contrários à natureza. “A humanidade rapidamente torna-se incapaz de conceber a diversidade, à medida que ficou desacostumada por algum tempo a vê-la” (MILL, *op. cit.*, p. 276-277). Alexander Brady²⁴ (MILL, *op. cit.*, p. 43), explica que a preferência de Mill era assegurar o máximo de liberdade individual para o exercício da autonomia em assuntos da vida pessoal. E consciente de que o indivíduo não representa uma ilha, ele defendia, por exemplo, que em relação à ingestão de bebidas alcoólicas o indivíduo não deveria ser punido pela sociedade pelo só fato de embriagar-se, mas tão somente se da embriaguez adviessem conseqüências negativas para outras pessoas. Transcreve-se do autor citado (*op. cit.*, p. 282):

²⁴ Introduction, p. 43. The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XVIII - Essays on Politics and Society Part I, ed. John M. Robson, Introduction by Alexander Brady (Toronto: University of Toronto Press, London: Routledge and Kegan Paul, 1977).

Onde quer que, em suma, exista um perigo concreto, ou um risco definido de dano, seja ao indivíduo seja ao público, o caso é retirado da província da liberdade, e colocado na da moralidade ou da lei.²⁵

Convém notar que Mill analisou criticamente o movimento pela temperança – auto-intitulada Aliança para prevenção da intemperança -, as sociedades contra o vício, que deram todo o impulso político à proibição do álcool e das drogas (*Vide* cap. I desta dissertação). Em relação a tais movimentos Mill (*op. cit.*, p. 287) opina que representava uma usurpação da liberdade “da vida privada”. Por oportuno ao debate das drogas, retranscrevemos as razões do Lord Stanley, secretário da Aliança pela temperança, citadas por Mill (*op. cit.*, p. 287²⁶):

Se há algo que invade meus direitos sociais, certamente o comércio de bebidas quentes o faz. Ele destrói meu direito primário à segurança, pela criação e estímulo constante à desordem social. Ele invade meu direito de igualdade, por auferir um lucro da criação de uma miséria que eu sou obrigado a suportar. Ele impede meu direito ao livre desenvolvimento moral e intelectual, por circundar meu caminho de perigos e por enfraquecer e desmoralizar a sociedade, da qual eu tenho o direito de instar ajuda mútua e interação.

Observe-se que outra não é a justificativa para a proibição às drogas: proteção da saúde pública; perigo abstrato. Substitua-se a palavra álcool por maconha, cocaína, crack, ecstasy e opiáceos que as palavras de Lord Stanley continuam atualíssimas.

Mas, John Stuart Mill qualificou tal teoria dos “direitos sociais” como monstruosa. Diz Mill (*op. cit.*, p. 288) que diante de tal monstruosidade não haveria uma só violação da liberdade que não pudesse ser justificada. Talvez só escapasse mesmo a manutenção de opiniões secretas.

Na atualidade dúvida inexistente acerca dos direitos da coletividade, direitos de proteção. Inclusive, não pretendemos negar tais direitos da coletividade. O que defendem constitucionalistas como Lenio Streck, em relação às drogas ilícitas, cujas

²⁵ No original: “Whenever, in short, there is a definite damage, or a definite risk of damage, either to an individual or to the public, the case is taken out of the province of liberty, and placed in that of morality or law.”

²⁶ No original: “If anything invades my social rights, certainly the traffic in strong drink does. It destroys my primary right of security, by constantly creating and stimulating social disorder. It invades my right of equality, by deriving a profit from the creation of a misery I am taxed to support. It impedes my right to free moral and intellectual development, by surrounding my path with dangers, and by weakening and demoralizing society, from which I have a right to claim mutual aid and intercourse.”

ideias discutiremos mais amiudadamente no capítulo 4 e seguintes, não destoam do que defende o Lord Stanley, com a única diferença que eles aferram-se ao positivismo constitucional para escapar do discurso moralista. A discussão, no entanto, deve ser travada sem eufemismos.

Dahrendorf (*op. cit.*, p. 222-223) faz observar que o problema das liberdades civis em face da desconfiança contra a privacidade constitui um perigo político inerente ao caráter do indivíduo dirigido por outros. A desconfiança contra a privacidade, diz Dahrendorf, não começou nem terminou com o McCartismo²⁷ e caracteriza-se, na esteira de Shils (*apud* DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 223), pela “renúncia à autodireção, em favor do conformismo com as expectativas e sanções sociais em todos os setores da vida”, considerando o indivíduo incapaz de julgar enquanto autodeterminado. Dahrendorf, embora refutando os perigos apontados por Riesman, no tocante à sociedade americana da década de 1950, diz estar de acordo com este último quando afirma que:

A ideia de que os homens foram criados livres e iguais é, ao mesmo tempo, verdadeira e desorientadora: os homens foram criados diferentes; perdem sua liberdade social e sua autonomia individual quando tratam de ser iguais uns aos outros²⁸.

O professor Antônio Luis Chaves Camargo (2007, p. 18-19), da USP, em Conferência Inaugural no Seminário Teoria e Prática do Direito Penal (29-31/03/2007, Curitiba) promovido pelo Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Jurídicos, definiu a dignidade como “a capacidade de autodeterminação na sociedade atual”. E mais adiante (*op. cit.*, p. 21) completa o Prof. Antônio Luis Chaves Camargo, descartando o velho paradigma da limitação da liberdade:

A sociedade atual é a sociedade da dignidade humana, do respeito absoluto ao direito do outro, não de acordo com a situação kelseniana: Meu direito termina onde começa o do outro. É uma bobagem que deve ser esquecida, pois o seu direito vai até onde eu deixar.

Marmelstein (2007, p. 14) esclarece:

Os direitos fundamentais possuem várias funções, mas duas se destacam:

²⁷ Refere-se ao Senador McCarthy, famoso pela caçada ideológica aos comunistas.

²⁸ RISMAN, D. *The Lonely Crowd*. New Haven, 1950. p. 273. *Apud* DAHRENDORF, *op. cit.*, p. 236.

- a) em primeiro lugar, os direitos fundamentais servem como instrumento de limitação da atuação estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição de sua autonomia e liberdade. Ou seja, os direitos fundamentais funcionam, nesse sentido, como uma barreira ou escudo de proteção dos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado e contra o abuso de poder;
- b) além disso, os direitos fundamentais impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para ter uma vida digna.

Tocante a autonomia, a jurisprudência do STF é no sentido de que ela é e pode ser condicionada ao interesse social para permitir a coexistência das liberdades.

Ilustrativamente transcrevemos os seguintes excertos:

[...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-05, DJ de 27-10-06)

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o substrato ético que as informa — permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-99, DJ de 12-5-00)

Assim, em que pese o sentido da Constituição ser ditado na prática pelo que diz o STF, sem embargo da teoria de Peter Häberle, de uma sociedade aberta de

intérpretes, com a qual estamos identificados, formulamos um problema a ser resolvido no plano teórico: a liberdade e dignidade da pessoa humana é conciliável com a repressão ao comércio de drogas? Ou, noutros termos, é possível adotar uma concordância prática entre a proibição às drogas e a liberdade do indivíduo, emprestando máxima efetividade à liberdade sem ao mesmo tempo violar o princípio de justiça?

Reghelin (2008, p. 93-94) aponta diversas violações ao texto constitucional pela atual legislação de drogas que segue a linha do Direito Penal do terror. Segundo a autora, são violados os princípios: 1) da taxatividade, em face do excessivo emprego de elementos sem precisão semântica e tipificações genéricas; 2) humanidade, especialmente no que refere ao tráfico; 3) ofensividade, pela incriminação de atitudes internas e que não afetam bens jurídicos; 4) presunção de inocência, valendo-se da consideração de crimes de perigo abstrato.

Diz Claudio do Prado Amaral (2003, p. 225) que vivemos na atualidade uma espécie de contra-iluminismo, caracterizado pela intervenção irracional maquiada por pretextos, especialmente “na ideia propalada de que a criminalização de condutas é o antecedente cujo conseqüente é a efetiva segurança pública” (*op. cit.*, p. 225).

A teoria da prevenção geral da pena (como mecanismo intimidatório dirigido a toda a sociedade, a todos os potenciais delinquentes) “idealiza um mundo de seres humanos exclusivamente racionais que se sentiriam sempre eficazmente intimidados ante a possibilidade de serem apenados” (AMARAL, *op. cit.*, p.227-228). A intimidação pela previsão de uma pena, acrescenta Prado Amaral (*op. cit.*, p. 228), citando Santiago Mir Puig, não consegue efetivar o controle social, nem “é a mais eficiente forma de incrementar a segurança pública”. E mais: acaba sendo moralizante à medida que força a adesão dos cidadãos a determinados valores visados, a ponto de prescindir do consenso social.

É exatamente o caso do crime de porte de drogas, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006: etiqueta-se o usuário flagrado portando drogas para uso pessoal como criminoso: trata-se de uma tentativa vã, pela escolha errada do método, de forçá-lo a aderir a um “mundo livre de drogas”. Além disso, aplica-se na espécie a milenar prática do bode expiatório, pois a polícia sabe quem usa drogas, vê as pessoas usando

drogas, mas, a lei só autoriza o flagrante daquele que estiver portando a droga. Uma medida de saúde pública que alcançasse todos os usuários de drogas ou potenciais usuários, com programas, por exemplo, de psicoterapia comunitária, seria mais eficiente e democrático do que a eleição de bodes expiatórios que, no final das contas, serão punidos somente com o estigma de ter sido flagrado e com a burocracia processual-penal, ainda que simplificada esta última no âmbito dos juizados especiais criminais.

Raul Francisco Magalhães (1994, p. 114), em seu trabalho de dissertação em Ciência Política pela UFMG, afirma que:

Se a sociedade tentasse coibir o exercício das paixões que põem em risco a vida ela entraria em choque com um dos valores fundamentais na contemporaneidade: a liberdade de ação individual sobre sua propriedade inquestionável: o corpo.

É óbvio que todo uso de drogas constitui, em tese, uma ameaça em potencial à vida, até o uso de um analgésico. Mas, para justificar uma drástica intervenção na esfera de autonomia individual deveríamos eleger somente aquelas situações-limite, como, num caso concreto, em que um determinado indivíduo claramente pretende ingerir uma dose ou overdose potencialmente letal de uma determinada droga.

Questiona-se aqui se seria razoável uma política moralizante em relação ao uso de drogas como maconha, cocaína e mesmo ecstasy. A ser justificável tipificar o uso²⁹ como medida moralizante das substâncias todas atualmente tidas como ilícitas, especialmente da maconha e cocaína, justificar-se-ia, quiçá, com muito mais razão de ser a criminalização moralizante, emblematizante, com a mesma pena de advertência, ao usuário de tabaco e, no futuro não muito distante, com os elevados custos do sistema único de saúde com a obesidade, seria razoável até mesmo criminalizar um hábito de consumo alimentar, como o *fast food*. Pode-se pensar que o *fast food* não altera a consciência como fazem as drogas ilícitas. A consciência talvez não seja alterada com o *fast food*, mas a vida está tão ou mais ameaçada do que aquele que usa um “baseado” (cigarro de maconha). A propósito do tema, a Revista Época

²⁹ Embora o tipo penal seja de porte de droga – art. 28 da Lei 11.343/06 -, o alvo é claramente o uso, tanto que a sanção não é voltada para reprimir o porte em vias públicas, mas, sim, objetivando advertir os usuários dos efeitos nocivos causados pelo uso de drogas.

(ZORZANELLI, 2008, p. 104-110) publicou uma matéria sobre fumo, bebida e batata-frita, questionando até que ponto o Estado pode interferir.

A psicanalista e professora da UNIFOR Sabrina Matos em artigo no Jornal “O Povo” (Opinião, 17/10/09), comentando a obra de Freud, incluindo o livro de 1930, intitulado “Mal-estar na Civilização”, afirma que existem diversas formas de escapismo ao sofrimento. A droga é apenas uma delas. “Somos drogadictos de objetos”, diz a Professora Sabrina Matos. E essa descarga da pulsão de morte, ou da compulsão à repetição, pode incluir a compulsão compulsiva ao consumo, “uma liquidação no shopping”.

Mendes, Coelho e Branco (*op. cit.*, p. 380) afirmam que o princípio da proporcionalidade, bem como os princípios da liberdade, em geral, e da dignidade da pessoa humana podem ser invocados contra restrições à autonomia da vontade que “não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional”.

Nesse ponto, sabemos que o art. 5º, inc. XLIII, objeto principal do nosso estudo, no que refere à criminalização hedionda do tráfico ilícito de drogas, em tese constitui uma finalidade, ao menos textual, de raiz constitucional. Entretanto, conforme ensina Jörn Ipsen (*op. cit.*, p. 26) “a hipótese de uma liberdade natural como resultado da possibilidade de ação é pressuposto lógico e, ao mesmo tempo, substrato dos direitos fundamentais” (IPSEN, *op. cit.*, p. 26), os quais não constituem nenhuma autorização, licença, privilégio ou concessão estatal para viabilizar a existência humana. Os direitos fundamentais protegem a liberdade da interferência estatal (IPSEN, *op. cit.*, p. 27), em que pese o posicionamento do Professor Antônio Luis Chaves Camargo, alhures referido.

3.5 Haveria uma liberdade de usar drogas?

Apesar dos estereótipos marginalizadores em relação aos usuários dependentes de drogas, estereótipo que encontra paralelo, ainda que em menor grau, no caso dos alcoólatras, percebe-se uma tolerância e conivência, como já o dissemos. Até mesmo a imprensa acaba noticiando de forma glamourosa a experiência das estrelas do cinema, da música, da televisão e, mesmo dos esportes, com as drogas

ilícitas. Vê-se no filme (brasileiro) “Meu nome não é Johny”, com Selton Melo no papel principal, que a sociedade tende a não criminalizar o traficante de classe média, bem escolarizado, que viaja para a Europa ou para os Estados Unidos. A magistrada que julgou o caso – ainda reportando-nos ao filme - viu naquele traficante jovem a imagem e semelhança de seu próprio filho. Destino bem diverso e não menos trágico teve Maria, Maria Cheia de Graça³⁰, uma colombiana, representada nas telas pela também colombiana Catalina Sandino Moreno, como tantas Marias da América Latina e d’além África. Esta era pobre. E seu juiz não teve a inteligência que se espera de um juiz: a capacidade de ler a mente do acusado e perceber que por trás de um dado a alimentar a estatística policial está um ser humano de carne e osso. Maria que jamais drogou-se – e se vier a drogar-se não é de surpreender – mutilou sua dignidade de mulher, introduzindo na vagina algumas gramas entubadas de um pó branco para ser consumido pelos ricos brancos dos Estados Unidos. Além de comprometer a qualidade da droga, a repressão afronta a dignidade das mulas, das Marias, de inúmeros africanos que se submetem ao trabalho vil, acarretando riscos à própria vida.

De sorte que, admitindo-se a tese de Devlin (*apud* DWORKIN, *op. cit.*, p. 376), da possibilidade de uma sanção penal em proteção da moral, no caso das drogas, questiona-se se há substrato cultural suficiente a suportar a proibição de todas as drogas atualmente colocadas no campo da ilicitude, mais especificamente no que diz respeito à maconha e cocaína, excluindo o *crack*. Questiona-se se a proibição de tais substâncias e a conseqüente repressão com pena privativa de liberdade, não raro superior ao crime de homicídio, viola um dos pilares da Constituição Cidadã, que é justamente a justiça, justiça real, efetiva, concreta, afirmativa. A política de redução de danos, ora trilhada pela Lei 11.343/2006, ainda que timidamente, sem embargo dos aspectos positivos para os usuários, tem o nefasto efeito de deslegitimar o sistema legal, ante a flagrante hipocrisia de considerar todos os usuários pobres vítimas indefesas dos traficantes. E nesse particular, não estaria o art. 28 da Lei 11.343/2006 a revelar uma flagrante violação ao princípio da igualdade e ao princípio da proporcionalidade quando comparamos com as severas penas aplicadas aos crimes de

³⁰ O filme “*Maria Full of Grace*” (2004), da HBO films, com roteiro e direção de Joshua Marston e produção de Paul Mezey.

tráfico de drogas? Seria o tratamento desigual para com os desiguais – como forma de realizar a igualdade real - tão abissalmente justificável à luz da Constituição Federal?

Adriano Oliveira (*op. cit.*, p. 292), refletindo sobre a redução de danos, esclarece que o consumidor de drogas, do ponto de vista axiológico, pode ser analisado como detentor de uma liberdade individual, liberdade sem coação, com responsabilidade pelas escolhas que faz; ou como “um problema de saúde pública”. No campo econômico o usuário de drogas, desde que não se transforme num toxicodependente, “deve ser visto como um indivíduo que faz escolhas, porque tem liberdade para isso dentre as várias opções dadas” (p. 292). Segundo Kopp (1998, p. 55-57; *apud* OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 293, nota de rodapé 69) é preciso distinguir entre os consumidores toxicodependentes dos consumidores que não são dominados pelo vício e que são a maioria. Muitos conseguem administrar o consumo até mesmo de drogas pesadas.

Raul Francisco Magalhães (*op. cit.*, p. 148) afirma que contrariamente a teoria médica de controle do consumo de drogas – a qual vê no traficante o vetor epidêmico a ser eliminado -, na realidade a entidade que “dá conteúdo finalístico à droga” é o usuário. “É o dinheiro dos usuários que financia o risco de se produzir e fazer circular a droga. O uso cria o tráfico e não o contrário” (MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 148). E continua Magalhães dizendo que a tolerância é “um sentimento básico para a maturidade de um sistema democrático”, sentimento este que seria cultivado caso fosse adotada a convivência com o consumo de drogas (*op. cit.*, p. 150).

Mas, um sistema que cria figuras delitivas que não oferecem lesão real ou potencial a bens jurídicos, resultando num sistema que pune o modo de ser ou pensar do agente (TOLEDO, *op. cit.*, p. 19), não pode ser classificado como suficientemente tolerante, no nosso modo de entender.

De acordo com Canotilho (1993, p. 366):

O que importa num Estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.

Há quem defenda que a criminalização da posse de drogas viola a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Internacional sobre Direitos

Civis e Políticos, e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SINHA, *op. cit.*, p. 35-36). Erik Van Ree (1999, *apud* SINHA, *op. cit.*, p. 36) chega ao ponto de sustentar que o uso de drogas é um direito humano que deveria ser incorporado à Declaração de Direitos Humanos.

Recorrendo diretamente à fonte, isto é, ao texto de Erik Van Ree (1999), graças ao milagre da internet, deparamo-nos com a recorrência às ideias do liberal John Stuart Mill, já citado, especialmente no que concerne ao princípio do dano. Van Ree aponta que a guerra às drogas, com viés médico-sanitarista, agrava os problemas de saúde pública em vez de resolver os problemas associados ao abuso de drogas. Ele afirma que a Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, celebrada em Roma em 1950, ao permitir restrições a tais direitos com base na segurança nacional, bem-estar econômico e na proteção da moral, formam parte de um padrão de pensamento tipicamente utilitarista ou paternalista. Para ser mais exato, pensamos nós que o padrão é mesmo paternalista, uma vez que o utilitarismo é associado às ideias de John Stuart Mill. O experimento de estilos de vida, diz Van Ree, exerce um papel fundamental na visão dos grandes pensadores liberais, como Mill, Hayek e Rawls. O despotismo do costume representa um obstáculo ao progresso na visão de John S. Mill. A propósito, esclarece Cass R. Sunstein (2003, p. 163), não raro o argumento para o controle governamental encontra uma “origem irônica em Mill”, quando as forças do mercado tendem a uma homogeneidade e uniformidade, de modo que os controles para salvaguardar a coletividade são necessários a fim de cultivar diferentes concepções do bem. Em relação às drogas (substâncias aditivas) diz Sunstein que quando os atos de consumo anteriores alteram desejos ou crenças de tal forma que causem danos a longo prazo, torna-se justificável um controle democrático. Com o tempo os custos agregados do consumo de drogas aditivas excedem os benefícios agregados, a despeito da escolha inicial de consumo não ter sido tão elevada. Em tais situações se as pessoas forem razoavelmente bem informadas evitarão a substância na primeira oportunidade.

Mas, a atuação governamental deve estar segura da motivação, isto é, de suas conclusões³¹, pois diante da incerteza é preferível a liberdade de escolha (SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 165). O problema da adição de drogas, na opinião de Sunstein (*op. cit.*, p. 166) é em grande parte uma resposta a “instituições sociais que limitam severamente e condicionam o leque de opções”, não atingindo por igual a população. Na realidade a adição é apenas o caso mais óbvio de um problema de preferências, como o comportamento míope. Sunstein defende que em algumas destas situações os controles sociais através de uma regulação social, como o encorajamento de outros hábitos, tratada no nível individual, com o mínimo de coerção, seja uma resposta mais eficaz. Observe-se que Sunstein pauta-se por uma espécie de paternalismo liberal, admitindo o controle estatal sempre que outras formas de regulação social forem ineficazes. Aliás, consoante com Jhering, estamos de acordo com Andrew Koppelman (2006, p. 289) que não é desrespeitoso, em princípio, tutelar pessoas em casos de escolhas irracionais, de forma que o controle paternalista efetivamente promova o bem-estar. Mas, a atual política antidrogas, diz Koppelman (*op. cit.*, p. 293) referindo-se ao cenário norte-americano, não persegue os ideais em que está fundada de forma efetiva, pois as leis de drogas deveriam ajudar-nos a ser livres e não tornarem-se um obstáculo à nossa liberdade.

Na outra ponta do debate, afirma-se que o reconhecimento dos riscos de ingestão de drogas não é razão bastante para desaprovar “o significado possivelmente positivo do uso de drogas” (VAN REE, 1999, p. 95). O fato de que algumas drogas induzam a experimentar o lado irracional da vida – a um “escape da realidade” -, não é razão para dramatizar a experiência “intoxicante” como uma fuga temível, diz Van Ree (*op. cit.*, p. 96). Pois, a humanidade jamais se contentou com o existente. E as substâncias “intoxicantes”, juntamente com a religião e a arte, preenchem essa função importante de fuga da realidade, para o não-real, embora o ato de ingerir drogas, em si, seja “uma autêntica experiência”. Van Ree reconhece que um dos obstáculos para reconhecer o direito ao uso de drogas está justamente na questão da adição, uma vez que o conceito de direitos está baseado “no reconhecimento da liberdade soberana de

³¹ Transcrevendo literalmente: “For government to act in this context, it is important that it be confident of its conclusions; in the face of uncertainty, freedom of choice is appropriate here” (SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 165).

escolha individual” (*op. cit.*, p. 97). Nessa perspectiva um tal direito pareceria paradoxal. Ocorre que nem todos os usuários se tornam aditos. Os dados oficiais comprovam a afirmação de Van Ree, dizemos nós (*Vide* UNODC, 2009, p. 14; e p. 188 desta dissertação). Além disso, diz o pensador holandês, mesmo em situações de adição a corrosão da vontade não é generalizada, mas em geral limitada a área da respectiva substância. E a decisão de parar de usar drogas não requer mais do que um esforço médio da vontade, nada sobre-humano, a ponto de tornar o adito num escravo.

Assim se incluirmos o direito de usar drogas como uma nova categoria de direitos humanos – que não seria cogitada jamais se não houvesse a proibição - a interpretação ampla do conceito de “risco inaceitável” a ponto de incluir substâncias como anfetaminas, heroína, cocaína e LSD, diz Van Ree (*op. cit.*, p. 98) deve ser afastada mesmo quando adotarmos uma interpretação moderada, não radical, dos direitos humanos, pois a inclusão de tais substâncias como sendo de “risco inaceitável” na prática constituiria “uma farsa”, tanto quanto a criminalização da produção e do comércio.

3.6 Seria o uso de drogas incluível no rol da liberdade de consciência?

Em primeiro lugar façamos um paralelo com a liberdade de ir e vir. Ou mesmo com a liberdade de expressão. Quem tem a liberdade de circular ou de expressar-se tem a liberdade de abster-se. Isso é óbvio. Assim, partindo do pressuposto de que as drogas ilícitas – e boa parte das lícitas também – imergem o indivíduo nas águas do inconsciente - como sugere Carl Jung (2003, p. 100), pois a “droga quase religiosa” não é capaz de substituir os esforços consistentes e duradouros da prática religiosa alcançado sem o artifício de tais “venenos”³² -, indaga-se se o indivíduo usuário de drogas não estaria acobertado pela liberdade de consciência – na prática a revelar-se como uma bárbara, primitiva e de mau gosto liberdade de inconsciência?

³² Foi o que expressou Jung em carta a Senhora Eisner – a qual usou a expressão “droga quase religiosa” para o LSD - acerca do relato de uma experiência com LSD, carta de 12/08/1957. Embora achasse interessantes tais experiências Jung entendia que pessoas cultas não deveriam buscar a felicidade em tais substâncias.

A liberdade de pensamento e liberdade de consciência constituem liberdades básicas na teoria da Justiça de Rawls (*op. cit.*, p. 166).

O Juiz George Marmelstein, após deparar-se com a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal 01113563.3/0-0000-000, de 31/03/2008, tendo como Relator o Des. José Henrique Rodrigues Torres), - decisão que julgou inconstitucional a criminalização do porte de entorpecentes, no caso, cocaína, - lançou em seu blog³³ a provocadora pergunta: Existe um direito fundamental de “ficar doidão”? Marmelstein, sem tomar partido, cita decisão da Corte Constitucional Alemã. No caso, o TCF entendeu, em síntese, que embora o Art. 2º da Lei Fundamental (GG) proteja qualquer forma de ação humana, não englobaria o direito de “ficar em êxtase” (*Recht zum Rausch*). O TCF rejeitou a tese de que a proibição representaria uma intervenção na incolumidade física, nem acatou a tese da violação do mandamento de igualdade do Art. 3º da GG, porque o comércio e a posse de outras substâncias nocivas à saúde, como nicotina e álcool, não são criminalizados. Para o TCF o que se veda ao legislador – que tem ampla discricionariedade – é uma “diferenciação totalmente irracional”. Em face da longa tradição do álcool no círculo cultural europeu, o fato de ser usado como alimento, estimulante e até em ritos religiosos, como no caso do vinho, o TCF não acatou a tese da violação ao princípio da igualdade em relação a *Cannabis*, pois enquanto o primeiro é submetido a um maior controle social, esta última seria usada com o escopo exclusivo de se alcançar o “Rausch”. É importante destacar ainda dessa decisão histórica que esta não foi unânime. O juiz Simon considerou a intervenção na esfera de liberdade como excessiva, violando o princípio da proibição de excesso e assentando ainda mais que certas cláusulas de privilégio – que no Brasil estão englobadas no instituto da transação penal –, como desistência da persecução penal, da aplicação da pena ou trancamento da ação, não excluem o desrespeito ao princípio da proibição de excesso.

A proibição de excesso (*Übermassverbot*) é elemento do princípio da proporcionalidade. Na Alemanha o princípio da proporcionalidade é tido como norma constitucional não escrita (MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 329-330). O Tribunal Constitucional da Alemanha tem precedente de 1971 (BVerfGE, 30:250) no

³³ <http://direitosfundamentais.net>.

sentido de que viola o princípio do Estado de Direito a edição de leis restritivas inadequadas a seus fins (MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 330).

Por meio adequado deve entender-se aquele cujo evento pretendido pode ser alcançado. Assim, no ponto que interessa a esta discussão, a legislação que pretende acabar com o tráfico de drogas ou, ao menos numa revisão mais realista como tem sido feita, reduzir a oferta (disponibilidade) das drogas ilícitas deve ser adequada o suficiente para tornar possível a realização do fim colimado. Ou seja, os meios utilizados devem ter efetividade, capacidade de produzir resultados reais. E não ficar apenas no plano das promessas. Eis, portanto, um dos pontos a ser enfrentado na presente dissertação. A Lei 11.343/2006, tanto quanto as leis anteriores, efetivamente é adequada para extirpar o tráfico de drogas ou, ao menos, para reduzir significativamente a disponibilidade de drogas ilícitas?

Em relação à norma constitucional do art. 243 que impõe a expropriação de terras utilizadas no cultivo ilegal de plantas psicotrópicas o Supremo Tribunal Federal (RE 543974) considerou que a expropriação de toda a propriedade, independentemente de terem sido encontradas plantas ilegais apenas numa pequena gleba, não violaria o princípio da proporcionalidade. Do Informativo 540/STF extrai-se:

Culturas Ilegais de Plantas Psicotrópicas e Expropriação de Gleba

A expropriação de glebas a que se refere o art. 243 da CF há de abranger toda a propriedade e não apenas a área efetivamente cultivada (CF: “Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”). Com base nesse entendimento, o Tribunal proveu recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região que concluía que apenas a área onde efetivamente cultivada a planta psicotrópica deveria ter sido expropriada, pelos seguintes fundamentos: a) gleba seria parcela de um imóvel, tendo em conta a literalidade do art. 243 da CF; b) o art. 5º, LIV, da CF dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; c) o perdimento da totalidade do imóvel violaria o princípio da proporcionalidade. Reputou-se insubsistente o primeiro fundamento, haja vista que gleba é uma área de terra, um terreno e não uma porção dessa área. Asseverou-se, no ponto, que a linguagem jurídica prescinde de retórica e que cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. Assim, no art. 243 da CF, gleba só poderia ser entendida como propriedade, esta sujeita à expropriação quando nela localizadas

culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Repeliu-se, de igual modo, o segundo argumento, porquanto o devido processo legal, no caso dos autos, teria sido observado, tendo em conta que a União propusera ação expropriatória contra o recorrido, regularmente processada. Por fim, afastou-se a terceira assertiva, visto que ela seria uma oposição ao que o poder constituinte estabeleceu, ou seja, que a expropriação da totalidade da gleba onde foram localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas seria desproporcional, como se o TRF apontasse, corrigindo-o, um desvio do poder constituinte. RE 543974/MG, rel. Min. Eros Grau, 26.3.2009.

Diversamente, entendeu o Min. Ayres Brito, em processo diverso, porém julgado na mesma sessão (RE 597270 QO/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 26.3.2009.), relativamente à fixação de pena abaixo do mínimo legal que o princípio da proporcionalidade poderia ser usado para corrigir a lei, sob pena de conferir demasiada discricionariedade ao legislador. O entendimento de Ayres Brito foi minoritário, pelo menos nesse processo referido.

Ainda no Informativo 540/2009, consta a transcrição de decisão do Min. Celso de Mello no MS 27931, no qual se discute a questão do trancamento de pauta do Congresso Nacional por Medidas Provisórias. Sem entrar no cerne da questão que ora desborda do objeto de estudo, interessa-nos pinçar da fundamentação do eminente Ministro a assertiva segundo a qual há reiterada jurisprudência do STF no sentido de que

“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República”

Portanto, não haveria em princípio, impossibilidade jurídica de o Poder Judiciário corrigir imperfeições do Legislativo em matéria de fixação de pena, desde que para beneficiar o réu; e, até mesmo, em defesa da supremacia da Constituição poderia corrigir imperfeições do poder constituinte originário, sobretudo em face de situações históricas indicativas de que o constituinte originário partira de premissas equivocadas ou que tais premissas tornaram-se insustentáveis, fossilizadas, desatualizadas ante a evolução social.

De acordo com Canotilho (*apud* MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 330) lei individual restritiva inconstitucional é toda lei que: 1) imponha restrições aos

direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de várias pessoas determinadas; ou 2) imponha restrições a uma pessoa ou a um círculo de pessoas que, embora não determinadas, podem ser determináveis por intermédio da conformação intrínseca da lei e tendo em conta o momento de sua entrada em vigor. Assim, em relação aos usuários de drogas, passíveis de incriminação pelo porte de drogas, cuja pena, na prática consiste no etiquetamento, na emblematização da conduta como criminosa, com todas as seqüelas sociais, morais e legais, indaga-se se não haveria aí uma violação a liberdade individual?

Ralf Hohmann³⁴ (1994) observa que evidencia-se de forma clara o tratamento estigmatizador e criminalizador a igualar drogas “leves” e “pesadas” de um lado³⁵ e o tratamento desigual e mais injustificado da *Cannabis* em comparação ao álcool e ao tabaco (nicotina) de forma que particularmente para os pretensos destinatários da Lei de Entorpecentes (*Betäubungsmittelgesetz*) não resta qualquer efeito preventivo discernível. Esse tratamento legal torna o ordenamento jurídico extremamente duro, numa estigmatização social moralizadora dos consumidores de *Cannabis*. A proibição é ineficaz, inapta a alcançar os fins propugnados pelo legislador, diz Hohmann, desproporcional na relação custo/benefício, além de não ser a *ultima ratio* a justificar uma sanção penal. Outra contradição apontada por Hohmann observa-se quando se compara a auto-lesão decorrente do uso de drogas com a auto-lesão suicida, esta última impunível. Hohmann critica a decisão acima referida, do Tribunal Federal da Alemanha, uma vez que os dados oficiais na Alemanha apontam uma média de 40.000 mortes decorrentes do uso do álcool, enquanto da maconha sequer há registro. Outro ponto questionável, segundo Hohmann, é a ideia de que o consumo de maconha ou haxixe represente a porta de entrada para drogas mais pesadas.

Ipsen (*op. cit.*, p. 224) afirma que a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã não consiste em enunciar o direito de liberdade de forma inominada e genérica,

³⁴ Ein Verbot von *Cannabis* verhindert keinen einzigen Drogentoten Rauschmittel und Verfassungswidrigkeit. **FRANKFURTER RUNDSCHAU**, 08.08.1994. Texto enviado pelo autor em comunicação eletrônica de 24 de abril de 2009: hohmann@gmx.com.

³⁵ Embora não exista um rigor na diferenciação entre drogas leves e pesadas, aqui o autor coloca a maconha no rol das drogas leves, o que é praticamente consensual. A propósito o Senador Romeu Tuma apresentou um projeto de lei para corrigir as distorções no que refere ao crime de tráfico de drogas, tornando mais rigorosa as penas para o tráfico de *crack*, o que evidencia que a assertiva de Hohman está correta ao menos neste ponto.

mas, sim, em cada caso concreto, no momento da aplicação. E no caso da decisão sobre a *Cannabis*, afirma o autor referido que, embora o TCF tenha sinalizado com a possibilidade de reversão legislativa, em face da discricionariedade do legislador, o direito fundamental confirmado pela Corte foi muito mais o de um desenvolvimento menos conturbado da personalidade e não o direito ao *Rausch*, isto é, aos efeitos dos narcóticos.

Schaffer e Chaloupka (apud MORAIS, *op. cit.*, p. 144) estudaram o custo social gerado pelo consumo de drogas em comparação com o custo da repressão policial para deter o uso de drogas. E constataram que o custo gerado pelo consumo é pelo menos 4 vezes mais reduzido do que o custo da repressão policial ao usuário.

Apesar de controverso o tema, pelo menos em princípio, em se tratando de uma pessoa maior de idade, civil e penalmente responsável, estamos inclinados a achar que ele tem o direito de embriagar-se, de esquecer-se no mar bravio do inconsciente até o limite em que não represente uma ameaça concreta e direta a liberdade, a segurança e a vida das outras pessoas. Que limite seria esse? Somente a realidade empírica pode revelar.

À parte as lendárias experiências (de vida) de Aldous Huxley, bem como de Carlos Castañeda, com as drogas alucinógenas, o psiquiatra Stanislav Grof é pioneiro nas pesquisas de psicoterapia com LSD desde o final da década de 1960 (*Vide* DI BIASI E ROCHA, 2005, p. 57-58), de forma que uma aplicabilidade prática das drogas não está clinicamente descartada, embora na atualidade as pesquisas estejam senão de todo proibidas, mas, bastante prejudicadas. Vale registrar que Grof desenvolveu uma técnica de estado alterado de consciência que dispensa o uso de drogas: a chamada respiração holotrópica que nada mais é do que uma das diferentes formas de colocar o indivíduo em estado de meditação. Fica então a indagação se iniciativas como a do cineasta David Lynch³⁶ que ensina a meditação a jovens, crianças e até mesmo presidiários, inclusive no Brasil, não teriam mais resultados satisfatórios do que prender gente e empreender uma guerra contra substâncias (e traficantes) que se multiplicam dia-a-dia?

³⁶ <http://www.davidlynchfoundation.org>.

No Brasil a Lei 11.343, art. 2º, ressalva da proibição as plantas de “uso estritamente ritualístico-religioso”, a abarcar essencialmente o chá do Santo-Daime (ayahuasca). O DEA nos Estados Unidos insistia em manter na lista das substâncias ilegais a ayahuasca, mas teve que ceder à decisão da Suprema Corte em 2006, no caso *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, na qual prevaleceu por unanimidade a liberdade de uso da substância para fins religiosos, a exemplo do peyote com a Lei de Restauração da Liberdade Religiosa para os membros da Igreja Americana Nativa.

Em pesquisa no Brasil, Beatriz Caiuby Labate *et al.* (2008) registram elevado potencial terapêutico da ayahuasca no tratamento de dependência química, inclusive *crack*. Mas, como o dinheiro público, dizemos nós, é quase todo voltado para prender traficante e fazer a polícia invadir favelas, os estudos nesse campo ainda estão em passo lento.

Tentando especificar o caso à nossa realidade, não nos parece que o consumo de maconha, por exemplo, por mais problemático que possa ser em termos de danos cerebrais e de rendimento escolar para os jovens, deva ser encarado como uma prática de drogadição tão perigosa que não pudesse comportar uma tolerância racional por parte da sociedade e do Estado. Outra situação vem a ser o caso do *crack*, cujo comércio realizado de forma desumana atinge crianças de 8 a 12 anos. Embora não tenhamos encontrado uma estatística acerca do número de crianças envolvidas com o *crack*, por menor que seja o percentual, as conseqüências são socialmente alarmantes a julgar pelas manchetes dos jornais e inúmeras matérias veiculadas nos telejornais. Trata-se de uma situação que merece enfrentamento diferenciado do Estado com vistas a proteção das crianças e adolescentes. Mas, tal fenômeno não deve servir de desculpa para mistificar o problema das drogas e endurecer a legislação de drogas em sua totalidade como panacéia, não raro voltada a atrair a atenção do eleitorado às vésperas das eleições. E, embora o traficante que se utiliza de menores e vende drogas a menores deva ser sancionado de forma mais severa, a efetividade da reprimenda penal não está na quantidade de pena. Surtiria mais efeito tentar uma autêntica ressocialização dos traficantes presos, educando-os para os valores de

respeito à pessoa humana e de reinserção e qualificação laboral. Ou seja, mais do que penas duras, o cumprimento da Lei de Execução Penal de 1984 é fundamental.

3.7 Saúde pública, sociedade de risco e drogas

Sueli Gandolfi Dallari (2003, p. 41-42) após fazer um histórico do conceito de saúde pública desde a antiguidade afirma que durante a implantação do liberalismo as atividades do Estado relacionadas à vigilância sanitária valorizavam sobremaneira o individualismo. A limitação era admissível somente “naquilo estritamente necessário à preservação da segurança individual, com o mais absoluto respeito à lei – condição do Estado de Direito”. Mas, atualmente diz a autora:

a saúde não tem apenas um aspecto individual e, portanto, não basta que sejam colocados à disposição das pessoas todos os meios para a promoção, proteção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde “pública” tem um caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. (*op. cit.*, p. 47).

Aceitar a tese acima descrita por Sueli Gandolfi Dallari sem impor condicionantes acabaria no que John Stuart Mill advertira: não haveria uma só violação da liberdade que não pudesse ser justificada.

Nesse sentido, Edson Passeti (1997, p. 82-83), adotando uma linha francamente mais garantista da liberdade, senão libertária, afirma que a criminalização do uso de drogas sob a justificativa de que tal comportamento compromete a saúde do usuário, implica em reconhecer, em princípio, “que o Estado tem o direito a exigir do cidadão que ele viva de maneira sã possível e de proibir-lhe o que é ruim para sua saúde, como comer muito, alimentar-se com muita gordura...” etc.

Schäfer Streck, na outra ponta do debate (*op. cit.*, p. 57), afirma que no Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais “não podem mais ser encarados com os olhos de um modelo liberal individualista”. Há que se exigir também “uma defesa contra qualquer poder social de fato” (*op. cit.*, p. 92). Por isso:

enquanto os penalistas ligados à teoria garantista clássica liberal-iluminista se seguram no princípio da proibição de excesso (Übermassverbot), os ‘garantistas positivos’ sustentam que existe um espécie de lado ‘B’ da proporcionalidade – para utilizar a terminologia tradicional –, que é o princípio da proibição da proteção deficiente (Untermassverbot)” (*op. cit.*, p. 94).

Feldens (2008, p. 42), com base na doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, compreende o Estado Social e Democrático de Direito (ou Estado de Direito material contemporâneo) como Estado que preocupa-se com a “*consistência efetiva* dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa, deixando-se mover, por essa razão mesma, por considerações de justiça” com vistas ao livre desenvolvimento da personalidade.

Atente-se que essa definição de Estado Social e Democrático de Direito pode perfeitamente servir de esteio à defesa de um direito fundamental à drogadição, ou um direito à liberdade de experimentar e usar drogas, conforme proposta de Erik Van Ree. De igual forma também pode servir para fundamentar as políticas proibicionistas e criminalizadoras do uso e comércio de drogas, se partirmos do pressuposto que as drogas degradam o livre desenvolvimento da personalidade ao primeiro contato.

Fundamental, entendemos, é a liberdade, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade, o que engloba a possibilidade da pessoa experimentar drogas, especialmente aquelas que encontram ampla aceitação entre os usuários e maior tolerância entre os não-usuários, drogas minimamente problemáticas, como é o caso da maconha, reconhecidamente com menor potencial de induzir comportamentos violentos do que o álcool, conforme referimos no final do capítulo 2.

Fica em aberto a resposta à pergunta: qual o critério para assegurar a liberdade de experimentar e usar drogas? Em vez dessa pergunta devemos questionar qual o critério para proibir e reprimir o comércio de certas drogas e reprimir de forma desumana e desestabilizadora do próprio sistema prisional e em detrimento da própria segurança da sociedade? Com a palavra Luciana Boiteux et al. (2009, p. 200) que denunciam a alienação do campo jurídico, isto é, dos operadores do direito em relação ao fenômeno do comércio de drogas ilícitas:

Por serem as penas desproporcionais, as penitenciárias estão cheias,

ao mesmo tempo em que o comércio, a produção e a demanda por drogas aumentam seus lucros, servindo a política de drogas apenas como um meio puramente simbólico de proteção à saúde pública, mantendo, na prática, a tradição brasileira de repressão e controle social punitivo dos mais pobres e excluídos. (BOITEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 200).

Pode-se objetar que essa é apenas a opinião de alguns pesquisadores e ainda assim não constitui critério algum para definir que uma droga deva ser descriminalizada ou legalizada.

O fato é que a política atual de repressão ao comércio de drogas tem sido desastrosa. Quem manda hegemonicamente já decidiu na Reunião da Comissão sobre Drogas Narcóticas de 2009 que, apesar do fracasso, da impossibilidade de ter sido alcançada a meta estabelecida em 1998 de um mundo livre de drogas, a política deve continuar na mesma linha repressiva, embora temperada com tratamentos mais humanitários em relação aos usuários de drogas como forma de minimizar as críticas. A esse respeito, consulte-se Luciana Boiteux *et al.* (*op. cit.*, p. 42-43).

Fernando Gerson (2008, p. 150) admite que a nova lei de drogas ao criminalizar o porte de drogas com medidas não carceirizadoras abre espaço para o Direito Penal deixar de ser a *ultima ratio*, “pois se consagra o primado da prevenção e conscientização sobre a repressão, além de certo assistencialismo terapêutico por parte dos poderes instituídos” (*op. cit.*, p. 150).

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002, p. 54) afirmam que a mudança do Estado liberal para o modelo de Estado Social (*Welfare State*) representa a fonte primeira da hipertrofia do direito penal calcada na ideia de que o Estado pode intervir em tudo. “O eixo do sistema deixa de ser a pessoa, considerada em sua individualidade, para recair sobre as expectativas sociais, universais” (GOMES e BIANCHINI, *op. cit.*, p. 56). Sem levar em conta os interesses concretos das pessoas de carne e osso, afasta-se a tese de que os delitos contra a saúde pública seriam delitos de perigo abstrato. Em nome da tutela à coletividade, amplia-se a tutela dos bens supraindividuais, de tal maneira que o Estado que antes era guardião da liberdade e do patrimônio individual passa a dispor desses direitos fundamentais para atingir os seus fins. Esse incremento da hipertrofia penal iniciado com o Estado Social provocou a dessacralização do Direito e uma crise de racionalidade jurídica como apontou Jacques

Chevalier (*apud* GOMES e BIANCHINI, *op. cit.*, p. 58). O Direito penal na era da globalização não é mais o da Carta Magna do delinqüente como preconizara Von Liszt, mas, sim, a sua “guia de execução” (GOMES e BIANCHINI, *op. cit.*, p. 128).

Segundo Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2008, p. 10) a destradicionalização do comportamento, sobretudo a partir dos anos 1960, ao mesmo tempo que amplia a diversidade de modos de vida, provocando transformações na intimidade e nos relacionamentos humanos, acarreta também “um recrudescimento de grupos fundamentalistas”, que recorrem a violência “para impor e manter a sua forma de ver o mundo sobre as demais”. (p. 10). Os drogados, os imigrantes, os pobres, os incapacitados, “todos aqueles que não se adaptam ao novo sistema de produção” da economia globalizada são identificados como novos inimigos da sociedade em substituição aos inimigos clássicos do Estado-nação. “O Estado contemporâneo busca (e encontra) sua legitimidade perdida” com o discurso do medo e do terror, respondendo à demanda punitiva com leis penais sempre mais severas, embora insuficientes para conter a criminalidade (AZEVEDO, *op. cit.*, p. 13).

Comentando a obra de David Garland (*The Culture of Control*) afirma o Professor Luís Antônio Francisco de Souza³⁷ (2003):

Frustrando as expectativas dos especialistas que acreditavam na racionalização e na humanização do sistema penal, por meio de um Estado tutelar em que as instituições de controle do crime se tornariam centros abertos de tratamento, testemunhamos o retorno de práticas criminais centradas na figura do Estado punitivo, caracterizado por práticas penais violentas e discriminatórias. O Estado busca a vingança e a exclusão, marcas incontestes de uma justiça privada, mas também aplica uma tecnologia de controle altamente moderna e cara. A punição exemplar e severa une-se à tecnologia eletrônica de vigilância — essa é a tendência que parece consolidar-se. (*apud* AZEVEDO, 2008, p. 32).

Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 23), na mesma linha de pensamento, com base na obra de Ulrich Beck, afirma que as tendências expansionistas da intervenção estatal sancionatória caracterizada por uma “nova racionalidade de imputação” direcionada prioritariamente à prevenção, objetivando

³⁷ SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Obsessão securitária e a cultura do controle. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 20, p. 161-165, jun. 2003. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rsocp/n20/n20a15.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2008. Resenha de: GARLAND, David. The culture of control: crime and social order in contemporary society. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. *Apud* AZEVEDO, 2008, p. 27-36.

evitar o maior número de resultados indesejáveis, coloca em xeque o paradigma do direito penal mínimo desenvolvido a partir do Estado liberal burguês pautado pela intervenção subsidiária e de *ultima ratio* (*op. cit.*, p. 24).

O professor Sebastian Scheerer no prefácio ao livro de Paulo de Souza Queiroz (2002, p. 13) afirma que o direito penal moderno, como parte da política, abandona o paradigma da *ultima ratio* para se tornar a *prima ratio* e às vezes “a *solo ratio* da política”. As raízes da hipertrofia do direito penal, ainda segundo o professor Scheerer (*op. cit.*, p. 14), assentam-se na instrumentalização política aliada a orientação para resultados de proteção de bens jurídicos de consumo coletivo, sob o predomínio da ideia de prevenção. Sentencia Scheerer que “o direito penal transformou-se de proteção do cidadão em sua ameaça, e modificou-se de proteção da sociedade civil em um perigo para suas instituições e funções” (*op. cit.*, P. 14).

Gomes e Bianchini (*op. cit.*, p. 56) criticam a tendência hipertrofiada de tutela penal a interesses supraindividuais como direitos do consumidor, saúde pública e meio ambiente. Pois, segundo tais autores, “os crimes que afetam bens supraindividuais devem configurar, no mínimo, perigo concreto indireto para bens jurídicos pessoais. Do contrário, há patente violação ao princípio da ofensividade” (GOMES e BIANCHINI, *op. cit.*, p. 56). A discutível teoria do bem jurídico acaba sendo pretexto justificador de uma máxima intervenção penalista, dizem os referidos autores (*op. cit.*, p. 77). Gomes e Bianchini não adotam uma posição radical contra a proteção de bens supraindividuais, admitindo a antecipação da tutela penal desde que observada a construção do injusto penal centrado prioritariamente no desvalor do resultado (*op. cit.*, p. 81 e 84).

Os bens jurídicos, explica Sebastian Sheerer (*In QUEIROZ*, 2002, p. 14), descrevem instituições, funções e ideais, como é o caso da saúde pública, em especial, a legislação proibicionista às drogas, que implica em delito sem vítima, na qual para ser marcado como criminoso basta “um certo *habitus*”.

A professora Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2003, p. 109) afirma que a incriminação do tráfico de drogas tem como bem jurídico tutelado a saúde pública que no princípio não contava com uma legislação especial. A legislação especial sobre

drogas somente foi consolidada com a Lei 6.368/76. Acerca dos crimes contra a saúde pública leciona a autora que grande parte

constituem crimes de perigo abstrato, categoria que fragiliza o princípio da lesividade, um princípio limitador da intervenção penal, porque proíbe: a) a incriminação de uma atitude interna; b) a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) a incriminação de simples estados e condições existenciais; d) a incriminação de condutas que não causem dano nem exponham a perigo um bem jurídico (CASTILHO, *op. cit.*, p. 113).

Ela Wiecko Volkmer de Castilho reconhece ainda que “as alterações legislativas desorganizaram o sistema de penas de tal modo que há desproporcionalidades gritantes” (*op. cit.*, p. 115). E dá como exemplo, a falsificação de um produto alimentício, tornando-o nocivo à saúde, cuja pena cominada é de reclusão, de quatro a oito anos, enquanto a venda de cosmético, sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária, tem uma pena prevista de dez a quinze anos.

Seguindo a crítica de Ela Wiecko no que concerne à Lei 11.343/2006, observa-se que o crime de financiamento do tráfico de drogas, por exemplo, sem qualquer delimitação do poder financeiro, é tipificado com pena superior ao homicídio simples, podendo chegar a 20 anos de reclusão³⁸.

Paradoxalmente, a hipertrofia do direito penal perdura no Estado Democrático de Direito, havendo mesmo uma explosão das regras jurídicas, “apesar da crise de racionalidade jurídica” (GOMES e BIANCHINI, *op. cit.*, p. 59). E esta expansão do Direito penal, segundo os autores referidos, torna-se perigosa porque conta com a legitimação popular, instigada pela mídia, a qual vende o direito penal como produto de mercado, de modo que a falácia prevencionista coloca a eficácia sempre no futuro, refutando-se “a possibilidade de uma constatação empírica de suas conseqüências” (*op. cit.*, p. 129).

Essa eficácia da lei penal postergada ao futuro é particularmente marcante nos discursos de justificação à repressão ao tráfico de drogas. No prefácio ao Relatório

³⁸ Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Mundial sobre Drogas³⁹ (UNODC, 2009), o Diretor Executivo do Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime, Sr. Antonio Maria Costa, comemora o centenário da Convenção de Shangai que inaugurou a política proibicionista das drogas em escala mundial e, apesar de fazer referência às reflexões acerca da efetividade e das limitações da política de drogas, reafirma que as “drogas ilícitas continuam a representar um risco à saúde para a humanidade”⁴⁰. Ao argumento econômico daqueles que propõem a legalização das drogas, Antonio Maria Costa rebate dizendo que se trata de uma proposta aética e anti-econômica e indaga se os partidários iriam também defender a legalização do tráfico de seres humanos. Diz o Sr. Maria Costa que não se deve tornar legais “transações imorais apenas porque elas são difíceis de controlar”⁴¹. Com essa afirmação temos pelo menos um indício de que a proibição às drogas ainda tem forte motivação moral. Maria Costa propõe enfrentar as máfias do crime organizado com “mais controles sobre o crime, sem menores controles sobre as drogas”⁴². Ou seja, nada de flexibilizar a repressão. Embora reconheça o Sr. Maria Costa que deve haver um esforço conjunto de todos os defensores dos direitos humanos para promover o direito à saúde dos drogaditos. Afirma ainda o Sr. Maria Costa que o crime transnacional jamais será coartado pela legalização das drogas, pois as máfias atuam diversificadamente no tráfico de armas e outras atividades criminosas como seqüestro e pirataria. Rebate um tanto ironicamente os que defendem a legalização afirmando que eles defendem o controle de armas, dizem não às pistolas, mas, sim às drogas. Afirma Maria Costa que a agenda da legalização tem sido veementemente refutada pela maioria da sociedade. Assim, devemos não apenas dizer não às drogas, mas igualmente dizer “não ao crime”. Em suma, fecha o Sr. Maria Costa o referido prefácio afirmando que não há alternativa para incrementar a segurança e a saúde a não ser continuar com a atual política, pois “o fim do controle de drogas seria um erro épico”⁴³.

³⁹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **World Drug Report 2009**. New York: United Nations, 2009. 306p. Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 10 out. 2009.

⁴⁰ No original: “...illicit drugs continue to pose a health danger to humanity”. (p. 1).

⁴¹ No original: “don’t make wicked transactions legal just because they are hard to control”.

⁴² No original: “...more controls on crime, without fewer controls on drugs.” (p. 2).

⁴³ No original: “The termination of drug control would be an epic mistake”. (p. 3).

Esta última asserção do Sr. Maria Costa confirma a observação feita por Sebastian Scheerer no já citado prefácio ao livro de Paulo de Souza Queiroz (*op. cit.*, p. 15), segundo o qual o esgotamento da modernidade penal e sua falta de orientação decorrem de uma hipnose forçada que pode ser sintetizada na máxima “mais leis penais, mais comportamentos delituosos e mais reclusos”.

Bem se vê que os argumentos do Sr. Maria Costa são repletos de falácias. Primeiro, tenta desqualificar a proposta de legalização de drogas fazendo analogia com o tráfico de seres humanos e com o trabalho escravo. Tais atividades criminosas não guardam similaridade no que concerne à agressão a liberdade humana, ainda que as máfias eventualmente atuem simultaneamente numa e outra empresa ilícita. Segundo, tenta desqualificar os que defendem a legalização trazendo ao debate o controle de armas que é tema igualmente polêmico e longe de constituir unanimidade, registre-se que muitos que dizem sim ao comércio regulamentado de armas, também dizem sim à legalização das drogas. Em terceiro, afirma que as máfias criminosas não desaparecerão com a legalização das drogas como se a proposta de legalização das drogas tivesse o objetivo de extirpar o crime organizado como um todo. O que os defensores da legalização⁴⁴ postulam é somente que o Estado pare de intervir desastrosamente e foque sua atuação em políticas de saúde e prevenção.

Leonardo Mota (2009, p. 84-85) comentando os últimos relatórios mundiais sobre drogas observa que enquanto o Primeiro Comando da Capital incendiava ônibus e amedrontava a população de São Paulo, paradoxalmente o Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime no Relatório anual de 2006 (UNODC, 2006, p. 1), através de seu diretor executivo, Sr. Antonio Maria Costa, rechaçava a tese da legalização, pois “as estatísticas mundiais apontam para outra realidade: a repressão às drogas está funcionando e o problema mundial das drogas está sendo contido”. Ocorre que nos relatórios anteriores, aponta acertadamente Leonardo Mota (*op. cit.*, p. 86), o tom do UNODC era geralmente de preocupação com a proliferação das drogas ilícitas, “incitando as agências governamentais especializadas a tomar posições cada vez mais ostensivas”. A ascensão e declínio de algum tipo de droga é uma constante nos dados epidemiológicos sobre drogas, afirma Mota (*op. cit.*,

p. 87). À evidência, na década de 1960-1970 o pânico estava centrado na maconha; posteriormente, na década de 1980 foi transferido para a cocaína e o crack (nos Estados Unidos), cujo consumo elevado fora registrado somente nos anos 1920.

No Relatório Mundial sobre Drogas (UNODC, 2007, p. 7) afirma-se (numa livre tradução do autor) que:

O problema mundial das drogas está sendo contido. Em 2005/2006, os mercados globais de drogas ilícitas – os opiáceos, cocaína, *Cannabis*, e estimulantes do tipo anfetaminas – permaneceram em grande parte estáveis. A estabilização constatada no mercado de *Cannabis* é particularmente notável, o qual tinha estado em rápida expansão por algum tempo. Em conformidade com uma tendência de longo prazo, a fração da produção total de drogas que é apreendida pela repressão legal também elevou-se – algo em torno de 42 por cento da produção global de cocaína e 26 por cento da produção global de heroína deixou de chegar aos consumidores.⁴⁵

E no Relatório Anual do UNODC (2009, p. 11) afirma-se que os progressos comemorados no ano de 2008 relativos ao controle de drogas encontram-se sob ameaça porque apesar de apenas 0,6 % da população mundial ser classificada na categoria de usuários problemáticos de drogas (pessoas com severa dependência às drogas), há um novo surto produtivo de ópio e coca que pode ameaçar os países em desenvolvimento.

Em contraste com os dados oficiais do UNODC, Moisés Naím (*op. cit.*, p. 19) afirma que falar de cartéis já não exprime com fidelidade o fenômeno do tráfico, pois hoje o negócio das drogas – que vai muito bem - funciona de forma “mais ágil e menos rastreável”, com uma rápida expansão do cultivo da papoula após a expulsão do Talibã. E agora a matéria-prima da heroína é produzida também na Colômbia. O consumo de drogas expande-se no mundo todo. Afirma Naím que “tudo isso se desenrola, a despeito de uma guerra declarada – a maior mobilização de dinheiro,

⁴⁴ Mais adiante faremos uma incursão sobre as principais propostas de legalização e descriminalização do uso de drogas e tomaremos partido na questão.

⁴⁵ No original: The world's drug problem is being contained. In 2005/06, the global markets for the main illicit drugs – the opiates, cocaine, *Cannabis*, and amphetamine-type stimulants – remained largely stable. Particularly notable is the stabilisation seen in the *Cannabis* market, which had been expanding rapidly for some time. In line with a long-term trend, the share of total drug production that is seized by law enforcement has also increased – some 42 per cent of global cocaine production and 26 per cent of global heroin production never made it to consumers.

tecnologia e pessoal que a humanidade jamais fez para impedir que as drogas continuem a atravessar as fronteiras” (*op. cit.*, p. 19).

No Relatório Mundial sobre Drogas (UNODC, 2005) o comércio global de substância psicoativa ilícitas no ano de 2004 foi estimado em 322 bilhões de dólares. Isso representa menos da metade do faturamento bilionário das indústrias de álcool e fumo juntas. Além disso, segundo informes da própria OMS (*apud* MOTA, *op. cit.*, p. 84) no ano 2000 o álcool e tabaco contribuíram com 4,1% e 4,0%, respectivamente, para a carga de doenças, enquanto as drogas ilícitas representaram apenas 0,8%. Segundo Mota (*op. cit.*, p. 84) o alcoolismo representa cerca de 90% das internações psiquiátricas por abuso de substâncias e o tabaco mata cerca de 200 mil pessoas/ano.

O curioso é que tais estatísticas são também citadas pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime para justificar o atual modelo proibicionista. Nesse sentido, no Relatório Mundial sobre Drogas 2009 (UNODC, 2009, p. 164) reafirma-se a necessidade da proibição às atuais drogas ilícitas porque “as substâncias aditivas legais matam muito mais pessoas a cada ano do que as ilegais – estimando-se que 500 milhões de pessoas vivas atualmente morrerão devido ao tabaco⁴⁶”. E a causa de tantas mortes, diz o referido Relatório, não está na natureza farmacológica das substâncias lícitas e, sim, na sua legalidade e conseqüente maior disponibilidade. Por conseguinte, o número de mortes provocadas diretamente pelas drogas ilícitas que atualmente é ínfimo se comparado com as lícitas (*Vide* UNODC, 2009, p. 164) tenderia a alcançar os níveis das substâncias aditivas lícitas se as atuais substâncias ilegais fossem legalizadas. Ora, mas qual a base empírica para uma tal afirmação? E se a legalização da maconha, por exemplo, desde que venha a ser cultivada sem agrotóxicos⁴⁷, retirar alguns milhares de usuários de tabaco do quase inevitável fim cancerígeno que os aguarda? E se a legalização da cocaína, por exemplo, resultasse numa diversidade de produtos que permitisse restituir ao mercado o vinho Mariani contendo cocaína em quantidade tão saudável quanto a dos flavonóides que reconhecidamente existem na bebida milenar?

⁴⁶ No original: Legal addictive substances kill far more people every year than illegal ones – an estimated 500 million people alive today will die due to tobacco.

⁴⁷ Para uma compreensão do impacto dos agrotóxicos na cultura de fumo, *Vide* estudo desenvolvido no Rio Grande do Sul: O impacto da cultura do tabaco no ecossistema e na saúde humana. Disponível em: <http://www.sinpro-rs.org.br/textual/fumo.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2009.

O fato é que as estatísticas são manipuláveis para um lado e para outro. Enquanto a coerência mínima a ser seguida pela ONU diante de tão monstruosa cifra de mortes provocadas pelo tabaco deveria ser, no mínimo *minimorum*, propor a regulamentação do plantio de fumo impedindo o uso de agrotóxicos para reduzir os casos de câncer; ou mesmo, diante desta cifra terribilíssima, proibir de uma vez por todas o fumo (tabaco). Mas, a esta proposta dirão que as condições políticas não são propícias, que o hábito de usar as substâncias lícitas está arraigado, etc. E o uso das drogas ilícitas não está igualmente arraigado em parcela expressiva da população mundial?

O referido Relatório (UNODC, 2009, p. 14) estima que no ano de 2007 entre 172 e 250 milhões de pessoas no mundo utilizaram alguma droga ilícita ao menos uma vez durante o ano. Desse total de experimentadores, estima-se que existam entre 18 e 38 milhões de usuários problemáticos de drogas, em geral drogaditos. Somente nas Américas em 2007 existiam cerca de 41 milhões de usuários de *Cannabis* na faixa etária de 15-64 anos, dos quais 8,5 milhões concentram-se na América do Sul; pouco mais de 2 milhões de usuários de substâncias opiáceas; cerca de 9,5 milhões de usuários de cocaína; mais de 5 milhões de usuários de anfetaminas; e cerca de 3,2 milhões de usuários de ecstasy (UNODC, 2009, p. 17). Quanto ao uso de cocaína o Relatório não fornece uma estimativa separada em relação aos usuários de *crack*. O *crack* é definido como uma espécie de cocaína base. A falta de distinção no nosso entendimento dificulta a compreensão dos problemas ocasionados diretamente pelo uso das diversas espécies de cocaína. O Relatório Mundial de 2009 estima que existam 890.000 usuários de cocaína no Brasil (UNODC, 2009, p. 83) no espectro populacional de 12 a 65 anos. Mas, qual o percentual de usuários de *crack*?

Em relação aos opiáceos o Relatório Mundial sobre Drogas 2009 do Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime estima que existam no Brasil cerca de 635.000 usuários de substâncias opiáceas, representando, portanto, o maior mercado da América do Sul (UNODC, 2009, p. 56).

Em relação à maconha não encontramos uma cifra numérica em relação aos usuários, mas considerando que das 6 mil ha cultivadas no Paraguai, com produção de 16.500 toneladas (UNODC, 2009, p. 91), mais de metade da produção é

destina ao Brasil, dá para se ter uma ideia que o número de usuários ultrapassa a cifra de milhão.

Paulo César de Campos Morais (*op. cit.*, p. 14), comentando a legislação anterior, afirma que a lei 6.368/76 partiu do pressuposto que a proibição preservaria a saúde pública, que havendo proibição os usuários efetivos e potenciais seriam contidos pelo risco do cerceamento da liberdade e do encarceramento. Morais analisou a correlação entre indicadores de consumo de drogas e indicadores de condições socioeconômicas para o estado de Minas Gerais e para aproximadamente 98 países, constatando que a pressuposição instigadora da criminalização não é corroborada por essa correlação. Conforme os dados, o contrário se apresenta mais plausível, ou seja, indicam haver tendência à coexistência de taxas de uso e de IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) mais elevados.

A opção estatal de interferir na liberdade do indivíduo de ingerir ou não determinadas substâncias, alegando que procedendo desta forma preservaria a saúde pública e o bem-estar coletivo em geral, por meio das políticas de segurança pública tem acarretado um crescente conflito que se expande como uma bola de neve (SALAZAR, 2001, p. 133; *apud* MORAIS, 2005, p. 26). Salazar (*apud* MORAIS, 2005, p. 112) faz analogia entre o mercado de drogas nas Américas e o corpo de um lagarto, cujo rabo se regenera quando cortado. Assim, a cabeça do lagarto estaria nos Estados Unidos; suas patas representariam a rede do narcotráfico; e o rabo, os camponeses envolvidos no cultivo de coca, papoula e maconha.

De acordo com Morais (*op. cit.*, p. 57) apesar das justificativas de que a repressão ao uso de drogas visa “a busca do bem comum, da saúde pública, da felicidade, da lucidez, etc.,” os atores sociais ao condenarem rigorosamente o uso de drogas estão também, “**ou em maior medida**, inconscientemente procurando preservar valores e comportamentos” tipicamente conservadores, discricção sexual, dedicação ao trabalho, preservação da família, como se todo usuário fosse necessariamente um desviante de tais valores.

Recorrendo a obra do sociólogo Robert Merton, Morais (*op. cit.*, p. 64) explica:

Indivíduos direcionados para o controle social (empreendedores morais, funcionários públicos, políticos, médicos e jornalistas), ao arregimentarem recursos para combaterem o uso de drogas, alegam ser necessário obstruir o vício, a degeneração física e moral provenientes de tal uso. Afirmam que a juventude deve ser protegida dos males advindos das drogas, dentre estes uma suposta tendência ao comportamento criminoso advindo do uso de drogas. Em suma, indivíduos empenhados no controle social condenam o uso de drogas para protegerem a saúde pública e evitarem ações criminosas. Partindo-se destas pressuposições, arquitetaram-se campanhas públicas depreciadoras dos usuários e comerciantes, as quais resultaram na estigmatização e, posteriormente, na criminalização destes. Estas são as conseqüências que entendemos constituírem a função manifesta das políticas públicas recalcitrantes às drogas: controle da saúde pública e de desvios sociais. São essas motivações conscientes e específicas que supostamente conduziram ao bem-estar social (ao ajustamento ou adaptação), conforme a definição de Merton.

Moisés Naím (2009) em artigo publicado no Jornal *El País* relata o paradoxo da opinião pública em muitos países. Nos Estados Unidos, diz ele, pesquisas de opinião revelaram que 76% da população acha que a guerra contra as drogas fracassou, mas uma avassaladora maioria entende que não se deve mudar a política de repressão ao tráfico e consumo. A explicação para esta irracionalidade, segundo Naím está justamente no título de seu artigo, qual seja, a proibição às drogas criou o clima que veda pensar livremente sobre alternativas à proibição. Interessante que Naím neste artigo reproduz a confidência feita a ele por um senador norte-americano, confissão feita sob o compromisso do anonimato, segundo o qual muitos senadores norte-americanos sabem que os esforços que se fazem para combater o narcotráfico e o consumo de drogas além de não funcionarem são contraproducentes, mas esta “é uma posição politicamente suicida. Se o digo publicamente é quase certo que perca minhas próximas eleições”. No capítulo 2 já mencionamos a iniciativa do Senador Jim Webb de investigar o fracasso da política repressiva às drogas nos Estados Unidos, o que sinaliza uma abertura ao debate institucional do tema. Dizemos debate institucional porque no plano acadêmico, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos a questão é de longa data tratada por inúmeros estudiosos e intelectuais, de tal modo que agora a ação política é imprescindível. Do contrário, o que se produz nas universidades de nada vale a não ser para engrandecer o currículo dos autores e encher as prateleiras das bibliotecas.

No Brasil a simulação da classe política é mais escabrosa ainda do que nos Estados Unidos. Com honrosas exceções, dentre as quais recordamos o já saudoso Senador Jefferson Perez - que em discurso⁴⁸ proferido na tribuna do Senado em 2003 teve a coragem de defender a legalização das drogas -, em geral os políticos brasileiros não têm coragem de debater alternativas ao atual modelo repressivo. Estão contaminados pela hipnose forçada de que nos fala Sebastian Scheerer. O que dá lbope é aumentar as penas privativas de liberdade, tipificar mais e mais crimes hediondos, criar regime disciplinar diferenciado, escolher bodes expiatórios do tipo Fernandinho Beira-Mar e conduzi-los até o Congresso Nacional para serem ouvidos em CPI's que destinam-se aos holofotes da mídia televisiva.

Analisando pontos um tanto contraditórios da Política Nacional Antidrogas, PNAD/2001, Moraes (*op. cit.*, p. 232-233) adverte:

As drogas são um tema com fronteira muito tênue entre libertinagem e fascismo, principalmente em relação aos jovens ainda destituídos de ponderação. Se os deixamos ao livre-arbítrio, ficam susceptíveis ao desvirtuamento; se o conclamamos e conquistamos sua crença para combater algo, ser “anti” alguma coisa, corremos o risco de formar fantoches fascistas intolerantes.

Refere-se o pesquisador mineiro acima referido às diretrizes da PNAD concernentes às campanhas educativas no ambiente escolar e do trabalho e que estão presentes na atual política nacional antidrogas, incluindo os conselhos estaduais e municipais conforme disposto no art. 2º, inc. III, b, do Decreto 5.912/2006 que regulamenta a Lei 11.343/2006. Nesse sentido, Moraes critica a municipalização da PNAD, pois em pequenos municípios a possibilidade de anonimato é remota, o que pode “intensificar constrangimentos e comportamentos policiaescos desagregadores”, culminando na dicotomia entre os bons e os maus (*op. cit.*, p. 233). De acordo com referido pesquisador:

Cogitou-se a prevenção como meio mais importante de controle das drogas, porém a noção de prevenção predominante assemelha-se a uma doutrinação carregada de ideais comportamentais e morais indiferentes à heterogeneidade social e à liberdade pessoal para a escolha de estilos de vida. A prevenção também aparece como uma

⁴⁸ Diário do Senado Federal, 23/02/2003. p. 2203-2204. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 10 jan. 2010.

medida vaga, sem definição de meios para alcançá-la e parâmetros sobre sua eficiência. (*op. cit.*, p. 238).

Paulo César de Campos Morais (*op. cit.*, p. 237) faz uma retrospectiva histórica das décadas de 1920 e 1930 em que a influência da classe médica na implementação da legislação era marcada por um misto de ameaça e paternalismo, ao passo que a opinião pública da época não percebia as drogas como perigo efetivo e as elites cultivavam vícios elegantes, dentre os quais o uso da cocaína. Afirma Morais que

Semelhantemente ao que ocorria no início do século XX, ao longo das décadas de 70, 80 e 90 as drogas são interpretadas pelo Legislativo como um grande mal do Brasil e da humanidade, cujo consumo estaria crescendo constante e vertiginosamente. No entanto, as informações citadas são predominantemente de origem jornalística, não raramente absurdas, direcionadas para o embasamento de afirmações sobre elevação do consumo.

O curioso é que a visão paternalista em relação ao usuário de drogas, mantida no século XX, ao lado da criminalização, não resultou em “medidas altruístas concretas, como a construção de unidades públicas para tratamento de toxicômanos” (MORAIS, *op. cit.*, p. 238).

Somente agora quando o problema da adição ao *crack* ganha contornos de uma epidemia, ao menos nas manchetes dos jornais, é que o governo federal decide investir. Isto é, anuncia que o fará:

Publicação: 03/11/2009 20:05 Atualização: 03/11/2009 20:11

O Ministério da Saúde aumentou em 31,85% o valor das diárias pagas por paciente internado em hospitais psiquiátricos e gerais. Também destinou R\$ 98,3 milhões para internações curtas (até 20 dias) de pacientes com transtornos mentais ou para tratamento de usuários de álcool e drogas, de acordo com portarias publicadas nesta terça-feira (3/11), no Diário Oficial da União. (Fonte: Agência Brasil⁴⁹)

O jornal O Povo em matéria do dia 09 de novembro/2009, do jornalista Tiago Braga⁵⁰, registra que em nove estabelecimentos de tratamento de drogaditos, em Fortaleza, 90% dos pacientes são dependentes de crack. E na rede pública de saúde

⁴⁹Disponível em:<http://www.correiobraziliense.com.br>. Acesso em: 08/11/2009. Idêntica informação pode ser lida no Editorial do Jornal O Povo, 05/11/2009.

⁵⁰ 90% são dependentes de crack. **O Povo**, 09/11/2009. Disponível em: www.opovo.com.br. Acesso em: 09 nov. 2009.

somente um hospital psiquiátrico tem unidade exclusiva para tratamento de dependentes.

Da matéria jornalística acima referida infere-se que as outras drogas mais expressivas em volume de comércio, a saber, a cocaína e a maconha, não representam problema de saúde pública, ao menos no nível em que se observa com relação ao crack. E, no entanto, o traficante e usuário de uma e outra substância estão submetidos à mesma legislação, cabendo ao magistrado na hora da sentença estabelecer uma pena maior ou menor conforme a quantidade e natureza da droga apreendida.

Uma das justificativas para manter a maconha na ilegalidade é que, além de existirem atualmente variedades superpotentes de *Cannabis*, com elevador teor de THC⁵¹, tal droga seria o portal de entrada para as drogas mais pesadas. Recentemente ouvimos o Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará em entrevista à Radio Universitária FM 107,9 (programa veiculado entre 12:00 e 12:30, em algum dia do mês de outubro/2009)⁵², ao ser indagado sobre os efeitos da maconha em comparação ao crack, reconhecer que a maconha não é droga criminógena, ao contrário, tende a ter um efeito relaxante no indivíduo, mas quanto a legalização dessa droga o Excelentíssimo Senhor Secretário, Dr. Roberto Monteiro, disse que era contra porque a maconha não era mais problema, o problema era o crack. Ora, então se não é mais problema por que não legaliza? Justamente porque a maconha é o portal de entrada para o crack e para a cocaína. Eis a justificativa nos discursos oficiais.

O Correio Braziliense, em reportagem de 02/11/2009, produzida pelo jornalista Edson Luiz, sob o título “Versão potente da maconha é produzida no Brasil” relata que os produtores de maconha estão utilizando o agrotóxico Paclobutrazol que serve como indutor do florescimento da planta tornando-a mais precoce e com elevado teor do princípio ativo.

Na realidade, a maconha superpotente não é novidade. Imaginar que os grandes traficantes-produtores não investem em pesquisa agrícola e biotecnologia seria uma ingenuidade. Moisés Naím (2006, p. 69-70) relata que os programas de pulverização de plantações de coca na Colômbia, financiados pelos Estados Unidos, induziram os traficantes-produtores a desenvolverem modernas técnicas para aumentar

⁵¹ Disponível em: www.correiobraziliense.com.br. Acesso em: 08/11/2009.

a produtividade, incluindo o desenvolvimento de variedades resistentes a herbicidas. E quanto a maconha, a variedade conhecida informalmente como “B.C.Bud” é cultivada na Colúmbia Britânica no Canadá e não no México ou Colômbia. Ainda de acordo com Naím somente a variedade de maconha B.C. Bud do Canadá movimentou em 2005 cerca de sete bilhões de dólares.

Em vez de comentar a recente decisão da Corte Constitucional da Argentina, muito badalada pela imprensa⁵³, vamos tratar de gente de casa. Descobrimos no sítio do STF, graças ao milagre da digitalização dos processos antigos, um acórdão da lavra do Ministro Aliomar Baleeiro que felizmente ou infelizmente cala fundo na alma pela honestidade intelectual daquele Ministro. Diz a ementa:

MACONHA. POSSE PARA USO (DEC.-LEI 385/68). 1. PELO D. LEI 385/68, A POSSE DE 2 GR. DE MACONHA PARA USO PRÓPRIO É MAIS QUE SUFICIENTE PARA CONSTITUIR CRIME QUE, NO CASO DOS AUTOS, **CONSERVARÁ EM PRISÃO O RÉU POR CERCA DE 7 A 8 ANOS, COM O DISPÊNDIO DE MAIS DE CR\$ 26.208,00 PARA OS CONTRIBUINTES.** 2. NÃO É PERMITIDO AO JUIZ RECUSAR OBEDIÊNCIA A LEI EM VIGOR, NEM REEXAMINAR, EM HABEAS CORPUS, A PROVA, POR MAIS FORTE QUE SEJA A SUA CONVICÇÃO PESSOAL SOBRE O CASO. (HC 50836, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/1973, DJ 14-09-1973)

Referida decisão, já sob a égide da legislação de 1968 que era mais severa, foi desfavorável ao réu, enquanto a jurisprudência do STF anterior a 1968 reputava que o porte de drogas não era conduta que apresentasse ameaça a saúde pública e, por conseguinte, concediam-se ordens de *Habeas Corpus* em face da inexistência de justa causa para a persecução penal. Nesse sentido, também da Relatoria do Min. Aliomar Baleeiro, temos o HC 43662, cuja ementa é a seguinte:

ENTORPECENTE – Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal já assentou faltar justa causa para condenação do acusado, aliás primário, sem antecedentes desabonadores, por ter consigo quantidade ínfima de maconha, que, em tal caso, se presume destinada a uso próprio.

⁵² Citação de memória.

⁵³ Conforme Queiroz (*op. cit.*, p. 86) a Corte de Cassação da Argentina já decidira em 29/08/1986 pela inconstitucionalidade do crime de porte de entorpecente com base no art. 19 da Constituição daquele país.

Foi, portanto, de forma desoladora que o Min. Aliomar Baleeiro, confessando às fls. 638-639 não recordar-se durante sua judicatura no STF de outro processo que o tenha “deixado mais melancólico e mais deprimido”, teve de curvar-se a orientação da nova legislação pós-1968, afastando a jurisprudência até então pacífica da falta de justa causa para incriminar o usuário de drogas. Vale recordar que a partir de 1968 o usuário poderia ser condenado a até 5 anos de prisão. E a partir de 1972 a 1976 o crime ficou equiparado ao tráfico, podendo o usuário ser condenado a até seis anos de reclusão. A partir de 1976 há um abrandamento da legislação quanto ao usuário de drogas.

Qual a importância de citar jurisprudência tão envelhecida? Primeiro registrar que a festejada descarceirização do usuário de drogas⁵⁴ ainda parece muito tímida, tendo em vista que em pleno regime militar, até a entrada em vigor da legislação de entorpecentes de 1968, o STF manteve pacífica jurisprudência descriminalizadora da conduta de porte de drogas para consumo próprio.

Quanto ao HC 50836/73, cuja ementa transcrevemos acima, o caso, em breve síntese é o seguinte: o paciente, um pobre coitado, viciado em maconha, que já havia sido preso e condenado outras vezes pelo mesmo delito de porte da droga ilícita, fora absolvido na primeira instância. A juíza recusara-se a condenar o paciente apenas por ser reincidente no uso daquele fumo (maconha). A juíza, Dra. Stela Lopes Rodrigues censurou os policiais que não honravam a classe a que pertenciam porque não se dispunham a enfrentar os verdadeiros senhores do tráfico de entorpecentes, enquanto preferiam prender os infelizes bêbados que carregavam suas desventuras pelas ruas. O Tribunal da Guanabara, no entanto, reformou a sentença. Feito esse breve resumo, diz o Ministro Baleeiro em seu voto que a ficha criminal do paciente na realidade revela que se trata de um viciado antigo que deveria ter recebido assistência e tratamento, mas não o cárcere. Mas, como no STF não se admite o reexame de prova, o Ministro não teve outra alternativa a não ser indeferir o HC. Diz o Min. Baleeiro:

III. Se me fosse possível reapreciar a prova, não teria dúvida em restabelecer a sentença da Dra. Lopes Rodrigues.
No caso, o v. Ac. Recorrido amarra um peso de 4 anos de reclusão, 2 anos de medida de segurança, e o necessário tempo para descontar a

⁵⁴ Adotada pelo STF no Acórdão RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007 (Informativo 456, fev/2007)

multa de 10 salários que um miserável náufrago da vida não poderá pagar, fazendo-o submergir para sempre nas águas turvas do seu infortúnio.

Outro dado importante do referido acórdão, a demonstrar que o Ministro Baleeiro estudara o problema das drogas com certa profundidade, para além dos muros do positivismo jurídico, é a citação que faz (fls. 639 e ss.) do estudo feito pela Universidade de Harvard em 1971, publicado sob o título “Marihuana Reconsidered”, o qual analisou os mais diversos aspectos do uso da *Cannabis* e que chegara à conclusão “de que a punição desse hábito constitui o aspecto mais negativo e socialmente mais nocivo dele oriundo”. Retranscrevemos a seguir a conclusão do referido estudo norte-americano que Baleeiro diz ser apocalíptica sobre a proibição: “*If we are to avoid having this harm reach the proportions of a real national disaster within the next decade, we must move to make the social use of marihuana legal*”⁵⁵.

Ainda no referido acórdão o Ministro Aliomar Baleeiro cita estudo realizado pelo Professor John Kaplan que também era promotor federal em São Francisco e que conseguira a condenação de vários viciados em maconha. Mas, após estudar por três anos a vasta bibliografia científica sobre *Cannabis sativa* juntamente com seus colegas de uma comissão instituída pela Assembléia Legislativa da Califórnia, concluíra o prof. Kaplan, com apoio unânime dos demais membros da comissão formada por professores de direito criminal que a melhor alternativa seria legalizar o uso da “famosa e antiqüíssima erva”. O estudo de Kaplan foi publicado em livro sob o título “Marihuana: a new prohibition”.

3.8 Conclusões parciais

Assim como a interpretação do princípio da isonomia se faz no sentido de que os desiguais sejam tratados desigualmente para que se alcance uma igualdade real, também em relação à autonomia deve esta ser proporcional ao grau de responsabilidade do indivíduo. Não é razoável tratar com o mesmo peso um alcoólatra

⁵⁵ Numa livre tradução: Se desejamos impedir que esse mal alcance proporções de um real desastre nacional dentro da próxima década, devemos mobilizarmo-nos para tornar legal o uso social de marihuana.

de comportamento violento e um degustador de vinhos ou uma pessoa que toma um aperitivo moderadamente. Da mesma forma não é razoável igualar todos os usuários de maconha e cocaína. Como conciliar, na prática, essa autonomia progressiva com a sociedade de massas, a sociedade de consumo?

A questão desde o princípio suscita inúmeros questionamentos, mas não desistiremos só porque o assunto é espinhoso. De plano, afastamos a tese do General Jorge Armando Félix (2009)⁵⁶ expressa em discurso proferido na 52ª Sessão da Comissão sobre Drogas Narcóticas da ONU, realizada em março/2009. Primeiro o General reconheceu o fracasso da guerra às drogas, com o qual estamos de pleno acordo:

Temos clareza de que as metas de um "mundo sem drogas" se mostraram inatingíveis, com visível agravamento das "consequências não desejadas", tais como aumento da população carcerária por delitos de drogas, aumento da violência associada ao mercado ilegal das drogas, aumento da mortalidade por homicídio e violência entre jovens - com reflexo dramático nos indicadores de mortalidade e de expectativa de vida da população. Agregue-se a isso exclusão social por uso de drogas, a ampliação do mercado ilegal e a emergência de novas drogas sintéticas.

O nó górdio da questão no nosso entendimento está em reconhecer as estratégias de Redução de Danos e os “Direitos Humanos dos cidadãos usuários de drogas”, como disse o General Felix, com o modelo proibicionista que drena inexoravelmente vultosos recursos humanos e financeiros para a repressão. Ainda sobre o discurso do General Felix, por oportuno, transcrevemos o que disse Sua Excelência acerca do forte empenho do governo brasileiro:

[...] na superação das barreiras do sectarismo, comprovando que a intersetorialidade e a responsabilidade compartilhada nas ações de redução da demanda e da oferta de drogas nos permitem **ir além da discussão simplista, apaixonada e polarizada entre os modelos proibicionista e de legalização.** (grifo nosso).

Discordamos de que a ideia da legalização das drogas seja tão simplista, apaixonada e polarizada. Ao passo que a política de redução de danos – até aqui

⁵⁶ Intervenção do Ministro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, General Jorge Armando Felix, no Debate Geral do Segmento de Alto Nível da UNGASS (11/03/2009). Disponível em: www.senad.gov.br. Acesso em: 30 abril 2009.

orçamentariamente pífia – quando conjugada com “os Direitos Humanos dos cidadãos usuários de drogas” levanta de pronto a questão acerca dos vendedores e produtores de drogas. Ou será que esta categoria de gente não é gente? A redução de danos e o tratamento digno dado ao usuário representa uma guinada humanista, não resta dúvidas, mas expõe as inconsistências do modelo. E com a devida vênia, a habilidade do Brasil de fazer dribles na cena internacional – louvável até certo ponto - encontra obstáculos de ordem prática, interna, pois não se trata de um falso dilema, a menos que os secretários de segurança, o Ministro da Justiça e demais autoridades encarregadas da política antidrogas adotem uma tática de omissão ordenando aos policiais que não prendam mais traficantes, pois o dinheiro será investido na redução de danos. Sabemos que a lei proibitiva tem um custo: o policial tem o dever de prender o traficante. E como advertem Figueiredo Dias e Costa Andrade (*apud* QUEIROZ, *op. cit.*, p. 112)

uma política criminal racional não pode furtar-se à decisão de desviar os recursos humanos e materiais das áreas em que a sua intervenção, por sobre ser questionável, é comprovadamente inócua, possibilitando a sua concentração onde eles são necessários e mais eficazes.

Enquanto isso, o usuário tem a seu favor os direitos humanos, ainda que formalmente seja considerado um criminoso sujeito às severas penas de advertência acerca dos malefícios da escolha feita. Direitos humanos para os usuários muito mais no plano retórico, uma vez que ainda não se encontra o suficiente amparo no que diz respeito à internação, prevenção e tratamento de drogaditos. Esse modelo é coerente?

E, deixando de lado a coerência, para não cair na máxima kantiana “faça-se justiça e pereça o mundo”, indaga-se se o tal modelo ora positivado é eficiente, eficaz, apto a libertar o Brasil do dragão da maldade.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA REPRESSÃO AO TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS

Como já apontamos linhas atrás, a Constituição Federal de 1988 é singular no que respeita à criminalização do tráfico de drogas, tanto do ponto de vista da nossa evolução histórico-constitucional quanto se compararmos com diversas outras constituições de outros países do continente americano ou da Europa. O dirigismo penalista contra o tráfico de drogas intentado pelos legisladores constituintes – não esqueçamos que titular do Poder Constituinte é o povo por mais difícil que seja conceituar e operacionalizar a titularidade desse poder – estava pautado por um sistema de referência que se mostrou equivocado e tem cada vez mais provocado estragos e vítimas: a ideia de que um mundo livre de drogas é possível através da guerra contra as drogas capitaneada pelos Estados Unidos com a chancela internacional da ONU e suas respectivas convenções sobre a matéria.

Nesse capítulo, tratamos do tema central da dissertação a começar da ideia de sistema nas ciências em geral e da correspondente noção de sistema constitucional até adentrarmos na análise infraconstitucional da atual legislação antidrogas e sua respectiva influência na *praxis* jurisprudencial, incluindo o controle de constitucionalidade.

4.1 O Sistema constitucional

A palavra Constituição é insuficiente para exprimir toda a realidade pertinente à organização social e suas estruturas básicas, razão pela qual tem-se recorrido ao vocábulo sistema (BONAVIDES, 2007, p. 93). A ideia de sistema, explica Bonavides (*op. cit.*, p. 130), remete-nos às ideias de unidade, totalidade e complexidade. A terminologia *sistema constitucional* implica na “globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa” (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 95).

Embora a noção de sistema seja antiga, a concepção sistêmica é a ideia-força de nosso tempo, alavancada pelo progresso da biologia e da cibernética e que, de

certo modo, retoma o ideal positivista (de Augusto Comte) da unidade da ciência. O sistema externo diz respeito ao conhecimento do objeto; e o sistema interno, ao objeto em si (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 107-109), como exemplo, o sistema nervoso, o sistema solar. Assim, no Direito a noção de sistema externo diz respeito à ciência do Direito; e o sistema interno ao próprio Direito, à operacionalização do Direito.

Essa ideia-força de que fala Bonavides encontra na noção de autopoiese, tomada de empréstimo dos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela, a base da teoria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann para os sistemas sociais. A autopoiese significa auto-reprodução num sistema auto-referencial. A auto-referencialidade significa que a ordem interna é gerada a partir da interação de seus próprios elementos (ZYMLER, 2002, p. 26).

Niklas Luhmann (2000, p. 15) afirma que a inovação da teoria do sistema consiste em indagar acerca de como o sistema (interno) se produz, reproduz e se diferencia do meio. Afirma Luhmann que o sistema torna a criar formas, a forma gera diferenças que, por sua vez, leva à conservação e produção de diferenças do sistema e do meio. “A diferenciação é compreendida como a repetição da diferença do sistema e do meio no interior dos sistemas”⁵⁷. Essa diferenciação é que gera o progresso, a evolução.

Observe-se que uma tal concepção sistêmica encontra perfeita ressonância com o organismo vivo. Luhmann não descuidou em adaptar a autopoiese aos sistemas sociais, onde a comunicação exerce o papel central de articulação entre o meio e os sistemas. Exemplificando a sua teoria no sistema social, Luhmann (*op. cit.*, p. 20) explica que a racionalidade da produção do poder e do uso do poder leva a um paradoxo: o meio deve ser excluído, de modo que o sistema provoca um fechamento operacional; e, no entanto, deve retornar a considerar o meio quando o sistema se distancia do meio com base em sua autopoiese.

Benjamin Zymler (*op. cit.*, p. 101) esclarece que na teoria luhmanniana a autonomia é uma necessidade fática do sistema. “Apesar de todos os tipos de dependências e independências em relação aos seus meios ambientes (demais subsistemas sociais, sistemas psíquicos e sistemas viventes), só o sistema pode

reproduzir suas operações e exercer sua função.” (ZYMLER, *op. cit.*, p. 101).

No que concerne ao direito, Niklas Luhmann (*op. cit.*, p. 389) explica que internamente o sistema jurídico não é determinado pela política, entretanto o desenvolvimento do direito impulsionado por doutrinadores, juízes ou assessores de legisladores têm motivações políticas. Um dos paradoxos do postulado do Estado de Direito está no fato de que o direito se afirma através do direito e também da transgressão do Direito. A legislação compreende-se como um ato de mais elevado poder político. E o acoplamento estrutural entre a política e o direito opera-se na estatalidade. Tal acoplamento requer um engenhoso arranjo que confira ao direito à visão da política e à política a visão do direito nos processos internos dos respectivos sistemas do direito e da política. “Esse arranjo nós conhecemos pelo nome de Constituição” (LUHMANN, *op. cit.*, p. 390)⁵⁷.

O mecanismo do acoplamento estrutural como “*structural drift*”, termo que Luhmann toma de empréstimo de Maturana para significar o processo de abertura e fechamento que permite o contato entre um sistema e outro, explicaria a “latente função da mitologia constitucional” e a ênfase na supremacia valorativa da Constituição (LUHMANN, *op. cit.*, p. 391-392) que permite solucionar conflitos políticos que de outra forma se tornariam insolúveis. Com efeito, André Ramos Tavares (2007, p. 99) afirma que não obstante a ideia de supremacia constitucional servir de fundamento à teoria de um sistema constitucional harmônico que impede admitir-se qualquer contradição interna, a verdade é que o sistema constitucional, concebido como um somatório de normas tão somente do ponto de vista normativo, está aberto e em constante evolução, “tendo em vista o contato com a realidade social, o que ocorre especialmente pelos valores albergados constitucionalmente”.

Ensina Luhmann (*op. cit.*, p. 392), valendo-se da doutrina de Hermann Heller, que a interpretação da norma constitucional não é tão simples quanto interpretar o texto de uma lei ordinária. Na interpretação constitucional, o sistema político encontra a possibilidade e toma o direito como instrumento para alcançar fins políticos de acordo com os mecanismos de comunicação previstos na organização estatal. Assim, o

⁵⁷ Livre tradução do que segue: Differenzierung ist zu begreifen als Wiederholung der Differenz von System und Umwelt innerhalb von Systemen”.

⁵⁸ Livre tradução do que segue: “Dieses Arrangement kennen wir unter dem Namen “Verfassung.”

sistema jurídico, através das cortes de justiça integradas à organização estatal, pode fazer o sistema político observar o código⁵⁹ legal/ilegal.

Uma das críticas à teoria de Luhmann, como bem observa Zymler (*op. cit.*, p. 120), está no fato de que a “leitura funcional-sistêmica não concebe o sujeito como elemento básico da sociedade, uma vez que a existência de sistemas autopoéticos formados por atos comunicativos, pensamentos e seres vivos parece decompor o sujeito em “múltiplas esferas abstratas”.

Luhmann (*op. cit.*, p. 351-352) explica que a autonomia dos sistemas políticos fundamentada na “volonté générale” dos indivíduos é obra da Revolução Francesa. A teoria sistêmica de Luhmann busca apreender a complexidade da sociedade contemporânea, dado que a ideia do contrato social fundado na vontade geral não é suficiente para explicar e fundamentar toda a realidade constitucional e política.

Habermas (2002, p. 532), numa digressão acerca da apropriação da filosofia do sujeito pela teoria dos sistemas de Luhmann, aponta que o esforço metateórico, mais que sociológico, da nova teoria sistêmica de Luhmann representa a continuação engenhosa do racionalismo ocidental europeu com tentativas unilaterais de reduzir o espiritual ao corpóreo através de uma autocompreensão objetivista do homem e de seu mundo, de tal modo que a razão “centrada no sujeito é substituída pela racionalidade sistêmica” (HABERMAS, *op. cit.*, p. 533). Entretanto, reconhece Habermas que os sistemas descritivos com base na cibernética e na biologia “se aproximam muito mais da forma de vida sociocultural do que da mecânica clássica” (HABERMAS, *op. cit.*, p. 533-534). Nesse sentido a teoria de sistemas adota convicções metabiológicas em vez de convicções metafísicas.

Não é intenção nossa enveredar pela questão de qual o papel desempenhado pelo sujeito na concepção sistêmica proposta por Luhmann. Mesmo que a teoria de Luhmann apresente inconsistências nesse ponto, o que parece correto nessa nova abordagem sistêmica é a abertura do sistema às diversas influências do ambiente. Desde a célebre conferência de Ferdinand Lassale, criticando o

⁵⁹ O termo código utilizado por Luhmann diz respeito à programação do sistema. O código equipara-se, portanto, ao DNA do sistema. Ao mesmo tempo que conserva e reproduz também permite adaptar-se às contingências do meio.

constitucionalismo clássico que se fechava aos fatores reais de poder, não podemos descartar a força dinâmica e, por que não dizer, normativa, da ambiência social em todo o ordenamento jurídico-constitucional. De sorte que a teoria de Luhmann tem o mérito de alargar o horizonte de compreensão dos problemas complexos que se nos deparam na interpretação e aplicação da Constituição. Além disso, como o direito é auto-reflexivo – e pegando carona na ideia de Peter Häberle, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – longe de constituir um óbice, a teoria sistêmica parece contribuir enormemente para orientar uma eficaz atuação do sujeito no curso da história.

No Direito Constitucional, diz Bonavides (*op. cit.*, p. 132-133), existem dois conceitos de sistema: 1) o que deriva do formalismo constitucional, axiomático-dedutivo, que é o método por excelência da ciência clássica do Direito; e 2) o que emana da teoria material da Constituição, axiológico-teleológico. Esta última concepção de sistema é aberta às influências pluridimensionais do complexo de forças, relações e valores, de tal modo que a evolução da realidade constitucional serve de base ao texto constitucional e, por conseguinte, à interpretação do conteúdo das normas constitucionais (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 138).

Marcelo Neves (1994, p. 65-66) ensina que a Constituição deve substituir apoios externos, como o Direito natural e numa perspectiva da teoria dos sistemas, “a distinção entre *Direito* e realidade constitucionais só pode ser concebida como expressão jurídico-constitucional da diferença ‘sistema/meio ambiente’ (NEVES, *op. cit.*, p. 76). Em vez de abordar a dicotomia norma/realidade constitucional o prof. Marcelo Neves prefere suscitar o problema da concretização das normas constitucionais (*op. cit.*, p. 81-82), sujeita a inúmeras variáveis.

Parece acertada a compreensão de sistema constitucional como sistema abrangente de todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico, permitindo “perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social” (BONAVIDES, 2007, p. 95). A concepção sistêmica da Constituição implica na ideia de constituição-programa, o que acarreta uma profunda revisão do conceito de constitucionalidade, tornando-o flexível e, por conseguinte, sensível e acolhedor do juízo político, em vez de um raciocínio marcadamente jurídico (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 128). E embora esta concepção sistêmica carregue consigo o perigo de desintegrar o

jurídico no político, como esclarece Bonavides (*op. cit.*, p. 128), entendemos nós – e, assim tomamos tal concepção como a mais acertada – que idêntico risco existe na visão oposta na qual se concebendo uma constituição rigidamente petrificada, o aspecto político acaba desintegrando-se no jurídico. É da essência do Estado Democrático de Direito essa saudável tensão.

A propósito da flexibilidade, Carl J. Friedrich (*apud* Bonavides, *op. cit.*, p. 85), tratando da constituição norte-americana, afirma que é imperativo que as normas escritas sejam flexíveis ante a impossibilidade de regulamentar “com absoluta precisão as eventualidades do futuro”.

Häberle⁶⁰ afirma que a teoria constitucional distingue-se essencialmente pelo fato de dar uma importância elevada à realidade social e sua evolução no tempo. Thomas Osterkamp (1999, *op. cit.*, p. 1), por sua vez, defende que na perspectiva da filosofia do direito a mudança tornou-se um elemento normal do sistema, de modo que a mutabilidade do direito constitui uma fonte decisiva de legitimação. A “legitimação através da mudança” em conformidade com a teoria de Luhman, segundo Osterkamp (*op. cit.*, p. 10), onde a validade do direito repousa na sua contingência, tem, pelo menos, um ponto fixo imutável: a autonomia das pessoas. A autonomia, por conseguinte, é um dos limites às mudanças. Não obstante, entre a dignidade humana e a democracia atua a estatalidade.

E Otto Bachof (1994, p. 40) após distinguir o conceito formal do conceito material de Constituição com base na obra de Smend, afirma que pode haver direito material fora do documento constitucional, ou seja, podem existir normas sobre as instituições fundamentais do Estado ou sobre a posição do cidadão que não estão expressas no documento constitucional. Entretanto, ao contrário de autores como Smend, Apelt e Spanner que defendiam uma autonomia ilimitada do legislador constitucional (BACHOF, *op. cit.*, p. 46), Bachof defende que a autonomia do legislador constitucional somente subsiste “no quadro das vinculações supralegais”.

Isso posto, podemos sintetizar que o sistema constitucional, aberto aos

⁶⁰ Peter Häberle, *Zeit und Verfassung*, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2. Aufl., Berlin 1996, S. 59 ff. *Apud* OSTERKAMP, Thomas. *Legitimation durch Wandel - Zur Philosophie des Rechtswandels*. **HFR** 1999, Beitrag 2. Disponível em: <http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=24>.

influxos sociais do tempo presente, conserva o que há de essencial em consonância com a evolução do ser humano e da humanidade, dentro do escopo traçado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que reconhece a dignidade “inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”, tendo essa mesma dignidade como fundamento da liberdade, da justiça e da paz.

4.2 Os limites do Poder Constituinte Originário

O poder constituinte é um dos temas centrais do constitucionalismo moderno. A principal função do poder constituinte originário é positivizar a vontade comum da nação. (TEIXEIRA, 2003, p. 203). Mas, o poder constituinte apenas representa a nação, sobretudo no modelo de democracia representativa. A máxima legitimidade que se conferiu e confere ao poder constituinte não retira deste o dever de pautar-se dentro de certos limites para além dos quais a normatividade corre o risco de esvair-se, seja como revolução ou como inconstitucionalidade material (TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 207).

O Poder Constituinte é “uma metáfora especialmente luminosa” (MÜLLER, 2004, p. 27); não é “algo efetivamente existente”, mas “uma expressão de linguagem”, um texto escrito. Assim, o Poder Constituinte é o ponto inicial de deformação das Constituições, enquanto o ponto terminal é a unidade da Constituição (MÜLLER, *op. cit.*, p. 19-20). São exigências da expressão linguística “Poder constituinte do povo” a textificação, o procedimento e o cerne da Constituição (MÜLLER, *op. cit.*, p. 132-133).

Müller (*op. cit.*, p. 23) concebe o Poder Constituinte do povo como um subcaso do princípio da soberania popular. A dissecação analítica do poder constituinte do povo como “figura de argumentação ideológica” exige que desfaçamo-nos de “ilusão cinicamente imposta” (MÜLLER, *op. cit.*, p. 29).

A ilusão cinicamente imposta de que fala o autor supracitado (*op. cit.*, p. 30) radica no conceito finalista de poder constituinte do povo, estando tanto o poder constituinte quanto o povo conceitualmente a serviço da dominação e da autodominação. Müller (*op. cit.*, p. 29) esclarece que por razões de ordem demográfica,

técnica, organizacional, psicológica, de dinâmica de grupos, o povo não pode governar-se a si mesmo. Mas, o poder constituinte do povo pode ser dissecado analiticamente.

Na visão de Müller (*op. cit.*, p. 31-32) a Constituição implica num modelo de ordenamento materialmente determinado, “cujos elementos materiais atuam de modo co-normativo”, um complexo da legitimação do poder estatal (p. 31-32). Com base na obra de Smend, Müller (*op. cit.*, p. 48-49) afirma que a Constituição vige quando é eficaz. “Tudo indica que procedimentos não são decisivos para a sua legitimidade”. De igual entendimento, Bachof (*op. cit.*, p. 54, n. 72) afirma que a ilegitimidade do Terceiro Reich não decorreu da índole do seu processo de formação, mas da “renegação dos mais elementares princípios do Estado-de-direito”.

Ehmke (1953; *apud* MÜLLER, *op. cit.*, p. 49) posiciona-se contra a doutrina de Sieyès acerca da onipotência do poder constitucional. E também contra a suposição de Schmitt que entende o poder constituinte como existente e pressuposto. Idêntica linha de pensamento adota Vieira (1999, p. 225) que rejeita a tese de que o poder constituinte originário seria juridicamente ilimitado. Segundo Vieira (*op. cit.*, p. 225) as cláusulas constitucionais intangíveis não devem ser compreendidas ou utilizadas “como instrumento de bloqueio absoluto de mudanças”. As cláusulas constitucionais intangíveis precisam ser justificadas e aceitas racionalmente. O fato de terem sido estabelecidas pelo poder constituinte não é suficiente para garantir a legitimidade.

Não existe direito nem poder sem limites. O que implica dizer que é sempre possível no plano fático que o Poder Constituinte Originário viole os limites imprescindíveis à legitimidade. E em tal hipótese ficará a sociedade à mercê do arbítrio do Constituinte original? Não parece ser a melhor exegese sob o paradigma democrático. Conforme já dito no capítulo 3, Kelsen (*op. cit.*, p. 88) observara que a autoridade do Estado democrático não é menos expansiva do que a autoridade do Estado autocrático.

O paradigma democrático a que nos referimos e com o qual comungamos busca justamente imunizar-se contra a expansão da autoridade que, em último caso, pode leva a um processo de aniquilação da própria democracia.

Conforme Vieira (*op. cit.*, p. 221) o procedimento democrático não é um

fim em si mesmo, mas meio para a realização de uma associação entre cidadãos livres e iguais que possam reiterada e adequadamente se autogovernar.

José Afonso da Silva (2002, p. 19) ensina que uma Constituição democrática há de abrir-se ao conteúdo revivificador, “gerado na dinâmica dos entrec choques sociais, que um regime democrático administra sem preconceito e sem medo”. E o que caracteriza o regime democrático é justamente a realização eficaz dos direitos fundamentais (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 193).

O princípio elementar do humanismo, ensina Bidart Campos (*op. cit.*, p. 274) é o de que a justiça exige ampla esfera de liberdade ao desenvolvimento da personalidade. Por isso mesmo, ele defende a ideia de que é possível qualificar-se um direito constitucional de injusto, desprovido de validade, isto é, inválido. A validade de uma norma, ensina Bidart Campos (*op. cit.*, p. 137) exige uma dupla concordância de forma e conteúdo: 1) concordância positiva da norma à Constituição; e 2) um apoio suprapositivo no valor justiça. E se faltar este apoio também na Constituição, a norma será inválida. Ou seja, o valor justiça proporciona critérios que equivalem aos limites suprapositivos do direito natural, de tal modo que o poder constituinte originário não pode transgredir os princípios elementares de justiça (CAMPOS, *op. cit.*, p. 174).

De acordo com BONAVIDES (*op. cit.*, p. 92), das causas da inflação normativo-constitucional, isto é, do inchaço das constituições e, em particular da nossa Constituição de 1988, temos: 1) o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade; 2) o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias; e 3) atribuir ao Estado os encargos indispensáveis à manutenção da paz social⁶¹.

O Professor Marcelo Neves (1999, p. 17), em resumo de sua tese de doutorado, afirma que a “constitucionalização simbólica”, consubstanciada na hipertrofia do texto constitucional, tem uma função de legitimar a retórica do poder estatal, bem como o discurso político do crítico do sistema de governo, onde a proclamação de valores no texto constitucional exerce um papel simbólico relevante. Exemplo marcante

⁶¹ É indubitável que o inciso XLIII do art. 5º da CF/88 é um dos itens inflacionadores do texto constitucional, inserido em meio a uma certa histeria contra as drogas. Vale registrar que o anteprojeto coordenado por Afonso Arinos não continha nenhum dispositivo que se referisse expressamente à criminalização do tráfico de drogas. Foi a bancada médica aliada aos evangélicos que fez inserir tal dispositivo com recurso ao plenário da Assembléia Constituinte.

dessa constitucionalização simbólica é a retórica político-social dos “direitos humanos”, acarretando uma ambivalência entre ideologia e utopia. A ideologia não é concebida por Marcelo Neves (1994, p. 88-89) como “deformação de uma verdade essencial”. Ideológico diz respeito aquilo que seria realizável somente em condições sociais totalmente diversas. O real e a encenação se confundem em um mundo que se transforma aceleradamente, de sorte a acarretar a relativização dos conceitos de manipulação e de ilusão (NEVES, 1994, *op. cit.*, p. 40).

A tese da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves (1994, p. 10) como fenômeno exclusivo dos países periféricos, é revisitada pelo referido autor (1999, *op. cit.*, p. 19), de modo a admitir tal fenômeno também nos países ditos centrais, uma vez que a globalização econômica engendra uma espécie de “periferização do centro”. Esclarece o Prof. Marcelo Neves (1999, *op. cit.*, p. 8) que a legislação simbólica caracteriza-se pela “hipertrofia da função simbólica da atividade legislativa e de seus produtos, às custas da função instrumental do direito”⁶². Não descarta Marcelo Neves a dimensão simbólica do direito e da política. O problema surge quando o simbolismo ofusca a instrumentalidade do direito, inclusive no texto constitucional.

A constitucionalização simbólica representa uma forma de relação entre direito e política. Recorrendo a teoria de Luhman, Marcelo Neves (1999, *op. cit.*, p. 14), adota conceito luhmaniano de constituição moderna como um “acoplamento estrutural entre dois sistemas autopoieticos”. Na constitucionalização simbólica tal acoplamento não se desenvolve de forma adequada, de modo que o direito fica subordinado à política, o que implica dizer que em vez de autopoiese temos a alopoiese do direito. E por trás da fachada constitucional impera a cultura da ilegalidade (NEVES, 1999, *op. cit.*, p. 16). Entretanto, a constitucionalização simbólica não leva necessariamente a um jogo de soma zero na arena política, dependendo do contexto de movimentos e organizações que pressionem pela concretização do texto constitucional (NEVES, 1999 *op. cit.*, p. 18). A constitucionalização simbólica, em contraste com a legislação simbólica, apresenta uma maior abrangência social, temporal e material. E descarta o prof. Neves a constitucionalização simbólica em face da ineficácia de alguns

⁶² No original: In diesem Sinn verweist „symbolische Gesetzgebung“ auf die Vorherrschaft oder gar, in bezug auf das Rechtssystem, auf die Hypertrophie der symbolischen Funktion der gesetzgeberischen Tätigkeit und ihres Produkts, des Gesetzes, vor allem auf Kosten der rechtsinstrumentellen Funktion.

dispositivos constitucionais específicos. É possível que exista uma norma constitucional simbólica sem comprometer o sistema constitucional (NEVES, 1994, p. 90-91).

Na mesma linha de pensamento, embora sem usar o termo constituição simbólica, Friedrich Muller (*op. cit.*, p. 95) afirma que a seletividade do povo é uma das variantes de falsificação do “poder constituinte do povo”. Assim, o povo é “selecionado qualitativamente segundo a sua disposição à lealdade e subseqüentemente introduzido com maior ou menor hipocrisia nos textos de justificação que sustentam o Estado” (MÜLLER, *op. cit.*, p. 95). A hipocrisia não é definida pelo autor. Também não encontra definição em Francisco Gérson Marques de Lima (2008, p. 62). Para este último, “toda norma tem um pouco de hipocrisia, sobretudo quando traça programas ou ideias a ser conquistadas” (LIMA, *op. cit.*, p. 64). Não obstante, as normas nem por isso perdem a sua vinculatividade. Mas, cabe à Sociologia Constitucional “desvendar a hipocrisia constitucional e constatar se a Constituição está sendo socialmente cumprida”, especialmente em face de uma Constituição dirigente, como é a de 1988. Some-se a isso o estudo, de enorme relevância, dos fatores reais de poder que fazem o ser da Constituição.

Conforme o Dicionário Aurélio, hipocrisia quer dizer falsidade, simulação. Depreende-se dos autores referidos no parágrafo anterior que a hipocrisia constitucional refere-se aos discursos justificadores das elites dominantes em relação ao poder constituinte do povo, a começar pelo art. 1º da Constituição que afirma que todo poder emana do povo. Cria-se então uma tensão. Quanto menor a participação do povo, quanto maior a inércia de cidadãos, maior tendência à hipocrisia e, na linha de Marcelo Neves, mais chances de configurar-se uma constituição simbólica.

Para Müller:

Excetuada a lobotomia em todos os lados ou **o controle completo do comportamento por drogas psicoativas – possibilidades que** em um estudo sobre a legitimidade da estatalidade baseada no poder constituinte do povo **esperamos estar excluídas para sempre** -, sempre haverá diferentes opiniões sobre essa temática em uma dada população. (MÜLLER, *op. cit.*, p. 95) (grifo nosso).

Müller (*op. cit.*, p. 118) afirma que “Legitimidade, poder constituinte do povo, revolução ‘legítima’ não são entidades absolutas”, mas foram obtidas a partir de uma tradição constitucional não unilinear. O que implica em considerar ilegítimas as

práticas de Estados “que não correspondam a uma atualização do poder constituinte do povo” (MÜLLER, *op. cit.*, p. 118). Explica o constitucionalista alemão que os impulsos da normatividade (legítima) devem ser atualizados para atender aos desafios da realidade, uma vez que “os *realia* são pesados e dificultosos de mover; por isso nunca poderemos ter o texto *uno*” (MÜLLER, *op. cit.*, p. 27). E “enquanto a história real não se cansar de nos superar, ela nos reservará surpresas” (MÜLLER, *op. cit.*, p. 133).

Paulo Bonavides (2007, p. 186) trata da existência de um segundo poder constituinte originário, poder este que os juristas da Constituição escrita relutam em aceitar, mas que encontra fundamento na “força normativa da realidade e do meio social, ou seja, a facticidade que transforma as Constituições e as rejuvenesce”. Idêntica é a posição de Emerson Garcia (2008, p. 509-551), segundo o qual a Constituição em decorrência do ideal democrático deve permanecer sensível ao evoluir da vontade popular, de modo que a legitimidade da norma constitucional não pode prescindir do referencial de aceitação, do consenso da coletividade, sendo a dignidade humana um princípio transcendente à ordem constitucional. E para Müller a democracia permanente, direta e semi-anarquista, semi-rousseauiana, caracteriza-se por pensar “o que foi constituído em um constituir” (MÜLLER, *op. cit.*, p. 59).

Corroborando a tese dos autores acima citados, Konrad Hesse (1991, p. 24) afirma que a “Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica”. E seria excessivamente perigoso “permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado” (HESSE, *op. cit.*, p. 27).

Seguindo os delineamentos teóricos acima, aproveitamos para lançar um questionamento: seria o inciso XLIII do art. 5º da CF, uma norma constitucional simbólica? Mais adiante tentaremos responder a essa questão, não sem antes trazer à lume a advertência de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 9), segundo os quais a estabilização e duração da Constituição não comporta a constitucionalização de “matérias sujeitas a oscilações quotidianas”, nem a cristalização de interesses, ainda que relevantes, relacionados a grupos particulares e não ao conjunto da nação. Apesar dos referidos autores (*op. cit.*, p. 19) criticarem e descartarem “teóricos e as teorias que, evadidos da realidade, intentam dizer, de fora, o que se deve e o que não se deve constitucionalizar”, pretensão equivocada segundo os autores, pois a decisão

constituinte é um “momento culminante no processo de autoconstrução” das sociedades contemporâneas. Toda normatividade constitucional “incorpora e reflete as estruturas de poder subjacentes” em todo o curso da história e não apenas no nascedouro da nova ordem constitucional.

Explica Bonavides (2007, p. 128-130) que a ideia das Constituições-programa a reconhecer uma mútua e dinâmica interação Direito-Sociedade requer uma metodologia a privilegiar o caráter político, afastando-se a interpretação da norma constitucional da metodologia aplicada à interpretação das normas infraconstitucionais. A teoria material da Constituição procura superar a erosão da normatividade constitucional através de uma reflexão realista. Não obstante, há o risco de a essa politização maximizar-se a ponto de conduzir a uma perda do sentido de essencialidade do conteúdo da Constituição (BONAVIDES, *op. cit.*, p.137). A análise interpretativa da Constituição, impregnada de historicidade, pauta-se por um critério evolutivo, onde as transformações do sistema, as variações de sentido do texto normativo e da realidade constitucional são levadas em conta.

4.3 Mutação constitucional

Mutações constitucionais, de caráter semântico, que não mudam a letra do texto, constituem processos não-formais de mudança constitucional (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 241), ao passo que as reformas constitucionais que resultam em emendas constituem o modo formal e, no caso do Brasil, também o modo mais usual de mudança, conforme esclarece o Prof. José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 264). A desconstitucionalização, por outro lado, decorre da instabilidade do ordenamento jurídico que pode ser provocada pela instabilidade material (SILVA, *op. cit.*, p. 281-282).

A mutação constitucional decorre da conjugação da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, alterações no prisma histórico-social ou fático-axiológico (MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 129-130).

É importante registrar que o Prof. José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 283) aceita a doutrina das mutações constitucionais, porém com reservas: 1) admite

mudanças de significado, sem alterar a letra do texto; 2) não admite as mutações inconstitucionais, isto é, mudanças não-formais através de fatos da realidade que atuem de fora. E menciona que a flexibilização das constituições rígidas operada por tal doutrina debilita, segundo Hesse (*apud* JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 284) pontualmente e conjuntamente o sentido normativo da Constituição, embora tenha a mutação igualmente uma função racionalizadora e estabilizadora. Na visão de José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 285) uma conduta ou prática política em desacordo com a Constituição – violadora, por conseguinte do princípio da vinculação da Constituição – é inadmissível, pois “admitir o triunfo do fato sobre a norma, como queria Jellinek, como forma de mutação constitucional, seria destruir o próprio conceito jurídico de Constituição, pelo aniquilamento de sua força normativa” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 297).

Jellinek (2003, p. 55) afirma que uma resolução inconstitucional transformada em comportamento inconstitucional, se consistentemente praticado provoca uma transformação da Constituição. Existem lacunas na Constituição se reconhecermos que o estado é sobretudo um fenômeno histórico que pode sistematizar a lei, mas não criá-la. E as lacunas constitucionais não podem ser superadas pelos métodos convencionais de interpretação e analogia, de modo que a transformação constitucional pode ocorrer “onde a nova situação factual alcança um reconhecimento da lei ordinária e tem um significado normal assegurado”⁶³ (*op. cit.*, p. 56).

Já na opinião do Prof. José Afonso da Silva, a tensão entre o fático e o normativo deve ser resolvida ou com a proposta de emenda constitucional, fazendo o texto adequar-se à evolução histórica, ou através de uma firme decisão judicial que faça prevalecer a norma (*op. cit.*, p. 297). Tenhamos em mente ainda que embora cauteloso no que concerne às mudanças constitucionais, tendo por escopo preservar a normatividade da Constituição, o Prof. José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 280) explica que “a função essencial de uma Constituição consiste em assegurar os direitos fundamentais do Homem e a dignidade da pessoa humana”. E o princípio da supremacia da Constituição é instrumento garantidor daquela função (*op. cit.*, p. 281).

⁶³ No original: “...where the new factual situation achieves common law recognition and is granted normal meaning”.

A esta altura indagamos se uma mutação constitucional, embora sem o condão de acarretar a alteração do próprio texto, no caso o inc. XLIII do art. 5º, não poderia tornar inválida uma norma por ausência dos pressupostos dos quais partira o poder constituinte originário. Tentaremos responder ao discutirmos a tese de Bachof mais adiante.

No plano da Dogmática Jurídica está assente a ideia de que uma norma escrita só pode ser revogada por outra obedecendo ao processo legislativo, mas a verdade é que a vida social “é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais” (REALE, 1999, p. 609-610). E adverte Reale (*op. cit.*, p. 611) que é missão também dos intérpretes efetuar um reajuste permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça para evitar o divórcio entre a realidade social e a normatividade.

De Cândido Mendes (1986, p. Viii) extraímos lição lapidar:

O texto constitucional tanto mais cumpre a sua função, quanto traz a marca do que confronta concretamente na ordenação democrática do poder público. É neste contraponto que a Lei Fundamental ganha o seu efetivo sentido. Só fora dessa vivência se pode proclamar o dogma da imutabilidade da Carta, num nível de consciência ingênua, que não se dá conta de que a solidez do mundo social não escapa também de movimentos tectônicos.

Bidart Campos (*op. cit.*, p. 299-300) defende dois mecanismos para substituir a injustiça na Constituição, isto é, para extirpar a injustiça e efetivar a justiça. O primeiro mecanismo é através do processo normal de reforma constitucional ou através dos meios normais de controle constitucional. Mas, em se tratando de uma injustiça na Constituição escrita (formal) coincidindo com uma injustiça na Constituição material deve-se buscar um meio anormal de realização da justiça através da violação formal da Constituição que se caracteriza pela criação de uma constituição material oposta.

Pode-se sustentar com base na doutrina de Bonavides que o primeiro poder constituinte originário, poder este que se fez representar na Assembléia Constituinte de 1987 e desaguou no texto constitucional de 1988, encontra limitação no segundo poder constituinte originário – que emana da facticidade, da dinamicidade da sociedade. Ou dito de outro modo, o primeiro poder constituinte originário pode ser suplantado pelo segundo, provocando não apenas mutações na interpretação constitucional, mas alterando até mesmo o texto constitucional, o significante e o

significado da norma constitucional.

Com base na doutrina de Pedro de Vega, o Prof. José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 279) admite que o poder constituinte de um dia “não poderia condicionar o poder constituinte de amanhã”. Aliás, o Prof. Bonavides (*op. cit.*, p. 150-151) ensina – citando o art. 1º do título VII da Constituição Francesa de 1791, segundo o qual ‘a nação tem o direito de mudar de Constituição’ – que no sentido jurídico o Poder Constituinte é também um poder constituído, isto é, limitado pela regra de legitimidade que impõe obediência a moldes pré-organizados e que impõe a obediência aos limites da ordem jurídica, “cujos fundamentos não poderão ser ignorados pela ação do poder constituinte”. Dentre estes limites está o de que ao Constituinte é vedado fazer a lei ordinária, posto que não pode aquele poder “desempenhar as atribuições e competências mesmas de que irá dotar os poderes constituídos” (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 153). Face a essa última assertiva, lançamos a indagação se o inc. XLIII não teria invadido a competência do legislador ordinário ao impor a criminalização do tráfico de drogas com elevada rigidez, entrando até mesmo na seara da execução penal?

A propósito, Laboulaye (*apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 156) denunciou a usurpação e confisco da soberania popular com a identidade estabelecida entre povo e representantes, entre poder constituinte e assembleia constituinte, o que resultou em constituintes onipotentes com acúmulo de função legislativa. Bidart Campos (*apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 159) constata que a distância e debilidade da interferência dos governados implica numa baixa legitimidade constitucional. E nesse ponto, nova questão surge-nos: o que dizer da distância e debilidade dos governados no assentimento da norma criminalizadora do tráfico de drogas, isto é, do inc. XLIII do art. 5º?

Frank I. Michelman (2003, p. 416) afirma que em casos difíceis de conflitos de liberdades a Constituição deve reservar o máximo de discricionariedade legislativa. A drogadição, o comércio e o uso recreativo de drogas inequivocamente caracterizam um caso difícil no sentido em que proposto por Michelman, a menos que preferamos simplificar as coisas adotando a ideologia da intolerância total, eufemisticamente chamada de tolerância zero. Reforçando a assertiva de Michelman, Höffe (2006, p. 21) afirma que “a discussão sobre o rigor de uma lei só faz sentido onde

a legitimidade da competência reguladora correspondente do Estado é reconhecida como evidente”. A legitimidade pressupõe sempre um processo de dúvida renovada. E Grimm (*apud* FELDENS, 2008, p. 27-28) afirma que “as Constituições que levam demasiadamente longe a juridicização da política criam, elas mesmas, as bases de sua erosão”. Seguindo tal advertência Feldens (*op. cit.*, p. 28), defende os direitos fundamentais sem fundamentalismo, pois segundo Sarmento (*apud* FELDENS, *op. cit.*, p. 28) a hipertrofia constitucional “carrega o risco de asfixiar as forças sociais ao subtrair-lhes o espaço vital de sua atuação”.

Daniel Sarmento (2008) questiona a legitimidade e os limites da conformação dos caminhos das gerações futuras pelo poder constituinte: “por que, e até que ponto, pode uma geração adotar decisões vinculativas para as outras que a sucederão? Não seria esta uma fórmula de governo dos mortos sobre os vivos?” Nesse ponto, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 66) citando trabalhos de Thomas Jefferson informa que foi este o principal crítico do processo de emenda à Constituição norte-americana. Para Jefferson cada geração detinha o direito natural de se autogovernar, pois a terra pertencia aos vivos. Em contraste, Jon Elster (*apud* SARMENTO, *op. cit.*; e VIEIRA, *op. cit.*, p. 19-20) faz um paralelo entre a auto-limitação de Ulisses para escapar ao encanto das sereias (Odisséia de Homero) e a supremacia constitucional. Mas, tal analogia Jeremy Waldron (*apud* SARMENTO, *op. cit.*, nota de rodapé n. 9) descarta a similaridade, pois uma coisa é a autonomia do povo no presente e outra a situação de uma pessoa que limita no presente a sua própria autonomia no futuro. Além disso, Waldron diz achar estranho, no caso da Constituição norte-americana, que as pessoas se considerem vinculadas por decisões tomadas no século XVIII por uma assembléia de proprietários de escravos.

Vieira (*op. cit.*, p. 230) defende que a vedação de reforma constitucional de determinadas cláusulas que não constituam a reserva básica de justiça do sistema constitucional, resulta numa usurpação da autonomia das gerações vindouras, numa clara violação ao “princípio básico da igualdade e liberdade de cada um e de cada geração” (*op. cit.*, p. 232).

José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 262) refere que Thomas Jefferson advogava que imperfeições moderadas no texto constitucional deveriam ser toleradas.

E aqui mais um questionamento vem à mente: seria o inciso XLIII do art. 5º, no que concerne ao tráfico de drogas, uma norma de imperfeição moderada? Ou tal mandado de criminalização estaria em confronto com a realidade criada pela atuação estatal em imoderada imperfeição a desbordar da tolerância proposta por Thomas Jefferson? Para os que defendem a política repressiva com unhas e dentes certamente trata-se do mais perfeito texto. Mas, nós outros que temos percebido nos vultosos gastos com a máquina repressiva um enorme ralo por onde escoam de forma ineficaz as energias da nação, desconfiamos, no mínimo. E por isso prosseguimos na análise do problema.

Bachof, não sem ressaltar o caráter inibidor do princípio da legalidade positivado na Constituição, admite que o direito consuetudinário pode afastar o direito constitucional escrito, uma vez que inequivocamente proibições legais dos costumes “jamais conseguiram impedir com segurança o seu aparecimento e que, em especial, uma mudança gradual de sentido das normas foge a toda regulamentação legal” (BACHOF, *op. cit.*, p. 66-67).

O costume, segundo MENDES, COELHO e BRANCO (*op. cit.*, p. 22) consiste na conduta reiterada no tempo, cabendo ao órgão judicante atestar se determinada conduta é juridicamente neutra ou se decorre da convicção de sua juridicidade. Não obstante a resistência de alguns doutrinadores, o costume é admitido como fonte do direito constitucional, desde que não seja *contra legem* (MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 22).

Como se vê, a tese de Bachof vai muito além, pois admite não apenas a possibilidade de um direito consuetudinário em contrariedade à lei, mas em contrariedade à Constituição também. Um ordenamento jurídico que fecha os olhos aos hábitos e usos de um povo está fadado a gerar mais conflitos do que pacificar as relações sociais. A propósito, trazemos à baila lição de Oliveira Viana (1999, v.I, p.43-4), para quem, seguindo as pegadas de Del Vecchio (o que está no Código é o direito; mas, nem todo direito está no Código) e também influenciado pelo culturalismo de Sívio Romero,

as novas ciências sociais dão, hoje, com efeito, um grande e fundamental papel, na determinação das normas jurídicas, à atividade elaborada da própria sociedade, espontaneamente desenvolvida fora e independente da atividade técnica dos corpos legislativos oficiais. O direito que surge desta atividade espontânea da sociedade é o direito-

costume, o direito do povo-massa que as elites, em regra, desconhecem, ou mesmo desdenham conhecer, embora, às vezes, sejam obrigadas a reconhecê-lo e legalizá-lo – a “anexá-lo”, como diria Gurvitch.

Aqui calha uma outra pergunta concernente ao tema principal de nossa dissertação: haveria um costume de drogadição a ponto de justificar se não uma ampla legalização, mas ao menos uma certa flexibilização da repressão ao tráfico, além da descriminalização do uso e porte de algumas das atuais (mais expressivas e toleráveis) drogas ilícitas?

4.4 A questão da inconstitucionalidade de norma constitucional originária: o direito supralegal e o direito constitucional expresso

O ponto de partida da discussão é a clássica obra de Otto Bachof. Como já esclarecido alhures, admite Bachof a existência de direito constitucional material fora do documento constitucional.

De acordo com Malmann (*apud* BACHOF, *op. cit.*, p. 41) a positivação de valores metafísicos no sistema constitucional não implica na esgotabilidade do direito supralegal, nem que as regras do direito constitucional formal “estejam de harmonia com o direito supralegal” independentemente de ter sido este direito supralegal positivado ou não. O direito supralegal é concebido por Bachof como uma “ordem objetiva” (*op. cit.*, p. 43), integrante da ordem fundamental (*op. cit.*, p. 48) e sua incorporação na Constituição tem significado apenas declaratório (BACHOF, *op. cit.*, p. 45), do contrário não seria direito supralegal. O fundamento da ordem objetiva supralegal, segundo Bachof (*op. cit.*, p. 46) decorre do seguinte: “o conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal”, pois a pretensa autonomia ilimitada do legislador constituinte na realidade somente subsiste “no quadro das vinculações supraleonais”. Infelizmente Bachof não fornece os critérios para identificar a ordem objetiva supralegal. Mas, na nota de rodapé n. 2 explica o referido autor que evita a expressão “direito natural” por conta da utilização multifacetada. E à falta de uma expressão mais concisa utiliza-se ele do termo direito supralegal para designar o direito “com pretensão de vigência imediata face aos destinatários das

normas, e não simplesmente como um princípio regulativo para o legislador ou como um princípio jurídico *fundamental* apenas com obrigatoriedade *moral*" (*op. cit.*, p. 14).

Modugno (1995, p. 6) afirma que é preciso superar a ideia da exclusiva estatalidade do direito, com a qual se confunde o positivismo jurídico. Nos sistemas democráticos deve ser reconhecida a positividade de tudo que é pré-estatal, uma vez que a soberania reside no povo e não no Estado, o que leva a colocar em posição eminente, superior e acima do direito estatal, um direito positivo estabelecido pela decisão constituinte representativa da vontade popular. Contrário a tal doutrina, posiciona-se Lenio Streck. Em recente entrevista (WOLFART, 2009) afirmou o constitucionalista que "ser crítico hoje é concretizar a Constituição. Em outras palavras, não há mais como falar em direito achado na rua, direito alternativo ou pluralismo jurídico. A Constituição é muito mais avançada que qualquer uma destas bandeiras".

Com a devida vênua, preferimos a fonte viva de onde brota a normatividade e não a frialdade de um texto, por mais brilhante que seja e por mais iluminados que sejam os intérpretes. Ficamos ao lado de Bachof, de Modugno e de todos aqueles que reconhecem a importância da normatividade e positividade da Constituição e também da normatividade extraconstitucional, porque há vida inteligente para além do legalismo estatal.

Bachof distingue a questão da validade de uma Constituição à luz do direito supralegal com a questão da competência judicial de controle de constitucionalidade (*op. cit.*, p. 42). Primeiro, ele coloca a questão de saber se uma violação do direito supralegal se deve qualificar de inconstitucional. Segundo, se a violação de tal direito supralegal é passível de controle judicial (*op. cit.*, p. 47). Assim, aponta equívocos na doutrina e jurisprudência que identifica a não obrigatoriedade material com a faculdade judicial de declarar a não obrigatoriedade (*op. cit.*, p. 70-71). Para maior clareza transcrevemos:

Do facto de se reconhecer que a uma norma da Constituição pode faltar a obrigatoriedade jurídica, nos mesmos termos em que a outras normas jurídicas, nada ainda se tira quanto à competência judicial para declarar tal não obrigatoriedade e para deixar de aplicar o direito considerado pelo juiz como não vinculativo: justamente numa tal identificação da não obrigatoriedade material e da faculdade judicial de declarar a não obrigatoriedade radicam manifestamente muitos equívocos da jurisprudência e da doutrina. (BACHOF, *op. cit.*, p. 70-71)

Segundo Hippel (*apud* BACHOF, p. 42 e notas 51 e 52), a validade da Constituição implica num duplo aspecto de legitimidade, a saber, a positividade, como expressão de um poder efetivo; e a vinculatividade (obrigatoriedade), desde que o legislador se deixe guiar pela aspiração da justiça e evite regulamentações arbitrárias. Bachof vai além de Hippel afirmando que a obrigatoriedade só existirá “se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral”, conforme o reconhecimento histórico pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, se “não os renegar conscientemente” (BACHOF, *op. cit.*, p. 42-43). Quanto ao fundamento da lei moral e os critérios para identificar os mandamentos cardeais da lei moral não encontramos em Bachof uma indicação segura, exceto no que pertine aos precedentes jurisprudenciais citados pelo autor e que fornecem, ao menos intuitivamente, uma ideia da suprapositividade de certos direitos.

Leonardo Fernandes (2008) esclarece que Otto Bachof somente admitia a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias em face de uma extrapolação do poder discricionário do qual desfruta o poder constituinte originário.

Com efeito, Bachof (1994, p. 87-88) embora vendo na “positividade terrena” da Lei Fundamental um padrão de controle a ser utilizado na aferição da constitucionalidade contesta que seja este o “último” padrão a impedir que se coloque em dúvida a positividade da Lei Fundamental e sua obrigatoriedade jurídica. Embora descrente acerca de eventual êxito no suscitar tal dúvida defende ele a “necessidade de acentuar com a maior ênfase a reserva do princípio”. No prefácio à tradução portuguesa da obra, escrito em 1977 (BACHOF, 1994, p.2-3), o autor reitera que parece pequena a probabilidade de um legislador democrático incorrer na elaboração de normas constitucionais originárias inconstitucionais, mas deixa em aberto tal questão, uma vez que “o fenômeno (só na aparência paradoxal) de normas constitucionais inconstitucionais não deverá ser esquecido, como advertência permanente de que a onipotência do Estado tem limites” (*op. cit.*, p. 3).

Bachof comenta diversos precedentes das cortes estaduais e do Tribunal Federal da Alemanha entre os anos 1949 e 1951. Acerca da decisão de 15/03/1951 do Tribunal Federal da Alemanha afirma o autor que o entendimento firmado no sentido de que “uma norma da Lei fundamental não pode estar em contradição com a própria Lei

Fundamental” (BACHOF, *op. cit.*, p. 20), deixara em aberto a questão de saber se uma norma constitucional pode ser objeto de controle relativamente a infração do princípio supralegal da igualdade. A Corte constitucional da Baviera (doravante denominada Tribunal da Baviera), em duas decisões, pelo menos, de 15/10/1948 e de 24/04/1950, firmou o entendimento de que existem princípios elementares anteriores à Constituição que obrigam o legislador constitucional e, por conseguinte, outras disposições da Constituição “sem a mesma dignidade podem ser nulas” (BACHOF, *op. cit.*, p. 23-24). O termo dignidade utilizado no acórdão citado significa hierarquia, afastando, portanto, a ideia de que todas as normas constitucionais desfrutariam de idêntica hierarquia.

Os princípios elementares referidos por Bachof como princípios anteriores à Constituição, do julgado de 24/04/1950 do Tribunal da Baviera (VerfGH), são a ideia de direito, o princípio do Estado de direito, o princípio da igualdade e dos direitos fundamentais, todos como “expressão imediata da personalidade humana” (BACHOF, *op. cit.*, p. 24). De forma idêntica, Vieira (*op. cit.*, p. 225) coloca a igualdade, a liberdade e outros direitos essenciais à preservação da dignidade como limites ao poder constituinte originário e derivado. Referido autor desenvolve a teoria das cláusulas superconstitucionais. Segundo ele, as cláusulas superconstitucionais são um “conjunto de princípios normativos fundamentais que – reconhecidos explícita ou implicitamente pela Constituição – se encontram em posição hierarquicamente superior em relação aos demais preceitos da Constituição” (*op. cit.*, p. 20, nota de rodapé n. 9). A ideia de normas constitucionais de hierarquia superior, esclarece Vieira na referida nota de rodapé, é contestada pela maioria da doutrina, mas as cláusulas pétreas, na prática, comprovam tal hierarquização, uma vez que são irreformáveis pelos procedimentos de reforma ordinária da Constituição. Além disso, as emendas à Constituição podem ser controladas em face das cláusulas pétreas. Outra vertente, mais radical, segundo Vieira é a tese de Bachof que admite cláusulas superconstitucionais capazes de controlar a constitucionalidade da própria Constituição.

A ideia de superconstitucionalidade, segundo Vieira (*op. cit.*, p. 21, nota de rodapé 11) inspira-se no conceito de superlegalidade utilizado por Maurice Hauriou. A diferença em relação ao direito supralegal defendido por Bachof está no fato de que as cláusulas superconstitucionais contentam-se com a hierarquização não sendo

necessário recorrer a um direito fora da Constituição. Explica Vieira (*op. cit.*, p. 222) que devemos evitar duas armadilhas no estudo das cláusulas superconstitucionais. A primeira é fazer coincidir a dignidade e intangibilidade das referidas cláusulas com o direito natural. A segunda é fundar a intangibilidade destas “na sua própria positividade”.

As cláusulas superconstitucionais devem ter conteúdo racionalmente justificado à luz da igualdade e da autonomia privada e pública dos cidadãos (VIEIRA, *op. cit.*, p. 227); e devem ser compatíveis às necessidades impostas pelo fluxo da história, donde haurem sua legitimidade que está condicionada à conformação com a vontade democrática (VIEIRA, *op. cit.*, p. 29-30). A proteção superconstitucional da autonomia privada implica em proteção à liberdade de pensamento e crença, integridade física e mental (VIEIRA, *op. cit.*, p. 231).

Retornando ao texto de Otto Bachof é importante registrar que Apelt (1950, p. 9; *apud* BACHOF, *op. cit.*, p. 26-27) criticou a usurpação do direito de legislação constitucional praticada pelo Tribunal da Baviera em 24/04/1950. Em tal julgado ficou estabelecido que “o legislador constitucional se encontra vinculado ao *direito*, a cuja essência e conteúdo de sentido pertence o servir os valores éticos da dignidade humana e da justiça e, portanto, da liberdade”. (*apud* BACHOF, *op. cit.*, p. 26, nota 22^a; e p. 27). Em decisão de 14/03/1951 a Corte Constitucional da Baviera rebateu as críticas de Apelt de que teria usurpado o poder constituinte, a menos que se adotasse o pressuposto extremo do positivismo de que o legislador constitucional é o criador exclusivo do direito. Referido julgado

expressiu simplesmente a convicção de que também o legislador constitucional se encontra vinculado ao *direito*, a cuja essência e conteúdo de sentido pertence o servir os valores éticos da dignidade humana e da justiça e, portanto, da liberdade. (BACHOF, *op. cit.*, p. 26, nota 22^a).

É curioso que o debate suscitado por Apelt acerca da usurpação do poder constituinte continua atual. Em artigo relativamente recente, Vieira (2008, p. 454) manifesta o entendimento de que o nosso Supremo Tribunal Federal deu um passo na direção do poder constituinte reformador. E cita como indicativos dessa tendência o MS 26.603/DF, relativo à questão da fidelidade partidária; e a Reclamação 4.335-5/AC,

relativo à progressão de regime nos crimes hediondos. Neste último caso, em breve síntese, o STF havia decidido no HC 82.959 (DJ 01/09/2006) apenas incidentalmente e, portanto, com efeito exclusivamente *inter partes*, que a vedação de progressão de regime para condenados por prática de crimes hediondos era inconstitucional. A questão suscitada na Reclamação foi estritamente ligada aos efeitos da decisão do STF. Pois, caberia ao Senado Federal através de Resolução, nos termos do art. 52, inc. X, da CF, suspender a execução da Lei 8.072 na parte declarada inconstitucional pelo STF em controle incidental de constitucionalidade, quando então passaria a ter um efeito *erga omnes* ao menos no que respeita à suspensão da execução da lei. Entretanto, seguindo a doutrina do Min. Gilmar Mendes o Supremo Tribunal Federal entendeu que o disposto no art. 52, X, não era requisito indispensável para o efeito *erga omnes*. Revendo o texto do acórdão do HC 82.959, na parte final (p. 215) afirma o Ministro Sepúlveda Pertence em debate durante o julgamento que seria necessário comunicar ao Senado. *In verbis*:

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Se os Colegas concordarem, gostaria de explicitar, como já feito pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que, na verdade, não estamos decidindo o caso concreto, estamos decidindo o regime de progressão ou não do sistema.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Temos de comunicar ao Senado.

É com base nesses precedentes que Vieira (2008, p. 456) afirma que “o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição”. Vieira defende opinião de que o art. 52, X, da CF, é cláusula intangível, isto é, insuscetível de reforma constitucional com base no art. 60, parágrafo 4º, inc. III, da CF. E como tal não poderia o STF adotar a posição que adotou.

A tese de Vieira segue a mesma linha de Apelt (*apud* BACHOF, *op. cit.*, p. 27) quando este advertira que “o sistema de valores sobre o qual se ergue uma Constituição e, pelo qual têm de aferir-se a sua bondade e a sua valia” é responsabilidade de todo o povo e não de um tribunal de nove homens”, referindo-se, no caso, ao Tribunal da Baviera quanto ao julgado já comentado.

Os principais expoentes citados por Bachof na defesa do controle de constitucionalidade de preceitos constitucionais são Grewe, Giese e Krüger (BACHOF, *op. cit.*, p. 30-32, 34). Este último rejeita a tese de que todas as normas constitucionais sejam de igual hierarquia. Krüger e Giese, de acordo com Bachof (*op. cit.*, p. 55) defenderam a tese da inconstitucionalidade e invalidade de uma norma constitucional de significado secundário, “só formalmente constitucional”, contrária a um preceito material da Constituição.

Bachof explica que em artigo publicado em 1949 sustentou a ideia de que seria impossível o reconhecimento de normas constitucionais inconstitucionais, com base numa decisão de 02/11/1949 do Tribunal de Württemberg-Baden. Não obstante, na ocasião Bachof admitiu que “o legislador *constitucional* está vinculado ao direito supralegal e que é possível, portanto, deixar de observar, em virtude da infração de tal direito, normas constitucionais positivas” (BACHOF, *op. cit.*, p. 35). Em 1951, data da publicação da obra em comento, afirma Bachof já não poder manter a distinção que fizera com rigor entre inconstitucionalidade de norma constitucional originária e infração de direito *supralegal* (BACHOF, *op. cit.*, p. 35). Veja-se, em cotejo com o prefácio alhures citado, que o autor não dá uma resposta conclusiva no sentido da impossibilidade, mas tão somente admite a dificuldade teórica e, sobretudo, prática concernente ao controle judicial. Às páginas 62-63 o autor referido admite, contrariando o que defendera em 1949, que uma norma constitucional que infrinja outra norma da Constituição, “positivadora de direito supraconstitucional”, seja não apenas contrária ao *direito natural*, mas igualmente inconstitucional.

Bachof (*op. cit.*, p. 56-57) afirma que o poder constituinte pode, por força de sua autonomia, estabelecer exceções no que concerne a normas jurídicas “que não representem simples transformação positivante de direito supralegal”. Dentro desta autonomia não existiria diferença entre as normas constitucionais, ou seja, normas mais importantes e outras menos importantes, de sorte que a contradição do legislador consigo mesmo fica afastada em face da discricionariedade atribuída para o estabelecimento de regras e exceções. Por outro lado, afirma que “o legislador constituinte não pode, ao admitir tais exceções, infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal, em especial a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem

jurídica” (BACHOF, *op. cit.*, p. 57), sob pena de ser considerada inconstitucional a norma estatuída. Qual é esse direito supralegal e qual o critério para medi-lo? Já expusemos em parágrafos anteriores as ideias de Bachof acerca da natureza do direito supralegal.

O autor deixa em aberto a questão de saber se a proibição do arbítrio deve identificar-se com o princípio da igualdade e adverte que na interpretação da Constituição, como de qualquer lei, devemos ater-nos à “vontade objetivada do legislador”, de sorte que não há prova conclusiva acerca da intenção do legislador em estabelecer ou não uma exceção ou se ele teria deixado de perceber uma contradição.

Importante destacar, para o nosso estudo, o comentário que Bachof faz sobre a tese de Krüger tocante a inconstitucionalidade resultante de uma “mudança de natureza” de normas constitucionais (*op. cit.*, p. 59). Bachof não nega em princípio tal possibilidade, pois se os pressupostos determinantes da norma jurídica “não vierem a verificar-se ou se falham as expectativas que manifestamente se ligaram à norma jurídica, pode a norma, certamente, perder o sentido” (*op. cit.*, p. 60), ficando a cargo do legislador adotar as providências para modificá-la. Este autor admite ainda a cessação de vigência – ou a inconstitucionalidade – no caso de normas da Constituição que:

se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora (BACHOF, *op. cit.*, p. 60).

Uma crítica recente a tese de Bachof foi feita por Thaís Bandeira Oliveira Passos e Vanessa Vieira Pessanha (2008). As autoras rechaçam a existência de um direito supralegal, inquinando-se, portanto, ao lado daqueles que defendem a incondicionalidade do poder constituinte originário porque acarretaria enorme insegurança jurídica. Igualmente, com base na doutrina de Luis Roberto Barroso e Canotilho, rechaçam a ideia de uma hierarquia das normas constitucionais. Ou seja, o princípio da unidade da Constituição afasta as antinomias que são apenas aparentes. E fundamentadas na obra de Eros Grau, segundo o qual o direito não se interpreta aos pedaços e a norma se revela na interpretação e não no texto em si, as referidas autoras afirmam que:

para além do princípio da unicidade, tem-se que considerar que a interpretação jurídica não pode ser outra que não a de natureza

sistêmica. Daí poder afirmar-se que uma norma constitucional originária (fruto de um proceder interpretativo de cunho sistêmico) não pode revelar-se inconstitucional. (PASSOS e PESSANHA, 2008, p. 3775).

Embora não se exija uma coerência absoluta do legislador, por razões práticas, a lei deve buscar o mínimo de coerência lógica e sistêmica, visando o fim maior que é a Justiça. Canotilho (1993, p. 192) afirma, em parte valendo-se de Dworkin, que o princípio da unidade da constituição decorre da exigência de coerência narrativa do sistema jurídico e é dirigido a todas as autoridades encarregadas da aplicação de regras e princípios jurídicos, “no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’ como se fossem obras de um só autor” segundo uma concepção correta do direito e da justiça.

E diante da conjuntura política, pode ser interessante acatar o ponto de vista do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (*Vide* cap. 1) que, em entrevista⁶⁴ à Thaís Oyama (Revista Veja, 21/09/2009), defendeu somente a descriminalização da maconha, isto é, do porte e uso, deixando em aberto o exame da questão sobre a legalização do comércio da maconha especificamente. O importante é mudar o paradigma diante da fracassada guerra às drogas. Ao fecharmos o texto desta dissertação tomamos conhecimento de mais uma declaração do sociólogo e Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso. Conforme notícia veiculada na Agência Estado⁶⁵, apesar de contrário à ideia da legalização das drogas, FHC admite que a descriminalização de todas as drogas representa uma alternativa mais humana para o problema. Transcreve-se da notícia veiculada:

[...] “a política de guerra às drogas não está funcionando”, disse durante o encontro da Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia, no Viva Rio. Fernando Henrique chamou de reacionários setores da Organização das Nações Unidas que criticaram a postura latino-americana. “A ONU está numa posição de guerra às drogas que foi o que gerou esta violência no México, na Colômbia. Esse pensamento é reacionário, muito incrustado em certos setores da ONU. Só que eles estão perdendo a guerra”.

Conforme expusemos linhas atrás ao citar a doutrina de Bidart Campos, o princípio supremo da justiça implica na realização do homem como pessoa, de tal modo

⁶⁴ Disponível no sítio www.ifhc.org.br. Acesso em: 30 set. 2009.

⁶⁵ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u699607.shtml>. Acesso em: 03 mar. 2010.

que são injustas as situações que impeçam ou dificultem o desenvolvimento da personalidade. Esse é o critério para se identificar a injustiça e buscar a efetivação da justiça.

O princípio da unidade da Constituição é de natureza interpretativa com função dogmática aparente de enunciado lógico, depreende-se da leitura de Mendes, Coelho e Branco (*op. cit.*, p. 111). Estes autores (*op. cit.*, p. 114) lecionam que “aceito e posto em prática esse princípio” que dá suporte a maioria dos cânones interpretativos, bloqueia-se o surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, tanto quanto situações contraditórias são qualificadas como contradições aparentes. Como os demais princípios interpretativos, o princípio da unidade funciona como fórmula persuasiva “para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, mostrar-se-iam arbitrárias ou desprovidas de fundamento se não contassem com o apoio desses cânones interpretativos” (MENDES, COELHO E BRANCO, *op. cit.*, p. 111).

Firme é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária. A mais recente decisão que temos conhecimento é a seguinte:

AG. REG. NA ADI N. 4.097-DF
RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO
EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário. (INFORMATIVO 529/2008, STF).

Na ADI 815-3/DF (DJ 10/05/1996), na qual impugnava-se o art. 45, parágrafo 1º, da CF, relativo ao critério da distribuição da representação parlamentar na federação, consignou o Min. Relator Moreira Alves, acompanhado à unanimidade pelo Tribunal, que a tese “de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras – se me afigura impossível com o sistema de Constituição rígida”; e cita a doutrina de

Francisco Campos e Jorge Miranda. Além disso, o STF não tem poderes para fiscalizar o Poder Constituinte Originário.

Não obstante a louvável preocupação dos doutrinadores e do STF com a segurança jurídica, perfilhamo-nos ao lado de Otto Bachof. Pois, mais importante do que a segurança jurídica em si é a sobrevivência de um Estado de Direito capaz de garantir princípios basilares, dentre os quais sobressaem a busca da justiça e da isonomia. Com isso não queremos dizer que o recurso à teoria da norma constitucional originalmente inválida (inconstitucional) seja banalizado, utilizado à exaustão. Seguindo a advertência de Bachof entendemos razoável precaver-nos contra o arbítrio estatal.

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal cada vez mais tem buscado decidir com base na realidade social e não apenas focado na normatividade positivada em textos de lei. Ou seja, na trilha de Friedrich Muller, cuja obra ganhou notória aceitação entre os doutrinadores e operadores do direito constitucional brasileiro, e que assenta-se na ideia de que os dados da realidade constituem o âmbito da norma. A norma, portanto, é a realidade afetada pelo programa da norma que se extrai do texto positivado (BONAVIDES, 2007, p. 505).

Entretanto, a distinção feita entre texto e norma – distinção que é tranquilamente aceita segundo Mendes, Coelho e Branco (*op. cit.*, p. 132) - não é uma panacéia capaz de resolver os problemas com os quais nos defrontamos. Afirma Garcia (*op. cit.*, p. 513) que a interpenetração entre texto e realidade implica na adequação da norma constitucional aos padrões sociais do momento de sua aplicação.

No HC 96.715, em sede de decisão liminar, o Min. Celso de Mello, reformando decisão do STJ que denegara a ordem de *Habeas corpus* sob o fundamento de que o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o tráfico ilícito de entorpecentes constitui crime inafiançável e, por conseguinte, não seria razoável admitir a liberdade provisória sem fiança, fundamenta que:

O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, **tem advertido** que a **natureza** da infração penal **não se revela** circunstância apta a justificar, **só por si**, a privação cautelar do “*status libertatis*” **daquele que sofre** a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Esse entendimento vem sendo observado em **sucessivos** julgamentos proferidos **no âmbito** desta Corte, **mesmo** que se trate de réu processado por **suposta** prática de crimes hediondos **ou** de delitos a estes equiparados...[...].

Na referida decisão o Min. Celso de Mello não poupa críticas nem ao legislador ordinário nem ao Judiciário, incluindo o STJ, que violaram tanto o princípio da proporcionalidade quanto a racionalidade que se espera de qualquer ato estatal, incluindo o ato legislativo. O problema nesta decisão é que se passa ao largo da força normativa inserta no inc. XLIII do art. 5º. Qual a força normativa dessa norma? Pois, recentemente o Ministério da Justiça encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de lei, seguindo a sugestão do estudo coordenado pela Professora Luciana Boiteux et al. (*op. cit.*, p. 203-204), no qual constava a proposta de penas alternativas para pequenos traficantes e a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara rejeitou a proposta sob o argumento de que o inc. XLIII do art. 5º da CF veda tais benefícios, ou seja, firmando o entendimento de que se trata de mandado criminalizador e não se pode flexibilizar a repressão a tais condutas, quanto mais legalizar determinadas drogas hoje consideradas ilícitas.

Será que o Supremo Tribunal Federal poderia interpretar o inc. XLIII extraíndo do texto não um mandado de criminalização, mas, sim, uma norma que manda descriminalizar o tráfico e o consumo de drogas? Evidente que não, se atentarmos para a advertência do Prof. José Afonso da Silva, alhures citado (*op. cit.*, p. 283), isto é, de que a mutação de sentido encontra um limite no texto.

Ao passo que a tese de um direito supralegal, mesmo que o STF não tenha competência, ou não queira declarar-se competente, para realizar o controle judicial, pode perfeitamente iluminar o caminho e abrir as portas para uma mudança legislativa e constitucional. Se isto é perigoso e potencializador de rupturas, imagine uma Constituição anacrônica e desconectada da realidade! Evidente que a alteração do inc. XLIII do art. 5º não precisa necessariamente recorrer a tese de um direito supralegal. Tudo pode ser resolvido com uma emenda constitucional e não se descarta nem mesmo a possibilidade de um controle judicial dentro dos marcos jurídicos vigentes. A tese de Bachof, no entanto, tem a virtude de funcionar como a reserva das reservas. Se nada puder ser feito dentro do marco jurídico expressamente positivado, tem-se a possibilidade, remota, sim, mas, não impossível, de extirpar uma norma da

Constituição que em vez de ser efetivadora da justiça é causa de discórdia e correr de sangue.

Ivo Dantas (2004) defende a imutabilidade relativa do texto constitucional. E criticando aqueles que refutam a tese de Bachof apenas com argumentos de autoridade, Ivo Dantas afirma:

A questão referente ao Direito Natural, para nós, ultrapassa os limites da Constitucionalidade/Inconstitucionalidade, para esbarrar na questão dos valores sociais, isto é, se a norma fere os conceitos de Direito Natural aceitos pela sociedade. Se positiva a resposta, evidentemente, que não estaremos no campo do Controle da Constitucionalidade, mas sim, frente ao fenômeno sociológico do Hiato Constitucional. Exemplo do que dissemos é a consagração da pena de morte em alguns sistemas jurídicos, a qual, sem dúvida fere o Direito Natural à Vida, mas se consagrada no texto constitucional não se poderá alegar inconstitucionalidade frente àquele. Se, entretanto, a sociedade não a aceita, estaremos diante (repita-se) de um Hiato Constitucional que, a princípio poderá significar a não aplicação da norma, até a necessidade de a mesma ser modificada em razão das pressões sociais. (DANTAS, *op. cit.*, p. 30-31).

A diferença entre a tese de Bachof e de Ivo Dantas, na essência, nos parece ser tão somente de nomenclatura. O que o primeiro entende por invalidade ou inconstitucionalidade originária sem cogitar de controle judicial, o segundo denomina “Hiato Constitucional”. E nesse ponto estamos de acordo, pois em se tratando de um tema polêmico é até salutar que a Corte Constitucional, no caso, o STF, tenha a humildade de não decidir e delegar a tarefa para órgão mais representativo que é o Congresso Nacional, titular de um poder constituinte dito derivado, ou, ao próprio titular do Poder Constituinte (o povo do presente).

Uma das questões que se lança é se a sociedade aceitar o “direito natural” à pena de morte ou à escravidão. Esse é o ponto de tensão entre o constitucionalismo e a democracia. O constitucionalismo limita a soberania do povo que exerce o poder apenas de forma mediada e limitada pelo Direito para evitar a autodestruição do próprio sistema democrático e para impedir que os valores fundamentais sejam extirpados por via plebiscitária ou majoritária. Não pretendemos dar uma resposta a essa questão, senão pontuar que o destino da civilização depende do esforço coletivo. Um processo de educação para a democracia em respeito aos direitos humanos e aos direitos positivados como fundamentais constitui a esperança de que a sociedade não irá

desviar-se do caminho. Afora isso, nem o jusnaturalismo, nem o positivismo, nem a ideia de uma ordem supralegal, nem qualquer outra teoria da justiça ou da democracia será capaz, por si só, de garantir um futuro promissor.

No contexto atual, do Brasil, há uma desconfiança em relação ao Parlamento e um fortalecimento do Judiciário. Entretanto, a necessidade de dosar democracia e constitucionalismo impõe uma maior abertura à participação cidadã, do povo, no controle e atualização do texto constitucional. Há inclusive um movimento capitaneado pelo Prof. Bonavides que pretende assegurar ao povo – que formalmente é o titular do Poder Constituinte – o direito de apresentar projetos de emenda à Constituição Federal, a exemplo da Constituição do Estado do Ceará que adiantou-se aos novos ventos da democracia participativa.

Seria recomendável que fosse institucionalizado um procedimento para resolver tais problemas. O art. 52, X, da CF, relativo à comunicação que o STF faz ao Senado Federal quando da declaração de inconstitucionalidade em controle incidental - embora saibamos que essa norma está caindo em desuso, em “obsolescência” (*Vide MENDES, COELHO e BRANCO, op. cit., p. 1082*) -, poderia servir de inspiração, de modelo, para criar um instituto que abrisse a Constituição ao debate em torno das normas constitucionais originárias, evitando rupturas institucionais que são recorrentes na história do país. Um antídoto contra a ditadura dos juízes do STF consistiria em instituir mecanismos institucionais conformes com a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Häberle, abrindo-se a possibilidade de o povo, por intermédio de plebiscitos, referendos e discussões participativas, decidir sobre os rumos da Constituição.

Esclarece Bachof (*op. cit., p. 62*) que a questão jurídico-material da validade não reclama distinção entre normas inconstitucionais e normas que deixaram de vigorar. Tal distinção somente se planteia quando do controle judicial. E com ele estamos de acordo. Inclusive esta dissertação volta-se muito mais a formular, ou pelo menos, a contribuir para formular possíveis sugestões ao legislador, no sentido amplo, do que a cogitar do controle judicial de constitucionalidade do inc. XLIII do art. 5º.

Sobre a inconstitucionalidade material, apesar de José Elaeres Marques Teixeira (*op. cit., p. 204-205*) incluir o Professor Bonavides no rol dos doutrinadores que

refutam veementemente a tese da inconstitucionalidade originária, encontra-se na obra do Prof. Bonavides (2001, p. 123) o seguinte ensinamento: “promana a inconstitucionalidade material da colisão da realidade extraconstitucional – uma realidade social circunjacente e subjacente à Constituição – com as normas programáticas da Lei Maior”. E tratando da pena de morte em caso de guerra declarada BONAVIDES (2004, p. 159-160) afirma que se trata de norma de frágil constitucionalidade, passível de argüir-se a inconstitucionalidade material, tendo em vista a contrariedade à essência dos princípios constitucionais, em especial o direito a vida e a dignidade da pessoa humana.

Guilherme Peña de Moraes (2003, p. 34), remetendo-se aos autores Leibholz, Rinck e Hesselberger, registra que o Tribunal Federal da Alemanha (BVerG) reconheceu a existência de direito suprapositivo vinculativo para o Poder Constituinte Originário, desde que constatada a ofensa insuportável aos postulados fundamentais da justiça.

Com estas considerações fazemos um corte metodológico. Adotamos a tese de Bachof, reconhecendo, no entanto, que a tese de Vieira (*op. cit.*) sobre as cláusulas superconstitucionais apresenta maior probabilidade de aplicação judicial no controle de constitucionalidade, pois o tema concernente a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias e aos limites do poder constituinte comporta amplas e intermináveis discussões. De modo que, focando essencialmente no inc. XLIII do art. 5º da CF, estamos cientes de que levantamos mais questionamentos do que respostas. E a pretensão da verdade irrefutável não é sequer cogitada. Mas, se Sócrates com sua maiêutica foi bem sucedido, há esperança que deste emaranhado de perguntas se lance alguma luz nas trevas de um mundo ora assombrado pelos drogaditos, ora assombrado pelos demônios do narcotráfico que ameaçam os jovens, sobretudo quando eles ingressam na universidade e resolvem fumar maconha quase às barbas do Reitor⁶⁶.

⁶⁶ Como já tivemos oportunidade de ver na Concha acústica da Reitoria/UFC durante um show de Belchior no ano de 2006: há menos de 50 m do Reitor, uma patota de estudantes queimava a erva. E algumas baratas saíram atordoadas das galerias de esgotos sob as arquibancadas.

4.5 A constitucionalização da repressão ao tráfico de drogas

Neste tópico pretendemos aprofundar a discussão acerca do objeto maior desta dissertação, qual seja, se o inc. XLIII⁶⁷ do art. 5º da CF seria uma norma constitucional originária inconstitucional. Ou se, não sendo possível declará-la inconstitucional, se haveria alguma maneira de compatibilizar o texto constitucional com políticas despenalizadoras, descriminalizantes de consumo e tráfico, bem como com uma possível legalização de algumas drogas atualmente tidas como ilícitas.

O Brasil não foi o único país de recente constituição (da década de 1960 aos dias atuais) a inserir no texto constitucional normas relacionadas à repressão ao tráfico. Mas, ao positivar tal mandado de criminalização no *topos* dos direitos fundamentais, isto é, no título dos direitos fundamentais, quiçá, sob o pretexto de petrificar tal mandado de criminalização com aparente estatura de cláusula pétreia ou superconstitucional, parece-nos que, nesse ponto, a ânsia puritana do Constituinte de 1988 foi além do razoável.

A Constituição da Alemanha⁶⁸, no art. 74, parágrafo 19, estabelece que o estabelecimento de sanções relativas a medicamentos e narcóticos é de competência legislativa concorrente dos estados e da federação. Ou seja, a matéria além de ser tipicamente infraconstitucional, pode ser alvo de legislação estadual. A Constituição italiana⁶⁹ no art. 27, que mais se assemelha ao inc. XLIII do art. 5º da CF/88 estabelece que a responsabilidade penal é pessoal e que a pena não pode resultar em tratamento desumano e deve buscar a reeducação do condenado. Não encontramos nesta Constituição qualquer dispositivo relacionado ao tráfico ou consumo de drogas e sua criminalização. A Constituição norte-americana, por ser concisa e anterior à criminalização do comércio de drogas, também nada contém a respeito. A Constituição de Portugal⁷⁰ no art. 34, parágrafo 3, admite a entrada noturna em domicílio sem

⁶⁷ “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (grifo nosso).

⁶⁸ Disponível em: http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/gg_pdf.pdf. Acesso em: 26 set. 2009.

⁶⁹ Disponível em: [infoleges.it](http://www.infoleges.it). Acesso em: 25 set. 2009.

⁷⁰ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>. Acesso em: 25 set. 2009

autorização judicial em caso de crime de tráfico de drogas, dentre outros considerados graves. Mas, observe-se que mesmo neste caso não há qualquer mandado de criminalização. A Constituição colombiana⁷¹ - pasme-se! – não contém um só dispositivo a respeito de drogas ou tráfico de drogas. Até o art. 35 da referida Constituição que foi modificado em 1997 para permitir a extradição de colombianos natos em casos de crimes cometidos no exterior não se menciona o crime de tráfico, embora saibamos que a motivação política para tal alteração constitucional tenha sido a do combate ao narcotráfico.

Luciano Feldens (2005, p. 85) esclarece que os mandados constitucionais explícitos de criminalização não constituem exclusividade brasileira, encontrando-se tais espécies normativas em diversas constituições de países europeus. E a Constituição Européia, segundo Feldens, admite expressamente a existência de regras mínimas em relação à “criminalidade particularmente grave”, incluindo nesse gênero o crime de tráfico de drogas. Esclarece ainda o autor citado que o dirigismo penal-constitucional está muito relacionado à fórmula política do Estado, sendo mais evidente no modelo de Estado Social e Democrático de Direito (*op. cit.*, p. 72-73).

4.5.1 Breve histórico das motivações da Assembléia Constituinte de 1987/1998 acerca do tráfico de drogas

No capítulo 1 vimos que as constituições anteriores a vigente não cuidaram de constitucionalizar a repressão ao tráfico de drogas, deixando a matéria sob a exclusiva competência do legislador ordinário. Nesse ponto é pertinente esclarecer que o Constituinte de 1988 estava bastante afinado com a mundialização do direito, em particular com os tratados internacionais. A Constituição de 1988 coincidiu com a Convenção de Viena. No ano anterior, concomitante com os debates da Assembléia Constituinte foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Tráfico Ilícito e Abuso de Drogas, a qual resultou, em dezembro de 1988, na Convenção do Tráfico, celebrada em Viena, com a participação de 106 países. Não podemos esquecer, além disso, da hegemonia norte-americana em matéria de política internacional de repressão às

⁷¹ Disponível em: <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.swf>. Acesso em: 25 set. 2009.

drogas. A década de 1980 é a década do relançamento da guerra às drogas. E os parlamentares constituintes brasileiros estavam de algum modo influenciados por todo esse ambiente ideológico, nutridos dos maiores sentimentos de boa vontade, especialmente no que se refere a livrar nossas crianças e jovens do perigoso monstro das drogas.

Apesar da análise histórica das motivações do Poder Constituinte não ser um recurso dos mais seguros no estudo constitucional, haja vista uma elevada subjetividade, não podemos deixar de lado esse aspecto. Conforme adverte Garcia (*op. cit.*, p. 515) numa sociedade pluralista que abraça a ideologia dinâmica de interpretação com a quebra do monopólio interpretativo e amplitude dos destinatários, a desvinculação do legislador histórico é necessária. Mas, não podemos confundir desvinculação com alienação histórica. E se a realidade integra o âmbito da norma, como defende Friedrich Müller, então a história da formação de uma lei, especialmente de uma nova constituição, deve ser lembrada, em que pese a advertência de Bismark de que o povo poderia ficar horrorizado se soubesse como se fazem as salsichas e as leis!

É indubitoso que o inciso XLIII do art. 5º da CF/88 é um dos itens inflacionadores do texto constitucional, inserido em meio a uma certa histeria contra as drogas. Vale registrar que o anteprojeto coordenado por Afonso Arinos não continha nenhum dispositivo que se referisse expressamente à criminalização do tráfico de drogas.

O Deputado constituinte José Elias Murad, farmacêutico de formação, em artigo no *Correio Braziliense*⁷² de 25/06/1988 festejou a emenda que resultaria no inc. XLIII do art. 5º, como um grande avanço “no campo do controle e da prevenção do abuso de drogas”. Relata o parlamentar que a emenda havia sido rejeitada na Comissão de Sistematização, justamente, dizemos nós, onde atuava a percuciência de um Afonso Arinos. Confirma-se o que dissemos com a reportagem do *Jornal “O Globo”*⁷³, de 30/09/1987, p. 2, com a manchete “Sistematização exclui o tráfico de narcóticos dos crimes inafiançáveis”. Na dita matéria jornalística reproduz-se

⁷² Texto disponibilizado no site do Senado por ocasião da comemoração dos vinte anos da CF/88. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

⁷³ Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf>. Acesso em: 27 set. 2009.

comentário do então Secretário de Justiça do Rio de Janeiro, Técio Lins e Silva, segundo o qual a decisão de retirar o tráfico de drogas do rol de crimes inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia teria sido correta, pois na Conferência Mundial Sobre Tráfico Ilícito de Drogas, realizada em junho/1987, em Viena, foi apresentada uma tese por representantes dos países andinos que consistia em considerar o tráfico de drogas como um crime contra a humanidade, o que implicaria dar a este crime um tratamento semelhante aos crimes do nazismo. Mas, a Conferência de Viena e o Conselho de Entorpecentes da ONU condenaram essa proposta. Desse modo, defendeu Técio Lins e Silva que a legislação comum seria mais apropriada para tratar do tema a fim de evitar injustiças, como, por exemplo, evitar enquadrar como traficante um rapaz que oferece um trago de cigarro de maconha para a namorada.

O grande avanço festejado por Murad decorreria do fato de que a partir da promulgação da Constituição, “os traficantes de drogas, ao serem presos, não poderão mais pagar fiança e sair praticamente impunes”. Como se percebe da leitura do inc. XLIII somente não prosperou a imprescritibilidade do crime de tráfico de drogas. E o curioso é que Murad afirma que há uma diferença maciça entre os traficantes: “O pobre vai para a cadeia e o rico para a Suíça. Doravante, sendo o crime inafiançável, isto não poderá ocorrer mais”. Em artigo publicado no Correio Braziliense⁷⁴ de 23/09/1987, o arcebispo do Rio de Janeiro D. Eugênio de Araújo Sales, ao defender um tratamento igualmente digno para pobres e ricos, repudia o duplo critério no combate ao tráfico. Diz ele: “É curioso observar que houve, anos atrás, descoberta de drogas na área rica do Rio de Janeiro. Prisões e fugas espetaculares ocorreram. Hoje, só se encontra o narcotráfico nas favelas. Curioso, para não dizer vergonhoso”.

Pois, bem. Passados mais de vinte anos da promulgação é de perguntar-se primeiro se os traficantes ricos agora estão sendo presos. Inegavelmente, não somente traficantes, mas uma série de criminosos de “colarinho branco” nos últimos anos têm sido presos, ao menos provisoriamente, o que dá um certo conforto, digamos assim, uma espécie de desforra aos seguimentos espoliados. Mas, o grosso do contingente de presos, especialmente relacionado aos crimes de tráfico de drogas, continua sendo de negros e pobres, incluindo inúmeras mulheres jovens.

Ainda que o número de traficantes ricos e pobres encarcerados estivesse relativamente equilibrado – devemos indagar se, realmente, tais prisões têm o condão de controlar e prevenir o uso de drogas. Somente quem estiver fascinado pelo discurso oficial há de acreditar que as prisões até aqui efetuadas diminuiriam a oferta de drogas. Ora, se até dentro dos presídios e penitenciárias, as autoridades não conseguem controlar o fluxo de tais substâncias, como justificar uma tal política?

O Correio Braziliense em reportagem de 01/06/1988 (página 9)⁷⁵, com a manchete “Nova Carta vai acabar com o tráfico impune”, refere que o Deputado José Elias Murad acredita(va) – ao que parece continua acreditando, pois o parlamentar foi um dos mais atuantes na redação e discussão do projeto que resultou na Lei 11.343/2006 - que a impunidade estava com os dias contados. A reportagem afirma que a constitucionalização dessa matéria, não apenas o inc. XLIII do art. 5º, mas, também o confisco de terras (art. 243), certamente terá sido obra de duas bancadas numerosas: a dos médicos e a dos evangélicos que auxiliaram o deputado Murad. Leia-se, da referida matéria jornalística, a transcrição de fala do Deputado Jofran Frejat (PFL-DF), que é médico: “Foi um bom texto. Não há mais o que se fazer, **a não ser que o traficante seja pré-condenado pela nova Carta**” (grifo nosso). E na ala evangélica um deputado, Eliel Rodrigues (PMDB/PA), lamentou que não conseguiu aprovar a pena de prisão perpétua para produtores e traficantes de drogas. Não obstante, a reportagem do Correio Braziliense relata que o deputado Virgílio Guimarães, nem médico, nem evangélico, considerou que os dispositivos aprovados seriam inúteis e, por isso mesmo, apresentara uma proposta, que foi rejeitada, prevendo “o livre uso do corpo por cada cidadão”, esclarecendo o deputado Guimarães que defendia a repressão da indução ao uso e do uso compulsório de drogas. Outro parlamentar que posicionou-se a favor da legalização das drogas foi Carlos Minc, na época deputado estadual pelo PV-RJ, cujas ideias foram resumidas em matéria publicada no Jornal do Brasil⁷⁶ em 03/07/1998, Caderno B, página 4. Minc que, até recentemente, já ocupando o cargo de

⁷⁴ Texto disponibilizado no site do Senado por ocasião da comemoração dos vinte anos da CF/88. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

⁷⁵ Texto disponibilizado no site do Senado por ocasião da comemoração dos vinte anos da CF/88. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

⁷⁶ Texto disponibilizado no site do Senado por ocasião da comemoração dos vinte anos da CF/88. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

Ministro de Estado do Meio Ambiente, participou de uma marcha pela legalização da maconha, defendeu a legalização com base em análise econômica feita pelo economista Paul Samuelson, o qual demonstrara o desperdício de recursos públicos utilizados na repressão e o pouco retorno social das operações repressivas ao tráfico e consumo de drogas.

Ney Prado (1994, p. 49) considera a Constituição de 1988 em muitos dispositivos como nitidamente demagógica, independente da intenção de quem a produziu, pois o defeito está no resultado. O produto demagógico segundo esse autor decorre de uma “simplificação ingênua da realidade, quase sempre marcando aspectos essenciais; seu irrealismo o aproxima da utopia, naquilo que esta possa ter de sedutor, de desenhar róseas expectativas”.

O professor Pedro Pimentel, conforme matéria publicada no Jornal “Estado de São Paulo”⁷⁷, de 27/02/1998, criticou a ideia de considerar imprescritíveis os crimes de tortura, terrorismo e tráfico de drogas. Sabemos que em relação ao tráfico não há imprescritibilidade no texto constitucional promulgado. De qualquer modo, o Professor Pimentel criticou tal proposta, aprovada em parte, porque ela estaria mais afinada com a “ideologia da emocionalidade” caracterizada por influências casuísticas que não são recomendáveis num processo constituinte. Diz Pimentel, segundo a matéria jornalística referida, que não se pode “colocar na Constituição reações emocionais, porque ela deve ser programática, e não dogmática”. A prevalência dos casuísmos é apontada por Pimentel como algo muito sério, “porque a lei ordinária, mais fácil de ser aprovada, não poderá jamais alterar e corrigir a Constituição”.

Salo de Carvalho (2006, *op. cit.*, p. 39) anota que:

...o tratamento constitucional das drogas ilícitas legitimou a formalização (normatização) da política de guerra às drogas vigente no período ditatorial, causando perplexidade aos críticos da política beligerante que viam a Constituição como freio, e não potencializador, da violência programada.

A alternativa seguida pelo Constituinte de 1987/88, segundo Carvalho (*op. cit.*, p. 40) consolida a *Constituição Penal dirigente* que visa edificar o Estado Penal e não o Estado social, ao projetar de forma inédita, como já demonstramos alhures

citando as constituições de outros países, um sistema criminalizador e não apenas uma limitação ao poder repressivo, como era da tradição liberal. E o efeito visível deste modelo, no ponto específico que nos interessa, isto é, do tráfico de drogas, é a “potencialização do encarceramento” (CARVALHO, *op. cit.*, p. 41). O programa constitucional repressivo, afirma Carvalho (*op. cit.*, p. 41) se harmoniza com as diretrizes da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (*Vide* cap. 1 desta dissertação) de 1988, em cuja exposição de motivos, sobressai uma “nítida tonalidade alarmista” (CARVALHO, *op. cit.*, p. 42), a apontar o tráfico de drogas ilícitas como grave ameaça à saúde e ameaça à estabilidade e soberania dos Estados. Nesse ponto, não escondemos que essa preocupação foi decisiva para decidirmo-nos por essa dissertação, embora suspeitando que a ameaça à estabilidade institucional possa decorrer muito mais da intervenção estatal na repressão ao tráfico, intervenção esta que repercute em todo o sistema de produção-distribuição-comercialização das drogas; e que repercute também na forma como os presidiários se relacionam entre si e com as autoridades num ambiente insalubre, superlotado, anti-educativo, típico de campo de concentração, a galvanizar rebeliões, organizações criminosas, tráfico intra-presídio, *etc.*

Conclui-se das reportagens e opiniões dos constituintes acima citados que a intenção da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88 não foi apenas de impor uma limitação aos crimes de tráfico no que diz respeito à concessão de fiança, graça ou anistia. Essa conclusão é importante para delimitar que ainda hoje permanece o Congresso Nacional bastante vinculado à diretriz criminalizadora do tráfico, enquanto o Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir do julgamento do HC 82.959, passou a dar uma interpretação bastante limitada ao inc. XLIII do art. 5º da CF, conforme veremos a seguir.

⁷⁷ Texto disponibilizado no site do Senado por ocasião da comemoração dos vinte anos da CF/88.

4.5.2 A natureza jurídica do mandado de criminalização expresso no inc. XLIII do art. 5º da CF

Primeiro transcreve-se o texto da norma para melhor compreensão:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (grifo nosso).

De acordo com Feldens (2005, p. 82) a cogência verbal expressa no texto acima não deixa margem à dúvidas de que a liberdade do legislador acha-se restrita, impondo a obrigação de criminalizar e vedando determinados benefícios penais, processuais e de execução penal. Feldens (*op. cit.*, p. 77-78) afasta a tese de que os mandados de criminalização estariam desprovidos de eficácia, pois, trazendo à colação a doutrina de Clémerson Merlin Clève, a Constituição não visa dar conselhos. Se há uma norma constitucional é porque deve ter alguma eficácia mínima. E essa norma dirige-se primeiramente ao legislador ao passo que o mandado legal dirige-se aos destinatários diretos da lei ordinária. O mandado constitucional de criminalização “visa a cristalizar o desejo constitucional de regulação de determinadas matérias que não caberiam à própria Constituição realizar com maior especificidade” (FELDENS, *op. cit.*, p. 76).

Feldens classifica o inc. XLIII como mandado de penalização *lato sensu* (2005, p. 65). Além disso, Feldens (2005, p. 77) defende com bastante embasamento teórico que devemos rechaçar tanto a hipótese de uma automática eficácia penalizadora, quanto aquela “que não deposite eficácia alguma”. A aceitação de um mandado de criminalização implica em afetar ao Poder Judiciário o controle constitucional da lei que se qualifique como excedente ou deficiente (FELDENS, *op. cit.*, p. 70).

Marcelo Neves (1988, p. 65), por sua vez explica que a inserção de dispositivos não materialmente constitucionais nos textos das constituições contemporâneas (rígidas na quase totalidade) decorre de forte influência política e que

tais dispositivos positivados “adquirem uma supremacia em relação às demais normas, dado que só podem ser reformadas por um processo especial mais complexo” (*op. cit.*, p. 65).

Sarmiento (2008, *op. cit.*, p. 6, nota de rodapé n. 12) cita a corrente de doutrinadores que considera inócuas as cláusulas pétreas, uma vez que não são suficientes para refrear em situações de crise as pressões políticas em prol da mudança constitucional. Dentre outros afinam-se a esta corrente teóricos como Karl Loewestein, Leon Duguit, Joseph Barthélemy e Spagna Musso. Seguimos tal orientação, ao menos no que tange ao inciso XLIII. A propósito, Sarmiento (*op. cit.*, p. 6) menciona voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADIN n. 3.105-8-DF (DJ 18/02/2005), no qual critica a exegese inflacionária das cláusulas pétreas. Recorrendo ao sítio do STF (www.stf.jus.br), colhemos diretamente do acórdão o seguinte excerto da lavra do Min. Joaquim Barbosa que ora nos interessa:

Com a devida vênia daqueles que têm outro ponto de vista, eu sempre vi com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte. Não nego a sua importância como instrumento hermenêutico poderoso, de extrema utilidade para a preservação de um núcleo essencial de valores constitucionais. (p. 164 do acórdão).

Na sequência do voto o Min. Barbosa adjetiva a teoria das cláusulas pétreas como construção intelectual, conservadora, antidemocrática, irrazoável e de propensão oportunista e utilitarista. O povo tem o direito de definir o seu futuro, seja diretamente ou por intermédio de seus representantes. Diz ainda Joaquim Barbosa:

Além de antidemocrática, a tese que postula a imutabilidade perpétua de certas características de nosso pacto é ilusória. No constitucionalismo moderno, somente por intermédio dos procedimentos da emenda constitucional e da jurisdição constitucional, fenômeno jurídico hoje quase universal, é que se consegue manter a sincronização entre a Constituição e a realidade social, cuja evolução é contínua e se dá em ritmo avassalador. Ou seja, é insensato conceber que o constituinte originário possa criar aquilo que o professor Canotilho qualifica como uma ‘**constituição imorredora e universal**’.

A evolução constitucional no pensar do Min. Joaquim Barbosa deve ser a regra para evitar o choque de gerações.

Em relação a corrente que defende uma interpretação extensiva das

cláusulas pétreas Sarmiento (*op. cit.*, p. 12, nota de rodapé 30) cita a posição um tanto paradoxal do Min. Carlos Ayres Brito o qual ao enaltecer a democracia, exalta também as cláusulas pétreas como fator de estabilidade e defende uma interpretação restritiva das normas autorizadoras de reforma constitucional.

Sarmiento (*op. cit.*, p. 7) afirma que nos debates da Constituinte imperou uma certa desconfiança do legislador futuro, resultando num texto excessivamente detalhista, “no varejo das miudezas” como observou Luis Roberto Barroso, citado por Sarmiento. A maximização das cláusulas pétreas, afirma Daniel Sarmiento (*op. cit.*, p. 7) “representa um sério atentado contra o princípio democrático, que postula que o povo deve ter, a cada momento, o poder de decidir os rumos que pretende seguir”, além de comprometer a própria continuidade da Constituição, abrindo oportunidades a rupturas institucionais. Ignora-se com o engessamento constitucional que a realidade cambiante toma contornos muitas vezes “imprevisíveis no momento do pacto constitucional” (SARMENTO, *op. cit.*, p. 8).

Daniel Sarmiento, por um lado, não retira das cláusulas pétreas (superconstitucionais) sua legitimidade intrínseca, nem sua vinculatividade, tendo em mente a experiência histórica da Constituição de Weimar. Por outro lado, afirma que a forma como devem ser interpretadas as cláusulas pétreas – que têm justamente a finalidade de preservar as liberdades fundamentais num quadro de Estado Democrático de Direito – deve ser colocada em discussão. É o que faz Daniel Sarmiento, com o qual nos afinamos, nesse ponto.

Diz ele que “as questões constitucionais controvertidas não podem ser equacionadas sem o recurso à filosofia política e à argumentação moral” (*op. cit.*, p. 8), sendo que a democracia deve figurar como elemento essencial da interpretação jurídica, tendo o princípio da dignidade humana como alicerce (*op. cit.*, p. 10) de um Estado Democrático de Direito.

Daniel Sarmiento rejeita a interpretação puramente procedimental das cláusulas pétreas (*op. cit.*, p. 10), a fim de evitar que estas se convertam num instrumento antidemocrático, de tirania intergeracional a violar o direito de autodeterminação de cada geração, seja por miopias ou paixões momentâneas. Em vez disso, propõe que sejam interpretadas “como garantias das condições de

possibilidade de uma democracia efetiva e substancial”. A ideia de justiça é um valor essencial na interpretação das cláusulas pétreas, de sorte que devemos focalizar na “exegese das cláusulas superconstitucionais, sem desprezar os limites semânticos do art. 60, § 4º, da Constituição Federal” (*op. cit.*, p. 11) a parte indispensável ao projeto de democracia substancial, de cidadãos livres e iguais.

Quais seriam os limites semânticos do art. 60, § 4º da CF? Vejamos o que diz o texto constitucional:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso).

Vieira (*op. cit.*, p. 26) afirma que o artigo acima foi uma “resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história”. E que o recurso ao texto constitucional é insuficiente para a densificação dos princípios e direitos irreformáveis. Propõe o autor referido que seja feita uma incursão pela filosofia política, lançando-se mão de uma argumentação racional em que prevaleça a força do melhor argumento (*op. cit.*, p. 236). É a prevalência do melhor argumento que poderá conter a violência dos decisionismos hermenêuticos (MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 110).

Segundo Vieira:

Não se pode emprestar a dispositivos desprovidos de qualquer fundamentação ética, **idiossincraticamente estabelecidos como pétreos pelo poder constituinte** (grifo nosso), as mesmas hierarquia e rigidez atribuídas às cláusulas superconstitucionais que limitam a possibilidade de erosão dos princípios de justiça de uma Constituição. (VIEIRA, *op. cit.*, p. 30)

Um exemplo de idiosincrasia normativo-constitucional é dado por Vieira: o artigo da constituição americana que vedava a abolição da escravidão (*op. cit.*, p. 30). Diante desse exemplo é de se indagar se o mandado constitucional de criminalização do tráfico de drogas não seria um particularismo do mesmo jaez? E o fato de o inciso XLIII referir-se a outros delitos, em nada infirma a suspeita que ora levantamos. Que os crimes de tortura e terrorismo devam receber máxima reprimenda e atenção do poder

constituente originário não está em discussão aqui. Nosso objeto de estudo é a criminalização do tráfico de drogas. É razoável equiparar tal delito ao terrorismo? Nem se diga que as redes terroristas se beneficiam da economia ilícita, do contrabando e do narcotráfico. Os terroristas buscam financiar suas atividades da maneira mais prática, inclusive recorrendo às atividades econômicas lícitas, de modo que a interligação entre terrorismo e tráfico ajuda a mistificar o problema, tanto quanto há uma tendência de mistificar-se o fenômeno do tráfico com o fato de haver uma interação entre traficantes, assaltantes e seqüestradores, ao menos na cena do eixo Rio-São Paulo.

A proibição da autodestruição dos cidadãos, “enquanto seres igualmente livres e portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana” (VIEIRA, *op. cit.*, p. 226), como cláusula superconstitucional é moralmente legítima. Pois, a finalidade de tais cláusulas, como meio de realização dos direitos humanos fundamentais, é justamente preservar e expandir o processo de emancipação humana (*op. cit.*, p. 227).

Para exemplificar, relembremos o já citado prefácio do Sr. Maria Costa (UNODC, 2009, p. 1), no qual este rebate o argumento econômico da legalização das drogas, afirmando que a ideia de taxação das drogas atualmente ilícitas representaria uma taxa perversa e anti-ética equiparável à legalização do tráfico de seres humanos. Trata-se de um argumento impressionante, sobretudo advindo da autoridade máxima em controle internacional de drogas. Já demonstramos a falácia de uma tal analogia. Mas, refletamos ainda se a venda de substâncias destinadas a provocar estados alterados de consciência tem a mesma dimensão de um seqüestro ou tráfico de pessoa? E quando a maconha era vendida livremente na Índia antes desse país ser obrigado a proibir tal substância por imposição internacional? E quando o papa Leão XIII tomava seu vinho Mariani contendo cocaína pura estaria ele compactuando com uma conduta hedionda, imoral ou atentatória à vida, uma conduta autodestrutiva ainda que não ilegalizada naquela época?

Bidart Campos (*op. cit.*, p. 283-284) em decorrência lógica de atrelar o valor justiça ao desenvolvimento da personalidade humana, propõe uma proteção à potência da vida biológica, o que leva à condenação de práticas de aborto e de eutanásia. E, em proteção à potência da vida biológica, deve-se também proteger a

saúde. Mas, até que ponto, em respeito ao livre desenvolvimento da personalidade deve o Estado interferir na conduta individual em nome da proteção à saúde? Afirma Bidart Campos (*op. cit.*, p. 292) que a limitação razoável dos direitos se afere através dos critérios de justiça. Logo, só é justo interferir nas escolhas individuais para ajudá-lo no processo de desenvolvimento da personalidade.

É de se indagar se o mandado de criminalização do tráfico de drogas poderia ser qualificado como uma cláusula superconstitucional a obstar a autodestruição dos cidadãos. Primeiro, não é consenso que o uso de drogas necessariamente resulte em autodestruição. Nem as drogas mais potencializadoras de uso compulsivo como é o caso do *crack* provocam uma autodestruição imediata a justificar tal medida. E se consenso houvesse a respeito da autodestruição o mínimo de coerência a ser exigido seria incluir o tabaco e o álcool entre as substâncias mais perigosas. Além disso, se a norma visa apenas coibir os abusos de drogas, o uso compulsivo e as seqüelas decorrentes, ao que nos parece a criminalização do tráfico também está apontando para o alvo errado. Deveria criminalizar ou, mais acertadamente, impor um tratamento compulsório aos usuários adictos, inclusive de álcool, ao lado de estabelecer políticas preventivas.

Planteia-se, ainda, a pergunta se o inc. XLIII do art. 5º, pelo simples fato de estar topicamente inserido no Título II da Constituição seria um direito coletivo como sugere Lenio Streck (*op. cit.*), no caso o direito coletivo de proteção à sociedade, o direito a um mundo livre das drogas, com o máximo de rigor contra os traficantes, - ainda que trate os usuários de drogas como debilídeos, doentes, vítimas, coitadinhos ou inocentes pródigos – e, por conseqüente, uma cláusula superconstitucional?

Na perspectiva de Habermas, ensina Vieira que

o papel das cláusulas superconstitucionais não é dar proteção absoluta a todos os direitos que foram colocados numa Constituição, mas àqueles princípios básicos que assegurem uma condição minimamente ideal para que os indivíduos possam deliberar de forma livre e igual a respeito dos direitos e da forma pela qual querem ser governados. (VIEIRA, *op. cit.*, p. 229)

Para o aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático Vieira conclui que a interpretação adequada do art. 60, § 4º da CF, isto é, das cláusulas superconstitucionais, é aquela que habilite “cada geração a escolher seu próprio

destino sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras” (VIEIRA, *op. cit.*, p. 247).

Gustavo Ferreira Santos (2006, p. 181) também se posiciona contra a impossibilidade de reforma da Constituição, pois o congelamento de uma determinada cláusula em tensão com a necessidade de mudança pode provocar uma “ruptura constitucional”. É necessário, diz o referido autor, que exista uma certa controlabilidade do processo de substituição de qualquer cláusula constitucional, impensável num momento de ruptura. Por tal razão é que o processo de reforma constitucional deve ser mais complexo e rigoroso.

Em suma, as cláusulas superconstitucionais devem constituir a “reserva básica de justiça” do sistema constitucional (VIEIRA, *op. cit.*, p. 230). Afora isso não se justifica a vedação à reforma constitucional. Vieira (*op. cit.*, p. 241) chega ao ponto de admitir a possibilidade de mudança do modelo federativo uma vez que a federação não é condição de realização da dignidade. O teste para aferir a superconstitucionalidade de uma norma é analisar a compatibilidade com princípios de justiça paradigmáticos ao controle do direito positivo (VIEIRA, *op. cit.*, p. 240).

A solução proposta por Vieira (*op. cit.*, p. 245) para fugir à interpretação literal da Constituição e de outras interpretações equivocadas consiste em considerar como direitos fundamentais apenas aqueles essenciais à proteção da dignidade humana.

É de perguntar-se nesse ponto se o mandado de criminalização do tráfico de drogas é condição à realização da dignidade. Dignidade de quem? Se nem os usuários são protegidos, consumindo toda sorte de substâncias sem o mínimo controle de qualidade? Respondemos que a dignidade é, sim, inexoravelmente uma condição para o mandado de criminalização do tráfico de drogas. Ou seja, a proibição e repressão ao tráfico, incluindo severas penas de privação da liberdade, somente se justifica à medida que incrementar, que facilitar, que favorecer o desenvolvimento da personalidade humana. A ONU, através do UNODC, continua insistindo que assim tem sido feito, apesar dos insucessos da guerra às drogas. No cômputo geral defende o UNODC que a humanidade está bem mais protegida dos males das drogas ilícitas sob o atual modelo do que se houvesse a legalização de tais drogas ou de parte delas. No

Relatório Mundial de Drogas (UNODC, 2009, p. 18-19) o Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime sustenta, que apesar das conseqüências negativas não intencionais ocasionadas pelo controle internacional de drogas “o sistema protege milhões dos efeitos adversos do abuso de drogas e da adição, particularmente no mundo em desenvolvimento” (UNODC, 2009, p. 19).

Mas, para proteger a dignidade de um e de todos, o Poder Constituinte Originário pode ignorar a temporalidade da criminalização e do grau de reprovabilidade de determinadas condutas, achacando-lhe *ad eternum* no capítulo das cláusulas pétreas não só um mandado de criminalização, mas também de hediondez da conduta de tráfico de entorpecentes? Respondemos que o mandado de criminalização lá expresso deve ser primeiramente submetido à temporalidade – que, de longe deve equivaler ao mesmo tempo de duração do atual ordenamento constitucional –, isto é, deve ser entendido como não imutável e, quiçá, até mesmo como norma ordinária sem força constitucional. Não é razoável que o Poder Constituinte adentre a seara da tipificação penal, numa tentativa de congelar o comportamento social, ainda que tenha como meta transformar a sociedade numa asséptica civilização de anjos onde ninguém usa entorpecente.

Os valores, retomamos à Reale (*op. cit.*, p. 574) são as fontes dinamizadoras do ordenamento jurídico, donde o Direito não pode se “exaurir em soluções normativas de caráter definitivo”.

Os fatores reais de poder não podem ser ignorados nem mesmo pelo Poder Constituinte que age em nome do povo. Como bem disse Jellinek “forças políticas reais movem-se conforme suas próprias leis, as quais atuam independentemente de qualquer forma legal” (*op. cit.*, p. 57).

O mito das cláusulas pétreas, esconde uma pretensão autoritária do Constituinte Originário, o qual, em que pese a elevada carga de legitimidade conferida quando da convocação da Assembléia Constituinte, não estava de todo isento do puritanismo religioso e moralista que inspirou a redação do inciso XLIII do art. 5º da Constituição.

O mandado de criminalização e de etiquetamento do crime de tráfico como hediondo nada mais representa do que o reflexo de uma temerária ilusão

constitucional, provavelmente cínica⁷⁸, para seguir a inspiração de MÜLLER (*op. cit.*, p. 29). E como justificar essa tese da temerária ilusão constitucional cínica? Sem nenhum demérito quanto às pessoas dos parlamentares constituintes, o cinismo de que se trata é de ordem coletiva. É o cinismo atávico do bode expiatório. O cinismo de sempre procurar um culpado. E a sociedade encontrou um excelente culpado pelas mazelas do consumismo desenfreado e do hedonismo drogadito.

Referido mandado de criminalização do tráfico de drogas deve ser interpretado à luz de um Estado Democrático de Direito eminentemente laico, cuja laicidade diz respeito não apenas às crenças religiosas, mas também ao próprio conhecimento científico de uma época, conhecimento este que muda inequivocamente e é influenciado - e influenciador - simultaneamente por crenças religiosas e filosóficas.

Valerio Zanone (*In* BOBBIO et al, 1998, p. 670-674) no verbete Laicismo esclarece que:

A cultura leiga deve, em parte, sua origem às filosofias racionalistas e imanentistas que rejeitam a verdade revelada, absoluta e definitiva; e, ao contrário, afirmam a livre busca de verdades relativas, mediante o exame crítico e o debate. Culturalmente, pois, o Laicismo mais que uma ideologia é um método; aliás, pode se autodefinir como um método cujo objetivo é o desmascaramento de todas as ideologias.

A falibilidade do conhecimento científico é o que caracteriza a sua abertura ao progresso. De acordo com Popper (1994, p. 13-14) a satisfatoriedade do conhecimento científico consiste na explicação do conhecido através do desconhecido de tal sorte que o fato que deve ser explicado (o *explicandum*) tem que decorrer de forma lógica do desconhecido (aquilo que tem de ser descoberto e que Popper chama de *explicans*). Assim, “o explicans deve ser verdadeiro, embora em geral não seja conhecido como verdadeiro” (POPPER, *op. cit.*, p. 14). De acordo com esse autor “nenhuma teoria científica pode jamais ser considerada inequivocamente fundamentada ou provada” (POPPER, *op. cit.*, p. 65). Em vez da comprovação inequívoca ele propõe a ideia de veracidade, isto é, de concordância da teoria com os fatos, sendo a possibilidade de refutação, de erro, de revisão, o critério para o caráter científico de uma teoria.

⁷⁸ Sobre o cinismo da política de guerras às drogas, *Vide* RIBEIRO, Maurides de Melo e SEIBEL, Dario Sérgio (orgs.). **Hegemonia do cinismo**. São Paulo: Memorial, 1997. 353p.

Em resumo, entendemos acertada a opinião do Prof. Goffredo Telles Junior (*op. cit.*, p. 244), segundo o qual a verdade depende do sistema de referência. Em sendo assim, a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88 foi influenciada por um sistema de referência – da técnica sanitaria a serviço da guerra às drogas de Nixon e Reagan legitimada internacionalmente pela ONU. O que não podemos aceitar é que um tal sistema de referência perdure em meio ao flagrante desastre da política repressiva.

Isso posto, seria o inciso XLIII uma cláusula pétrea? Entendemos que não. Em reforço dessa tese, no HC 82.959-7 (DJ 01/09/2006), Relator Min. Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a vedação de progressão de regime prevista na Lei 8.072/90 para crimes hediondos ou equiparados, aí incluídos os crimes de tráfico de drogas, viola a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI da CF). E tocante ao inc. XLIII, diferentemente da tendência observada no Congresso Nacional desde a Constituição de 1988, tanto quanto nos tribunais inferiores e no STJ como bem demonstram Luciana Boiteux et al (*op. cit.*, p. 98 e ss.), colhemos dos votos dos Ministros no referido acórdão uma interpretação bastante restritiva do poder normativo do inc. XLIII. O Ministro Marco Aurélio em seu voto fundamenta que:

[...] O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a contrario sensu, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do artigo 5º.

Ou seja, de acordo com o entendimento do Ministro Marco Aurélio não

existiria um tal mandado de criminalização do tráfico. O inc. XLIII, portanto, estaria limitado exclusivamente a vedar a fiança, a graça e a anistia. O que, em outros termos, pode autorizar até mesmo o estabelecimento de penas alternativas, bem como a legalização de drogas com a conseqüente extinção do crime de tráfico.

Prosseguindo no julgamento do HC 82.959-7 o Min. Carlos Velloso divergiu do Relator e entendeu que a Lei 8.072/90 era compatível com o inc. XLIII e fundamentou seu voto em julgados anteriores de sua relatoria. Para Carlos Velloso a obrigatoriedade estabelecida na Lei 8.072/90 de cumprimento integral da pena em regime fechado em nada prejudica o princípio também constitucional da individualização da pena (inc. XLVI, art. 5º). Infelizmente o Min. Carlos Velloso não discorreu sobre o alcance normativo do inc. XLIII limitando-se a emitir um juízo de compatibilização entre o inc. XLIII e o inc. XLVI. Isso porque o ponto central do julgamento era justamente a progressão de regime autorizada pela Lei 9.455/97 para os crimes de tortura e vedada para os demais crimes hediondos ou equiparados por força da Lei 8.072. E como o crime de tortura é reconhecidamente mais grave, o STF não teve outra alternativa senão estender a progressão aos demais crimes hediondos e equiparados, dentre os quais os crimes de tráfico de drogas.

O Min. Cezar Peluso, em voto-vista, acompanha o Relator, no sentido da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime e quanto ao inc. XLIII confere-lhe também uma interpretação restritiva, observando que a norma constitucional que cerceia direitos ou garantias deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário.

A Ministra Ellen Gracie, em voto-vista, entendeu que a Lei 8.072/90 no ponto questionado era constitucional, pois

Nada mais faz o legislador do que seguir a trilha do constituinte, que discriminou determinados delitos, privando seus autores de alguns benefícios penais. É o caso, no art. 5º da Constituição Federal, dos incisos XLII, XLIII e XLIV, que tratam dos delitos de racismo, tortura, tráfico, terrorismo e grupos armados.

Ainda no referido julgamento o Min. Celso de Mello votou pela constitucionalidade da vedação de progressão de regime sob o argumento:

Tenho para mim que a determinação legal de cumprimento das penas, por crimes previstos na Lei nº 8.072/90, em regime integralmente

fechado, longe de transgredir o princípio de individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), objetiva dar-lhe concreção e efetividade, consideradas as diretrizes que resultam da cláusula inscrita no art. 5º, inciso XLIII, da Lei Fundamental.

Percebe-se nos votos dos Ministros que foram contrários à progressão de regime uma tendência a conferir ao inc. XLIII uma interpretação bastante restrita e não de um mandado de criminalização. Entretanto, mesmo que houvesse um entendimento unânime do STF e um pronunciamento explícito sobre o alcance normativo do inc. XLIII ainda persiste na doutrina o debate. Se prevalecer o entendimento majoritário do STF expresso a partir do HC 82.959-7 podemos afirmar que o inc. XLIII não constitui um mandado de criminalização do tráfico de drogas e menos ainda uma cláusula pétreia, posto que representa uma regra de exceção aos direitos fundamentais.

Preferimos a interpretação mais restritiva possível, a conferir ao legislador o máximo de discricionariedade no sentido de, inclusive, não criminalizar certas condutas de tráfico de drogas. Pois, foi essa prudência legiferante que motivou o Senador Afonso Arinos a rejeitar o texto do inc. XLIII no anteprojeto constitucional para conferir ao legislador ordinário a necessária discricionariedade em cada época e momento acerca de uma maior ou menor rigidez na criminalização e repressão a certas práticas delitivas. Entretanto, a última palavra do STF não significa necessariamente o fim de uma controvérsia, ao menos no plano doutrinário, mormente quando o STF apenas se limita superficialmente a incursionar pela natureza jurídica do inc. XLIII. Por isso mesmo, devemos ir adiante.

4.5.3 O legislador ordinário vinculado ao inc. XLIII do art. 5º: a Lei 11.343/2006

Ao legislador cabe um duplo papel: limitar e dar conformação aos direitos fundamentais. E tal competência constitucional conferida ao legislador suscita a questão dos limites internos da atividade legislativa.

Só é lícito ao legislador ordinário sancionar a liberdade na extrema impossibilidade ou insuficiência dos remédios previstos em outros ramos do direito (MODUGNO, *op. cit.*, p. 33), de modo que o valor da liberdade deve incidir sobre o modo de conceber as próprias obrigações constitucionais. A responsabilidade penal

surge apenas no momento em que a ação livre se identifica com a refutação consciente do dever de solidariedade coletiva decorrente da lei, sendo que o princípio da solidariedade está integrado ao da liberdade consciente, restaurando-se a razão moral da obediência à lei. Daí que o legislador deve atuar com sobriedade e clareza, congruência e corresponder à tutela dos valores constitucionais da legislação penal (MODUGNO, *op. cit.*, p. 33).

Os meios repressivos e penalizantes, à medida que incidem mais diretamente sobre a esfera de liberdade psicofísica são submetidos a um controle mais incisivo e penetrante de constitucionalidade fundado sobre o valor supremo da liberdade da pessoa (MODUGNO, 1995, p. 36).

Marcelo Neves (1994, p. 31) afirma que a legislação com vista a exercer controle social não é um instrumento seguro. Trata-se na verdade de um modelo funcional simplista e ilusório, dada “a complexidade do meio ambiente social dos sistemas jurídico e político” (NEVES, *op. cit.*, p. 31).

Ferrajoli (*op. cit.*, p. 23) afirma que a razão no âmbito da ciência penal refere-se ao tema da validade ou coerência lógica interna de cada sistema penal positivo "entre seus princípios normativos superiores e suas normas e práticas inferiores". A coerência e a plenitude do ordenamento, explica Ferrajoli (*op. cit.*, p. 878-879) configuram-se como ideais-limites do direito válido, mas não caracterizam as características estruturantes do direito vigente. Ao contrário, a incoerência e falta de plenitude é que estrutura o direito vigente, devido às inevitáveis violações de fato das proibições e às violações às obrigações normativamente impostas ao legislador, sendo tarefa do jurista, numa perspectiva positivista crítica, explicitar a incoerência e a falta de plenitude.

Voltando à analogia com a Odisséia de Homero, seria razoável acorrentar ao mastro não somente Ulisses⁷⁹, mas toda a tripulação para que nenhum marujo se embriagasse ou se encantasse com as sereias? A limitação constitucional (cláusula intangível) somente se justifica na opinião de Vieira (*op. cit.*, p. 21-22) se for do tipo habilitadora e emancipatória. Por isso mesmo, referido autor critica a constitucionalização de matérias típicas de legislação ordinária, incluindo a tipificação

de crimes, o que acarreta uma banalização de temas essenciais e a desconfiança do legislador comum (VIEIRA, *op. cit.*, p. 28).

A desconfiança do legislador comum caracterizada por um pré-julgamento antecipado de que o Poder Legislativo não saberá atuar dentro do marco constitucional e dos objetivos republicanos viola a teoria dos poderes implícitos.

Primeiramente, a doutrina dos poderes implícitos, introduzida no Brasil por Ruy Barbosa, oportunamente referida pelo Prof. José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 294) afirma que “uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução”. Essa teoria de origem norte-americana é pacificamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme podemos colher da seguinte passagem de decisão proferida pelo Min. Celso de Mello no MS 26.547 (DJ 29/05/2007):

[...] Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) - ênfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Segundo Jellinek (*op. cit.*, p. 54-55) somente o legislador ordinário confere significado preciso aos preceitos constitucionais que geralmente são obscuros e elásticos. A legislatura interpreta a Constituição através de leis específicas, assim como a jurisprudência baseia-se nas necessidades e pontos de vistas cambiantes do povo. As autoridades governamentais também interpretam a Constituição. De acordo com Jellinek (*op. cit.*, p. 55-56) a razão pela qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou pouquíssimas leis inconstitucionais no primeiro século de sua atividade (1789-1889) foi justamente pelo fato de levar em conta a necessidade política que desencadeou o ato legislativo e esse fato explicaria as pouquíssimas alterações da constituição formal norte-americana. A aparente persistência da Constituição estado-unidense, segundo Jellinek (*op. cit.*, p. 56) deve-se ao avanço da doutrina dos poderes implícitos.

⁷⁹ É recorrente na literatura constitucional essa analogia. Conforme já referimos, em particular VIEIRA, *op. cit.*, p. 19-20.

Diz Jellinek:

“O que parece ser inconstitucional em um período mostra-se constitucional no seguinte; por conseguinte, através da transformação de sua interpretação, a própria constituição experimenta uma transformação” (*op. cit.*, p. 55).

Tomando tal doutrina como um dos pressupostos de nossa dissertação, posto que operacionaliza o princípio do Estado de Direito, vejamos o que diz o art. 22 da CF:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
[...]

E agora o inciso XLIII do art. 5º:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Dado que a Constituição não se lê aos pedaços, mas na sua completude, o art. 22, inc. I, pode ser interpretado no sentido de conferir ao legislador uma ampla discricionariedade para legalizar ou criminalizar o tráfico de drogas? A atribuição de instituir a norma penal está balizada pelo inc. XLIII, acima transcrito? Seria correto condicionar o legislador ordinário ao comando do inc. XLIII?

De acordo com a doutrina dos poderes implícitos, o legislador deveria estar condicionado tão somente a obedecer aos direitos fundamentais. Eis, no entanto, que alguns doutrinadores defendem justamente a natureza de direito fundamental do inciso XLIII e, por conseguinte, de cláusula pétrea, colocando a discricionariedade do legislador na famosa lista de substâncias proibidas, lista que é publicada e atualizada pelo Poder Executivo nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei 11.343/2006.

Mas, a verdade é que o Executivo não tem poder de retirar, por exemplo, substâncias como maconha e cocaína da referida lista, uma vez que o Brasil é signatário de tratados internacionais, os quais, na espécie, no mínimo, têm força de lei ordinária. Seria correto, por outro lado, admitindo a natureza de lei ordinária das

convenções criminalizadoras do tráfico, porte e uso de drogas, afirmar que o inc. XLIII só tem força vinculante se existirem referidas normas internacionais e que seu conteúdo está adstrito ao que prescreve tais normas? Ora, como o legislador não usa palavras inúteis – pode usar de demagogia ou simbolismo, mas não de palavras inúteis – seria inócuo o inc. XLIII no que tange à criminalização do tráfico de drogas caso estivesse condicionado ao que decidido no plano internacional. Mesmo que a comunidade internacional à unanimidade decida descriminalizar o uso e/ou legalizar o comércio das atuais drogas ilícitas, ainda assim subsistirá o mandado criminalizador, se esta for a natureza jurídica do texto constitucional em comento. Neste último cenário, o Poder Constituinte Derivado seria forçado a mudar a Constituição para extirpar do ordenamento o mandado de criminalização, mas nada impediria que no âmbito de sua soberania o estado brasileiro mantivesse a criminalização. Como também nada impede que o Brasil adote uma posição pioneira e contra-hegemônica, legalizando as atuais drogas ilícitas e/ou algumas delas. Embora reconheçamos a pequena probabilidade de uma tomada de posição unilateral, não podemos fechar as portas ao pioneirismo. Se os americanos - que deram o ponta pé inicial em prol da criminalização do álcool e drogas no final do século XIX - conseguiram que a comunidade internacional abraçasse a causa do proibicionismo (*Vide* cap. 1), por que razão não poderíamos inovar contra-hegemonicamente?

Afirma Gonçalves (2008, p. 251) que nesse ponto a Constituição deixou amplo espectro de atuação ao legislador ordinário, cabendo a este definir o que é tráfico ilícito, o que deve ser considerado entorpecente ou drogas afins. Não há imposição de parâmetros pelo Constituinte, diz o autor referido, em relação à toda política de drogas. Por isso mesmo é que ele não vê qualquer inconstitucionalidade em políticas públicas de redução de danos, de tratamento de dependentes, incluindo o fornecimento da própria substância entorpecente pelos profissionais encarregados. Em face da norma penal em branco, que atribui ao Poder Executivo (leia-se ANVISA e Ministério da Saúde) a definição legal das substâncias entorpecentes, Gonçalves (2008, p. 253) afirma que essa técnica infralegal permite ao Estado uma política flexível de controle. E a descriminalização é simples: basta retirar o princípio ativo de determinada substância da lista de drogas ilícitas. Simples?

O referido autor (GONÇALVES, *op. cit.*, p. 254) se contradiz ao afirmar que somente haveria desproporção e inconstitucionalidade se “o uso de substâncias entorpecentes em geral fosse descriminalizado”, pois, neste caso seria irrazoável punir o traficante e não o comprador que o alimenta.

Quer dizer que uma medida de descriminalização da maconha, por ato infralegal (portaria), por exemplo, seria constitucional? E se descriminalizasse maconha, heroína e cocaína tenderia a ser inconstitucional? Ora qualquer que seja a medida de descriminalização, geral ou restrita a apenas uma substância, se adotada tal medida com a razoabilidade e coerência que se espera, impõe-se a não criminalização do tráfico, o que inequivocamente representa em princípio uma afronta ao inc. XLIII do art. 5º. E se a descriminalização, mesmo que de apenas uma substância, não é acompanhada da não criminalização do tráfico, isto é, não se faz acompanhar da legalização e/ou regulamentação do comércio? De modo que entendemos, diversamente ao que professa Gonçalves (*op. cit.*, p. 254), que não apenas em face de uma descriminalização geral e, sim, de uma particular descriminalização, como parece encaminhar-se a vizinha Argentina, há uma clara afronta ao postulado da justiça. Aliás, esse é um dos *leit-motiv* dessa dissertação: Justiça. Pois, é muito cômodo livrar os usuários das garras da lei e superlotar os presídios com traficantes.

A propósito da descriminalização de drogas, Edson Passeti (1997, p. 84-85) critica tal proposta, indagando se haveria convicção entre os postuladores da descriminalização das drogas para defenderem uma “ética da responsabilidade”. De acordo com Passeti, a descriminalização tende a manter intocáveis os interesses militares e bélicos com a manutenção da ilegalidade do tráfico e a conseqüente belicosidade. A descriminalização de certas drogas visa “dar satisfações a um eleitorado de primeira grandeza”, constituído por usuários de drogas ilegais educados de forma idêntica em relação ao uso do álcool. Trata-se na realidade, segundo referido autor, de transformar em lei aquilo que já é socialmente aceito.

Aliás, antes mesmo da atual Lei 11.343/2006 que descarceiriza o crime, a polícia informalmente descriminalizava inúmeros usuários bem nascidos, de boa aparência, ao passo que outros com cara de traficante, não raro, eram enquadrados como traficantes a despeito de portarem pequena quantidade de entorpecente. E uma

das críticas à lei atual, conforme se depreende da entrevista do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, já citada, é justamente a ambigüidade da lei em distinguir o delito de tráfico do delito de porte de droga.

A nova Lei de Drogas ao abrandar a pena dos usuários – além de ser mais humana -, adotando a política de redução de danos, ao mesmo tempo que abranda as penas para os traficantes primários e de bons antecedentes mostra-se incoerente ao estabelecer penas mais severas para os demais traficantes. Como advertiu a jurista Karam na entrevista à *Época* (2009, referida no cap. 3, item 3.3, nota de rodapé 72), a Lei 6.368/76 era bem mais coerente, embora mais desumana, à medida que criminalizava o uso e tráfico de drogas de forma proporcional. E uma lei mais severa contra os usuários seria mais coerente ainda, em que pese não recomendável do ponto de vista humanista e de política criminal.

Lênio Streck (*op. cit.*, p. 13-14), por sua vez, sustenta que o favor legal concedido pela Lei 11.343/2006 ao traficante primário e sem maus antecedentes além de violar o princípio da proteção insuficiente, violaria também o princípio da coerência, da integridade e da igualdade. Lênio Streck aponta que “não há explicação coerente ou razoável que justifique, ao mesmo tempo, o aumento da pena mínima de 03 para 05 anos e, na mesma lei, a diminuição do patamar de 2/3 para os réus primários”, a ponto de configurar clara violação ao princípio da igualdade. Enfatiza ainda que a característica conciliatória atenta contra o princípio da igualdade, seja pela instituição de diferenciações indevidas, seja pela consequência analógica que isso poderá acarretar aos demais crimes hediondos. Em verdade, Lênio Streck propõe uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no sentido de dar uma interpretação que salve a norma, aplicando-a, desde que a redução não seja inferior a três anos, pena mínima da norma anterior (Lei 6.368/76), evitando-se o retrocesso penal.

Maria Luiza Schäfer Streck (2009, p. 159) afirma em relação ao art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, que diante da obrigação de criminalização prevista no art. 5º, inc. XLIII da CF, fica bastante claro que o legislador infra-constitucional não pode sequer estabelecer favores legais aos traficantes. Sustenta que “o legislador não poderia ter enfraquecido as penas impostas para o crime de tráfico de drogas” (*op. cit.*,

p. 159) não apenas em face do art. 5º, inc. XLIII, mas também por conta das convenções internacionais referentes à matéria, das quais o Brasil é signatário. A autora questiona se seria possível tratar um crime como hediondo “vedando-se favores legais – e, ao mesmo tempo, possibilitar um apenamento equivalente a um crime de menor potencial ofensivo” (*op. cit.*, p. 160).

Maria Luiza Schäfer Streck afirma: “O que existe, pelo contrário, é um crescente aumento da prática desta espécie delitiva, tanto que a pena do *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/06 foi aumentada” (*op. cit.*, p. 160), mas com a possibilidade de redução prevista no parágrafo 4º, a pena mínima pode ficar abaixo da antiga pena mínima, o que “causa muita estranheza”. Questiona a autora: “onde está a coerência do sistema legal?” (*op. cit.*, p. 160). Sugere que o legislador esqueceu de aplicar os princípios da igualdade, da integridade e da proibição de proteção insuficiente. Sobre este último cita o artigo de seu pai, Lenio Streck, acima referido. Diz a autora:

“quem garantirá que outros crimes hediondos futuramente não recebam esta benesse legislativa? E mais, enganam-se aqueles que pensam que qualquer lei que venha a beneficiar os praticantes de crimes estaria imune ao controle de constitucionalidade. Pelo contrário, o legislador deve obedecê-lo cada vez que elabora um novo dispositivo legal. Ou isso, ou consideraríamos sempre constitucionais eventuais descriminalizações – por exemplo, a do crime de roubo, estupro, etc”. (*op. cit.*, p. 161).

Destarte, Schäfer Streck (*op. cit.*, p. 161) sustenta, como seu pai, Lenio Streck, que o Estado no ponto específico do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 faltou com “*seu dever de proteção*” (p. 161), lançando mão de um dispositivo inconstitucional “por deficiência de proteção de direitos”. Sobre o princípio da proteção insuficiente cita trecho do voto de Gilmar Mendes no RE 418.376, Rel. Min. Marco Aurélio, (julgado em 09/02/06) e ADIN 3.510. (p. 107-109).

O precedente do STF, acima citado, refere-se à antiga disposição do art. 107, inc. VII, do Código Penal, que extinguiu a punibilidade do autor de crime estupro que viesse a casar-se com a vítima. A norma foi declarada inconstitucional. Em primeiro lugar, o acórdão não foi unânime. O Ministro Marco Aurélio em seu voto sustentou a tese de que o lado mais frágil, que era a criança nascida da união estável entre o recorrente e a menor de 14 anos, deveria ser protegida, pois as leis foram feitas para os homens. E, por conseguinte, não poderia ser interpretada fora do contexto atual que é

de uma maior liberdade dos jovens e adolescentes, incluindo a precoce iniciação sexual, apenas para dar satisfação à sociedade. Em segundo lugar, sem entrar no mérito dos crimes de estupro presumido, essa matéria não guarda similaridade com o tráfico de drogas. Por uma razão simples: o estupro, ainda que presumido, implica numa ação violenta contra a vítima. No caso do tráfico de drogas não existe vítima senão a presumida vitimização de toda a sociedade ou de todo o universo de presumidos e indefesos usuários entregues à presumida sanha lucrativa dos traficantes. E mesmo que se considere tal vitimização coletiva não se tem notícia de que os traficantes apontem uma arma ou forcem violentamente alguém a comprar drogas.

A similaridade entre o tráfico de drogas e o estupro presumido pode existir e, nesse ponto entendemos que a legislação deve ser rígida e dura ao máximo, quando um traficante, por exemplo, vende drogas a um menor de idade, sobretudo menor de 14 anos, como acontece com uma parte do mercado de crack que chega a aliciar menores de até 8 anos. Embora não tenhamos encontrado estatística específica sobre o tráfico de drogas feito por menores de 14 anos e para usuários menores de 14 anos, é possível inferir a partir de notícias veiculadas, inclusive nos jornais de Fortaleza, que o problema relativo ao crack, especificamente nesta faixa etária é duplamente ameaçador, pois associado ao elevado potencial de adição e comprometimento ao desenvolvimento da personalidade das crianças e adolescentes, o número de homicídios em consequência do sistema de tráfico do crack, seja por dívidas ou por disputa de território, é elevado e constitui, quiçá, o principal fator de mortalidade desta faixa etária da população. Em Minas Gerais foi realizada uma pesquisa na área metropolitana de Belo Horizonte por Cláudio Chaves Beato Filho et al (2001, p. 1169-1170) acerca do elevado número de homicídios em áreas onde impera o tráfico de crack. Concluíram os pesquisadores que

Embora não existam dados geográficos relativos ao tráfico de drogas em Belo Horizonte, a discussão dos resultados desta pesquisa com elementos chave da Polícia Militar sugere que todos os conglomerados identificados aqui estão relacionados a bairros e favelas em que parece prevalecer o tráfico de drogas, em particular, o *crack*.

Mas, o grosso do mercado de drogas não funciona assim. Pelo contrário, quanto mais pacífico e consensual o “movimento”⁸⁰, melhor para os operadores do mercado ilícito.

Em terceiro lugar, a proteção insuficiente, referida pelo Ministro Gilmar Mendes no acórdão citado por Schäfer Streck (*op. cit.*, p. 161), o qual cita o referido Lênio Streck, é entendido como uma conduta estatal “desproporcional em sentido estrito”, o que envolve o exame das medidas eficazes (MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 333).

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 80) “não existem imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização”, mas, explícitas, sim, sob pena de omissão inconstitucional. Também Evandro Pelarin (2002, p. 163), rechaça a ideia de uma obrigação constitucional de criminalizar. E que “a vigência de norma criminalizante explícita, mesmo constitucional”, é incompatível com a dignidade humana porque toma o ser humano como meio para a consecução de fins políticos estatais.

Aguiar (2008), em artigo publicado na Revista *Jus Navigandi*, num enfoque crítico, aponta uma possível inconstitucionalidade do art. 33 da Lei de Drogas, mas não pela severidade e, sim, pela brandura. Pois a pena mínima de 5 anos, diz ele, cria uma esquizofrenia apenas aparente para evitar que condenados por tráfico tenham direito a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em meio a diversos outros dispositivos benevolentes a elevação da pena é apenas cosmética e nos coloca diante de uma questão constitucional. Seria muito melhor, diz ele, que fosse emendada a Constituição no art. 5º, inc. XLIII, do que adotar a ideologia do laxismo penal, da benevolência. Ou seja, enquanto Streck defende a inconstitucionalidade do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, Aguiar defende a inconstitucionalidade do próprio caput do art. 33 por ser este também benevolente e contrário ao mandado de criminalização expresso na Constituição.

Ao que nos parece, se inconstitucionalidade há decorrente da incoerência, não está ela na possibilidade de redução de pena ao traficante primário e, sim, no aumento de pena ao crime de tráfico. Com efeito, a descarceirização do crime de uso

⁸⁰ Termo usado por Michel Misse (2007, *op. cit.*) para designar o mercado local de drogas no Rio de Janeiro.

de drogas, como eufemisticamente epitetou o STF, não se configura proporcional a um aumento de pena para as condutas de tráfico. A menos que se adote a política da vitimização, na qual o usuário é visto como uma pobre vítima indefesa e o traficante é colocado como bode expiatório do sistema. A propósito, Carnelutti (2006, p. 68) já definia o preso como “um dos que pode ser culpado”, denunciando o etiquetamento, embora não tenha usado dessa expressão, como uma das misérias do processo penal.

A descarceirização do crime de uso de drogas guarda uma certa proporcionalidade com a situação dos traficantes primários, muitos dos quais não passam de meros operários (mulas, microtraficantes, etc.) a serviço do grande capital narco-traficante. Destarte, diferentemente do que apontado por Streck (*op. cit.*, p. 14) não é o § 4º do art. 33 da Lei 11.343 que fere o princípio da igualdade, mas, sim, a pena estabelecida no caput do art. 33 é que não guarda coerência com os princípios adotados pela Lei 11.343, especialmente o inciso I do art. 4º (“o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”); e, mais ainda, com as penas previstas no art. 28 que levaram o STF a adotar a tese da descarceirização.

Franco (2008), em artigo publicado na Revista *Jus Navigandi*, defende a constitucionalidade dos benefícios concedidos aos traficantes primários e observa com percuciência histórica que o princípio da proporcionalidade, apontado por Fernando Capez como princípio violado no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, em realidade jamais foi manejado para elevar penas desde Beccaria em 1764. Além disso, a distinção que o legislador fez entre o traficante organizado e o mula ou aviãozinho, diz Franco (*op. cit.*) decorre do princípio da igualdade material que manda tratar desigualmente os desiguais.

Lembra o Prof. Candido Mendes (*op. cit.*, p. xiii) que

[...] a declaração de direitos se faz tanto diante do universo de cidadãos livres quanto frente à parcela da coletividade confinada nas cadeias. O Estado moderno temporizou com a tendência de fazer do preso, o estrangeiro da cidade pré-renascentista, ambos afastados da própria invocação do direito a direitos.

Felizmente o Conselho Nacional de Justiça tem dado uma contribuição para reduzir a tensão nos estabelecimentos prisionais, inclusive recorrendo à iniciativa privada no que concerne à reabilitação dos egressos do sistema prisional, estimulando

ações para empregar os ex-apanados, pois esta é seguramente uma maneira autêntica de reinserção social. Mas, considerando que o tráfico de drogas representa cerca de vinte por cento do contingente de presos no Brasil não dá para ficarmos contentes com a iniciativa do CNJ, por si só.

4.5.4 O obstáculo das Convenções Internacionais de Controle de Drogas Ilícitas à reforma da legislação nacional

Acerca da internacionalização da política de drogas Rodrigo Uprimny (*op. cit.*, p. 169) menciona que o manifesto de Málaga (Espanha) o qual contou com autoridades judiciárias de diversos países, em tom crítico, observa que as autoridades encarregadas na repressão às drogas ilícitas comumente negam-se a um debate político-criminal sob o argumento de que o país está vinculado a convenções internacionais, mas quando participam de foros internacionais para discutir a política supranacional de controle de drogas “adotam atitudes claramente promotoras da repressão” ou evitam um debate franco e aberto com as sociedades das nações envolvidas.

O art. 14, parágrafo 2, da Convenção⁸¹ das Nações Unidas contra Tráfico Ilícito de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas de 1998 (UNO, 1998) estabelece que cada Estado Parte deverá adotar medidas adequadas para prevenir e erradicar o cultivo ilícito de plantas contendo substâncias narcóticas ou psicotrópicas, tais como papoula (de ópio), plantações de coca e de *Cannabis*. Entretanto, “as medidas adotadas devem respeitar os direitos humanos fundamentais e devem levar em conta os usos lícitos tradicionais, onde exista evidência histórica de tal uso, bem como devem respeitar a proteção ao meio ambiente”.⁸²

Primeira questão em relação ao dispositivo acima citado da Convenção de 1998: por que somente respeitar como lícitos os usos tradicionais de substâncias narcóticas e psicoativas com evidência histórica de tal uso? Será que os hábitos de uso

⁸¹ Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf. Acesso em: 20 jan. 2010.

⁸² No original: The measures adopted shall respect fundamental human rights and shall take due account of traditional licit uses, where there is historic evidence of such use, as well as the protection of the environment.

da *Cannabis*, por exemplo, podem ser considerados lícitos entre uma comunidade de índios e, ao mesmo tempo, a evidência histórica do uso pacífico desta droga desde o século XIX no meio urbano, incluindo a geração *hippie*, não poderia ser levado em conta como autorizativo do uso? Percebe-se que a intenção nesse artigo é meramente retórica: retórica de respeito à diversidade cultural. Até porque no Brasil, pelo menos até onde se conhece a única substância autorizada ritualmente – de uso expressivo - é a ayahuasca. Nos Estados Unidos referida substância só foi liberada após árdua batalha judicial na Suprema Corte. Quanto ao aspecto da proteção ambiental, a retórica vazia desnuda-se, ou melhor, desfolha-se inteiramente juntamente com o agente laranja (arma de guerra herdada da Segunda Grande Guerra) ou seu substituto fabricado pela Monsanto (o herbicida Roundup) que danifica plantações diversas e envenena a água de pobres camponeses latino-americanos que não deveriam ser responsabilizados pela atitude hedonista e desvairada de pessoas irresponsáveis que consomem irracionalmente o pó branco nas metrópoles americanas ou daquelas igualmente puritanas que pretendem impor modelos de conduta às custas de países outros. Para conferir o estrago sócio-ambiental na vida campesina, a jornalista Rebecca Bowe (2008) no sítio da revista eletrônica Emagazine relata que a fumigação aérea com um herbicida fabricado pela gigante Monsanto (não mais o agente laranja), mas com poder destrutivo muito semelhante, a um custo de U\$ 3 bilhões de dólares no período de 2000 a 2004, provoca danos à saúde dos agricultores, além de ameaçar o ecossistema e a partir de 2003 o governo colombiano autorizou a fumigação nos parques nacionais sob a justificativa de que os plantadores de coca estavam invadindo os parques nacionais. Apesar do alerta e protesto de agricultores e ambientalistas o Departamento de Estado norte-americano nega os efeitos degradantes da pulverização. Isso é que é respeito aos direitos humanos? É provável que o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime explique-se sobre a pulverização criminosa que atinge até mesmo a fronteira do Equador.

Noticiou a revista britânica *The Economist* (DRUGS..., 2005) que apesar dos esforços na erradicação da cultura de coca o preço da cocaína nos Estados Unidos declinou sem perder em pureza. Ainda a revista *The Economist* (DRUGS IN COLOMBIA, 2005), informa que a ajuda americana em larga escala na guerra massiva

contra as drogas vem desde 2000, quando se iniciou a pulverização com o herbicida glifosato. Essa estratégia foi introduzida na esperança de eliminar plantações de coca e, por conseguinte, reduzir a renda obtida pelas FARC e pelos grupos para-militares de direita com a coca. No princípio o governo colombiano declarou que a política de pulverização era um sucesso. A área plantada com coca reduziu de 163.300 hectares para 86.000 hectares entre 2000 e 2003, mas em 2004 a área plantada caiu apenas 7% (80.000 hectares), não obstante a pulverização de 136.000 hectares. A partir daí, o Presidente Uribe decidiu mudar a tática. Em vez da pulverização com herbicida, a eliminação manual. Esse último procedimento é especialmente usado nos parques nacionais, onde é proibida a pulverização. A expectativa do governo colombiano era de arrancar pelo menos 30.000 hectares de coca até o final de 2005. O custo da eliminação manual é bem mais barato, cerca de U\$ 350/hectare, além de ecologicamente mais atraente para captar ajuda dos europeus que não simpatizam com os herbicidas. Um dos pontos fracos nessa política de erradicação da coca está na falta de opções duradouras economicamente viáveis que sejam alternativas ao cultivo de coca. E mesmo onde tal alternativa foi implantada, caso da Bolívia, o cultivo de coca mais que dobrou desde que aquele país atingiu o ponto mais baixo de área plantada com coca em 2000. Apesar do fracasso autoridades colombianas informam que a pulverização não será abandonada. A crítica que se faz é que enquanto a demanda por cocaína permanece alta, inalterada, a pulverização aérea apenas empurra o cultivo de coca para dentro da floresta virgem, onde é mais difícil detectar os plantios. Além disso, estimula-se o desenvolvimento de variedades de alta produtividade resistentes a herbicidas. O último laivo de derrota do governo colombiano – entre a realidade do mercado e a pressão americana - está na sugestão de Uribe de tentar comprar a produção de coca dos camponeses.

Outro ponto que mereceria explicações da ONU e do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime: o Relatório do Human Rights Watch Américas (1997; *In: RIBEIRO e SEIBEL, op. cit., p. 261*) relativo ao ano de 1994 afirma claramente que a Operação Rio de 1994, uma midiática e bélica operação contra o tráfico de drogas que desastrosamente contou com a participação das Forças Armadas, “amplificou o desprezo pelos direitos e liberdades fundamentais que caracteriza o

trabalho de rotina da polícia”. E tais violações dos direitos humanos ameaçam a legitimidade das ações estatais, uma vez que sabotam “o respeito do público pela aplicação das leis”, o que invalida a eficácia das mesmas. De la para cá, a situação não mudou muito, conforme relata Pedrinha (*op. cit.*).

A partir da constatação feita pelo Human Rights Watch Américas (*op. cit.*, p. 239-262), o UNODC, consciente do atual modelo proibicionista e repressivo às drogas ilícitas, não pode excusar-se sob a alegação de que a política repressiva acarreta resultados imprevistos. O ônus relativo à violação dos direitos humanos também pertence ao Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime. Ou será que os agentes da política internacional são infalíveis como o Papa?

Kristina Kurzer (*op. cit.*, p. 64) afirma que tanto a Convenção de 1961 quanto a de 1971 deixaram poucas opções de atuação no que concerne à legalização de entorpecentes por conta do controle internacional de drogas cancelar a centenária política norte-americana de controle cada vez mais estrito.

Todavia, observam Luciana Boiteux et al. (2009, p. 42-43) o Consenso de Viena chegou ao fim. E pela primeira vez a divergência tornou-se aberta na Reunião da Comissão sobre Drogas Narcóticas, da qual o Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime integra a estrutura, realizada em março de 2009. O ponto da divergência foi justamente a expressão “redução de danos” que acabou suprimida da Declaração Política ao final da reunião, fazendo-se constar o termo “serviços de apoio relacionados”, mas que acabou sendo interpretada como “redução de danos”, interpretação esta que se deu sem votação e, sim, por aclamação dos presentes por iniciativa da representante do governo da Alemanha, que teve o apoio de 25 países⁸³, a qual pediu a palavra após a Aprovação do Plano de Ação da CND e da Declaração Política, justamente para contrapor-se ao consenso oficial que se mostrou ser um consenso de aparências.

A sistemática oposição norte-americana às políticas de redução de danos é bem documentada. De acordo com Peter Lurie (1997, p. 259) até 1991 a legislação federal norte-americana proibia a utilização de verbas federais em programas de trocas

⁸³ Exceto do Brasil, conforme Luciana Boiteux *et al.* (*op. cit.*, p. 198) por razões “geopolíticas” definidas pelo Itamaraty. Trata-se aqui de uma certa malandragem brasileira em não desagradar os Estados Unidos. Francamente é malandragem demais em meio a tanta malandragem do narcotráfico.

de seringas, de modo que as medidas para a prevenção da AIDS no público usuário de drogas injetáveis ficou bastante limitada. E mais de 3 dezenas de funcionários dos referidos programas de trocas de seringas (NEP's) acabaram sendo detidos por autoridades federais sob a acusação de favorecer o uso de drogas. Além disso, “as leis federais basicamente criaram um monopólio de prescrição de metadona ao proibir que os médicos de ambulatórios de pronto atendimento prescrevam a droga” (LURIE, *op. cit.*, p. 256).

Assim

Observa-se o absoluto descrédito do sistema de controle internacional de drogas com base nas três convenções internacionais, diante da sua incapacidade de alcançar os fins a que se propunha, bem como de sua ineficiência e da violação e direitos humanos, o que pode ser avaliado pela manutenção do alto consumo de drogas ilícitas, especialmente nos EUA, e dos altos custos sociais da política de drogas nos países periféricos, como no Brasil, onde a violência é outro efeito colateral da “guerra às drogas”. O momento atual, portanto, permite a abertura de caminhos outros para que os países se voltem para si e busquem soluções alternativas, adequadas à sua realidade social. (LUCIANA BOITEUX et al., *op. cit.*, p. 198).

Destarte, considerando a irracionalidade do atual modelo proibicionista capitaneado pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, isto é, sob a liderança da ONU, entendemos que a legislação interna não pode ficar manietada a uma padronização repressiva que resulta desestabilizadora do Estado de Direito.

No nosso entendimento, a tese de que o inc. XLIII encerra um mandato constitucional de criminalização do tráfico de drogas ilícitas afronta um dos postulados básicos do Estado Democrático de Direito. Haveremos de repetir: afronta-se a justiça.

4.5.5 Interpretando a Constituição a partir da Lei

Conforme Marcelo Neves (1994, p. 81-82) “numa perspectiva semiótica a supremacia normativa hierárquica da Constituição deve ser relativizada”, de modo que o procedimento constituinte não é o único processo de filtragem “para a vigência jurídica das expectativas normativo-constitucionais” (*op. cit.*, p. 82).

Com efeito, Neves (*op. cit.*, 1988, p. 145-146) afirma que a presunção de constitucionalidade é de caráter *juris tantum*, com função pragmática indispensável à

manutenção da ordem jurídica. Afirma Neves, com base na semiologia, que “levando-se em conta as dimensões sincrônico-paradigmática e diacrônica das linguagens constitucional e legal” (*op. cit.*, p. 154) é sempre possível soluções antinômicas sobre a inconstitucionalidade de uma lei, “apesar da imutabilidade dos textos constitucional e legal” (NEVES, *op. cit.*, p. 154). Ou seja, afasta Marcelo Neves o chamado princípio da univocidade significativa dos termos jurídicos.

As imprecisões semânticas, segundo Neves (*op. cit.*, p. 161), caracterizadas pela vagueza e ambiguidade dos termos constitucionais e legais (linguagem-objeto) provocam processos redefinitórios (metalinguagem), de modo a permitir soluções afirmativas ou negativas do estado de inconstitucionalidade de uma lei. O conteúdo das respectivas metalinguagens dos intérpretes-aplicadores (ou juristas) está fortemente influenciado pelas reações destes ao expressivo conteúdo ideológico dos termos e expressões constitucionais. Assim, o significado e os fins dos textos constitucionais e legais são condicionados pela metalinguagem e condicionadores desta.

Apesar das críticas que tecemos à nova lei de drogas (*Vide FORTE, 2007*), reconhecemos que esse novo diploma legislativo tem inúmeros méritos. E após tomar contato com a obra de Walter Leisner (*op. cit.*) que propôs interpretar a Constituição conforme a Lei e não somente o inverso, vislumbramos uma possibilidade de interpretar o inciso XLIII do art. 5º da CF a partir da Lei 11.343/2006, tendo como norte a justiça e a liberdade .

De acordo com Mendes, Coelho e Branco (*op. cit.*, p. 188-189) durante a Revolução francesa a supremacia do Parlamento era incompatível com a ideia de supremacia da Constituição. Enquanto pesava uma desconfiança sobre os juízes, o Parlamento era incensurável.

Feldens (2005, *op. cit.*, p. 32-33) afirma que o controle de constitucionalidade material instituído após a Segunda Guerra Mundial marca o fim da era do legislador que podia realizar quase tudo, exceto transformar homem em mulher e vice-versa.

A historicidade do constitucionalismo é importante para termos em mente a inequívoca relatividade de inúmeros dogmas constitucionais. Da mesma forma que o

legislador ordinário foi retirado de seu pedestal, talvez esteja chegando a hora de destituir também o constituinte originário da supremacia jurídico-política. É de se indagar se o Constituinte Originário também não teve a intenção de tudo realizar tal qual a crítica que se fez ao legislador ordinário. É bem verdade que o controle judicial exercido pela corte constitucional, no nosso caso, pelo STF, tende a amoldar o texto original aos reclamos da contemporaneidade. Especificamente em relação à criminalização do tráfico de drogas, inc. XLIII do art. 5º, entendemos que nem o Constituinte, nem os Poderes Constituídos são incensuráveis no anseio absolutista de modificar o modo de vida dos usuários de drogas.

O conteúdo normativo da lei fundamental (GrundGesetz) suscita a questão da autonomia e uniformidade conceitual, uma vez que o conteúdo tradicional da Constituição acaba sendo ampliado (LEISNER, *op. cit.*, p. 8). O direito constitucional seria impossível sem o desenvolvimento da teoria, cuja categoria pura, segundo Leisner (*op. cit.*, p. 56), é justamente a unidade do ordenamento jurídico comum.

Questiona Leisner se a Constituição, como lei diretiva, pode garantir a sua autonomia conceitual em si mesma. Quanto mais diretiva – e essa é a característica paradoxal da Constituição – menor a independência do fenômeno extrajurídico (*op. cit.*, p. 16), o qual permanece inclassificável ao lado da pirâmide normativa, esta última sendo um ilusório nível na realidade infraconstitucional das leis (*op. cit.*, p. 19). O fato da pirâmide normativa ser uma ficção em geral não representa, de todo, um problema para a efetivação da norma. Pois, as normas constitucionais, em que pese sua tecnicidade relativamente baixa, mantém uma necessária abertura ante sua respectiva abstrativização conceitual, de modo que permanecem quase sempre claramente distinguíveis, por efetivações pontuais através de alguns elementos infra-escalonados normativamente (LEISNER, *op. cit.*, p. 29-30). Surpreendentemente, a “interpretação conforme a Constituição”, onde se coloca a questão da hierarquização normativa, torna possível de forma mais expressiva a “interpretação da Constituição conforme a lei” (*op. cit.*, p. 62).

E, de fato, tanto a *interpretação conforme a Constituição* quanto a *interpretação da Constituição conforme a lei* deitam suas raízes no princípio da unidade do ordenamento jurídico. Segundo Luís Roberto Barroso (1996, p. 177) essa ideia está

presente na doutrina alemã. Embora para Barroso o princípio da interpretação conforme a Constituição se reconduz “mais primitivamente, à independência e harmonia entre os poderes” (*op. cit.*, p. 178). Não obstante, Barroso entende ambas as interpretações como simétricas. Afirma:

Quando o Judiciário, desprezando outras possibilidades interpretativas, prestigia a que fora escolhida pelo legislador, está, em verdade, endossando a interpretação da Constituição conforme a lei. Mas tal deferência há de cessar onde não seja possível transigir com a vontade cristalina emanada do Texto Constitucional (BARROSO, *op. cit.*, p. 181).

A Lei Fundamental enquanto conceito virtualmente superior é incapaz de manter-se por si mesma e considerada como tal acabaria ultrapassando os limites do poder constituinte (LEISNER, *op. cit.*, p. 18-19).

Barroso (*op. cit.*, p. 181) afirma que o princípio da unidade do ordenamento jurídico não apenas se irradia a partir da Constituição, mas “sobre ela também se projeta”. Tal assertiva Barroso remonta a Klaus Stern que, por sua vez, cita precedente do Tribunal Federal da Alemanha (BVerfGe, 1, 14 (32), no qual se afirma que “uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma” (BARROSO, *op. cit.*, p. 182).

Leisner sustenta haver uma contínua esclerose da Constituição decorrente do fato de que esta não se torna apenas direito puro objetivo, mas direito objetivo “como lei” (*op. cit.*, p. 52), de tal sorte que o fenômeno é um conjunto a impulsionar a forma constitucionalizada na Constituição (*op. cit.*, p. 53).

“Constituição conforme a Lei⁸⁴” é um fenômeno irregular, não uniforme, que se torna um risco regular para a superioridade autônoma da norma constitucional. (LEISNER, *op. cit.*, p. 10). Na concepção de Leisner a transcendência da Constituição somente se revela na conformidade das leis simples reconhecíveis, isto é, na transcendência das leis ordinárias (LEISNER, *op. cit.*, p. 19).

De forma coerente, defende Leisner que uma Constituição jamais pode se tornar em solução extremamente detalhada a eternizar uma época, sob o pressuposto

⁸⁴ *Verfassung nach Gesetz.*

de poder compreender e tornar pré-estabelecida a mais leve modificabilidade. O perigo recorrente faz com que de fato ocorra uma “cimentação”, onde a hierarquização infra-escalada “se torna um recipiente aberto” (LEISNER, *op. cit.*, p. 44).

Leisner descortina o que ele chama de criptoforma geral: a Constituição como âmbito infra-hierárquico da tradição geral não se distingue claramente dos limites da situação constitucional (*Verfassungssituation*). E a situação constitucional se constrói paulatinamente da tradição legislativa (*op. cit.*, p. 44).

O efeito bloqueio da Constituição sobre a atividade legislativa, a vedar a derrogação de normas por lei posterior, representa um caso extremo do que Leisner chama de tradição obscura, a ponto de inspirar a prática administrativa e bloquear o direito regulamentar (*op. cit.*, p. 46). De acordo com o autor referido a Constituição pode ser uma espécie de cavalo de Tróia: capaz de aniquilar o trabalho do legislador. E esse perigo é maior diante da tendência expansionista das “garantias institucionais”⁸⁵ e da ampla inflação normativo-constitucional que vai de princípios a uma regulamentação minuciosa (*op. cit.*, p. 50); além da estrutura de artigos de iguais princípios, a ponto de ameaçar indiretamente a excursão abaixo da Constituição (*op. cit.*, p. 52).

Trazendo a assertiva de Leisner para a nossa realidade, calha perfeitamente com o texto constitucional de 1988. Basta consultar a jurisprudência do STF acerca das inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face dos Estados para constatarmos que a Constituição tanto engessou o poder legislativo ordinário dos estados-membros quanto o poder constituinte derivado decorrente que assegura aos entes da federação estabelecer a própria Constituição.

A teoria da “Constituição conforme a Lei” de Walter Leisner (*op. cit.*, p. 53) situa os direitos fundamentais num ponto médio, a funcionar como centro da conceituação constitucional mais autônoma, com elevada potencialidade de desenvolvimento como programa, e não somente uma autonomia ancestral (*op. cit.*, p. 66-67), isto é, presa à tradição.

A relação lei-Constituição, segundo Leisner, desdobrável, por sua vez na relação lei-decretos, apresenta menos riscos, uma vez que a elasticidade legislativa é maior e, de forma mais técnica, torna a parafrasear a conceituação definida na

⁸⁵ *Einrichtungsgarantien*.

Constituição (*op. cit.*, p. 69). De toda sua exposição ele conclui que a crise normativa se evidencia não apenas na constatação de que o conteúdo de norma para norma transite de baixo para cima, mas também que o próprio fato, o caso concreto (*Einzelfall*) transite para a norma. E o tesouro desse direito casuístico (*Einzelfallrechts*) é muito mais rico da lei para a Constituição (*op. cit.*, p. 69-70). Assim ele sentencia: “A forma vem de cima, o conteúdo de baixo”⁸⁶, dando passagem através de diferentes degraus, do decreto à lei e da lei à Constituição, resultando muitas vezes em direito não escrito.

Observe-se que a teoria de Leisner está em perfeita consonância com o tridimensionalismo. Diríamos até que se trata de uma consequência lógica. Vejamos o que diz o saudoso Miguel Reale:

[...]a tridimensionalidade específica do Direito resulta de uma apreciação inicial da correlação existente entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger, em unidade viva, os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito, com consequências relevantes no que se refere aos problemas básicos das fontes do direito, dos modelos jurídicos e da hermenêutica jurídica. (REALE, *op. cit.*, p. 514-515).

Reale (1999, p. 253) ensina que o fato é condição da norma jurídica como expressão de valores (*op. cit.*, p. 510), ainda que não seja “razão suficiente de sua gênese”, até porque o fato por si só, diz Reale (p. 453), não obriga. Não obstante, explica o mesmo Reale recorrendo à lição de Maurice Hauriou (*op. cit.*, p. 527), “muitas vezes o Direito consagra os valores mais urgentes (acima de tudo, a segurança, a ordem, a paz) e não os valores em si mesmos mais altos”. Valor, dever ser e fim são momentos da experiência total do homem, constituindo um processo “denso de coerências e contradições, de avanços e recuos...obedecendo sempre a um ideal de adequação entre realidade e valor” (*op. cit.*, p. 550), ideal este, o de adequação fático-valorativa que é perene e a normatividade exige meios adequados (p. 551).

É ainda Miguel Reale quem diz (*op. cit.*, p. 554) que cada modelo jurídico não passa de “uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social”.

Aplicar a teoria tridimensional apenas ao direito infraconstitucional é cair

⁸⁶ No original: Die Form kommt von oben, der Inhalt von unten.

num positivismo jurídico alienado, isto é, ilusoriamente desconectado do real. Portanto, entendemos que, embora devamos preservar a força normativa da Constituição conferindo ao texto uma posição importante no processo de concretização do direito a fim de evitar a tirania dos subjetivismos, é preciso que a extração das normas constitucionais que se faz a partir da leitura do texto constitucional esteja aberta aos fatores reais. Quando o Congresso Nacional aprova uma emenda constitucional, não raro, o faz com elevada carga declaratória. A realidade já havia modificado a Constituição, já havia constituído o direito. O exemplo mais recente foi a Emenda Constitucional 57/2008, convalidando a criação de municípios⁸⁷, após decisões do Supremo Tribunal Federal questionando a criação de diversos municípios sem observar a lei complementar (que deveria existir) prevista na Constituição Federal (*Vide* ADI 2.240).

A proposta de Leisner de algum modo está consoante a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE).

Registra Canotilho (*op. cit.*, p. 236-237) que apesar das reticências da doutrina, a teoria de Leisner parte da ideia de constituição como espaço normativo aberto e campo neutro⁸⁸ a permitir introdução de alterações pelo legislador ordinário. Apesar do risco da interpretação da constituição conforme a lei vir a ser uma “*interpretação inconstitucional*”, Canotilho reconhece que a doutrina de Leisner pode ser útil à medida que as leis ordinárias que iniciam como concretizações das normas constitucionais acabam se transformando em indicativos de alterações de sentido das normas constitucionais.

O próprio Walter Leisner (*op. cit.*, p. 70) reconhece que sua teoria da Constituição conforme a Lei é a mais importante das soluções de “baixo para cima”, atrás da qual ocultam-se os maiores problemas do nominalismo⁸⁹.

Pablos Lucas Verdú (2006, p. 246-247) observa, com base em diversos

⁸⁷ "Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação."

⁸⁸ O que Canotilho chama de “campo neutro” na teoria de Leisner não quer dizer neutralidade, mas um campo médio onde se situa os direitos fundamentais (*Vide* LEISNER, *op. cit.*, p. 53).

⁸⁹ Segundo o Dicionário Aurélio: Nominalismo é a “Doutrina segundo a qual as ideias gerais não existem, e os nomes que pretendem designá-las são meros sinais que se aplicam indistintamente a diversos indivíduos”.

autores germânicos, que

“existem algumas precondições reais (sociais, econômicas, físico-naturais e, inclusive, psicológicas), alguns dados materiais que a normatividade constitucional não pode ignorar, sob pena de converter-se em um nominalismo jurídico. Certamente, a dogmática jurídica e a construção normativa são indispensáveis”.

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis, no nosso entendimento, nada mais é do que uma fórmula de reconhecimento da relatividade da supremacia constitucional, isto é, da supremacia da Constituição formal.

Em reforço da tese ora exposta, Luís Roberto Barroso (*op. cit.*, p. 151) ensina que o princípio da supremacia constitucional tem fundamento na distinção entre poder constituinte e poder constituído e divide-se em superlegalidade formal e superlegalidade material. A primeira considera a Constituição como fonte primária; a segunda, subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição.

Também a guinada na jurisprudência do controle de constitucionalidade no Brasil (*Vide MENDES, 2006, p. 200*), a partir do julgamento do HC n. 70.514 (julgado em 23.3.94, DJ de 27.06.97) no qual o STF introduziu o reconhecimento de um “estado imperfeito” a obstar a declaração de ilegitimidade de uma lei, possibilitando admiti-la como lei “ainda constitucional”, uma vez que “a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo” (*MENDES, op. cit.*, p. 200-201), na nossa opinião confirma a tese de Walter Leisner.

Fazendo uma paráfrase a um trecho de música de Raul Seixas⁹⁰ diríamos que o fato é um furo na lei por onde a Constituição transborda.

Marcelo Neves (1988, p. 27) explica que a Constituição sobrepõe-se à lei em virtude do relacionamento hierárquico das fontes de produção jurídica e não de “puras relações lógicas inferencial-dedutivas”. Segundo Neves (1988, *op. cit.*, p. 29) é insustentável a tese da *linearidade e perfeição* hierárquica do ordenamento jurídico. Em vez de adotar o dogma da completude, Neves propõe o conceito dinâmico de completabilidade “que se manifesta nos atos de criação-aplicação jurídica” (*op. cit.*, p. 31), de tal sorte que o “ordenamento condiciona e é condicionado pelos fins e

⁹⁰ “O hoje é apenas um furo no futuro por onde o passado começa a jorrar”.

ideologias dos emitentes e destinatários, nos atos de produção, interpretação e aplicação jurídicas” (NEVES, 1988, *op. cit.*, p. 32). Nesse raciocinar Marcelo Neves afirma que devemos afastar a ideia de uma supremacia absoluta das normas constitucionais (*op. cit.*, p. 32).

Aspecto interessante tratado por Neves (*op. cit.*, p. 162) - e que vemos similaridade com a tese de Leisner -, diz respeito

“ao relacionamento entre a linguagem das normas constitucionais e a linguagem descritiva contida na decisão do agente oficial de interpretação-aplicação, ou seja, do órgão controlador. Por um lado, a norma constitucional é metalinguagem prescritiva em relação à decisão do órgão controlador (linguagem-objeto), enquanto a disciplina. Ambas, portanto, são concomitante e reciprocamente linguagens-objetos e metalinguagens. Poder-se-ia argumentar que esta situação é um indício da falta de unidade do ordenamento jurídico...desde que a decisão controladora da constitucionalidade das leis, embora disciplinada pela Constituição, determina-lhe o conteúdo enquanto metalinguagem. (NEVES, *op. cit.*, 1988, p. 162).

Entretanto, o Prof. Marcelo Neves descarta a ideia de que isso seria indício de falta de unidade do ordenamento jurídico, uma vez que a decisão de controle emana de órgão instituído constitucionalmente. A recíproca influência e a recíproca natureza de metalinguagem e linguagens-objetos entre a Constituição e a decisão do órgão controlador da constitucionalidade das leis é sintoma de que “o ordenamento jurídico constitui uma unidade essencialmente dialética” (*op. cit.*, p. 62).

Lembremos ainda que a interpretação constitucional é atividade desenvolvida pelos três poderes (BARROSO, *op. cit.*, p. 160).

Isso posto, vejamos da Lei 11.343/2006 o que podemos extrair para interpretar o inc. XLIII do art. 5º da CF/88, especificamente concernente à repressão ao tráfico, porte e uso de drogas ilícitas. Diz o texto da Lei:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

[...]

Art. 4º São princípios do Sisnad:

- I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
- II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

- III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;
- IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

Estes quatro princípios indicam claramente que a proibição ao comércio de certas drogas e a repressão ao tráfico não é uma cláusula que se mantenha no Olimpo da Constituição. A menos que o inc. I seja meramente figurativo. Este primeiro princípio, por si só, seria capaz de varrer completamente o proibicionismo. Autonomia e liberdade como núcleos centrais da dignidade humana a orientar toda a política de drogas do país. E ganha mais força com o segundo princípio. Respeito às diversidades populacionais. Observe-se que vai muito além do povo, pois conforme lembrado por Müller o povo é criado, o povo é uma parcela da população. E neste inciso II não estamos a tratar meramente dos “bons brasileiros”, parafraseando Müller, mas, sim, de todas as parcelas da população brasileira: os que freqüentam botequins, os que freqüentam samba, os que freqüentam funk, os que freqüentam igrejas, os que nunca pisaram num terreiro de candomblé, os que bebem cachaça, os que fumam tabaco, os que fumam outras coisas, os que só cheiram gente e os que cheiram pó branco. O terceiro princípio (inc. III) complementa os outros dois e fornece prontamente a solução para “o problema das drogas”, problema esse decorrente de um suposto uso indevido. E qual a solução? Somente esta: promover os valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro.

Em vez de superlotar as cadeias com traficantes, em vez de estigmatizar o usuário, emblematizando o porte de drogas como crime descarceirizado, em vez de superlotar os presídios e penitenciárias, temos o verdadeiro elixir que há de curar a sociedade brasileira do cancro da drogadição indevida. O quarto princípio, este é de inequívoca importância numa sociedade que se quer verdadeiramente “aberta dos intérpretes da Constituição”, autenticamente democrática. A busca de consensos com ampla participação nacional. A sociedade tem o poder de dizer não à proibição, de dizer não à guerra às drogas que mutila e ameaça o Estado Democrático de Direito, que degrada e mata metralhadoramente. Como também a sociedade tem o poder de decidir pela linha dura, embora sujeita ao controle contra-majoritário do Supremo Tribunal

Federal que, antes de tudo, é guardião dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. E que assuma os riscos, o ônus, desde que a decisão democrática seja amplamente refletida, debatida não só nas universidades.

Cada vez mais urge uma maior participação da sociedade na busca de alternativas efetivas. Por tal razão mesmo foi que o Senador Jefferson Peres no discurso que já nos referimos (em 2003) recusou-se a apresentar um projeto de lei propondo de imediato a legalização das drogas. Acertadamente aquele parlamentar de saudosa memória teve a noção exata de que temas controversos exigem muito mais do que plebiscito e não podem ser decididos à base de um referendo maniqueísta sem a necessária maturação. Mas, por outro lado, não podemos ficar encastelados em intermináveis debates acadêmicos com o velho bordão falacioso de que não existem evidências científicas de que a legalização resolveria o problema das drogas. Primeiro que as propostas de legalização não pretendem resolver o problema das drogas, mas abrir caminhos a uma intervenção do Estado e da sociedade de forma mais eficiente e humanista no tratamento do problema, colocando a matéria sob a tutela principal da área de saúde pública; segundo, porque pretendem evitar o desastre da repressão policial e dos presídios-campos-de-concentração; e, terceiro, que existem evidências históricas e científicas à exaustão de que a repressão e proibição às drogas não funciona em lugar nenhum do mundo. Até mesmo nos países que adotam a pena de morte os traficantes não deixam de operar: é fácil recrutar pessoas seduzíveis pelo dinheiro, mesmo que isso custe o risco da própria vida.

Agora vejamos o quinto princípio da política de drogas adotada a partir da Lei 11.343/2006:

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

É um complemento do inc. IV. Uma decorrência lógica.

E o sexto princípio:

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

Intersetorialidade dos fatores que levam ao uso indevido de drogas. Que uso indevido seria esse? A lei não diz. Seria indevido o uso das drogas ilegalizadas? Não parece ser esta a melhor exegese. Isso porque o SISNAD faz englobar também as drogas lícitas. O Decreto 6.117/2007: “Aprova a Política Nacional sobre o Álcool, dispõe sobre as **medidas para redução do uso indevido de álcool** e sua associação com a violência e criminalidade, e dá outras providências”. (grifo nosso). Então existe um uso devido de álcool? Um uso adequado? Suponho que seja a minha taça de vinho, pelo menos. E por que não existiria um uso devido de outras drogas como maconha e cocaína?

O curioso é que no resumo em português do Relatório Mundial de 2008⁹¹ (em português) usa-se o termo “uso” e não abuso, o que nos parece uma tradução corretíssima, levando-se em conta que o uso de uma determinada droga, ao menos uma vez por ano, não pode ser caracterizado como abuso. Mas, no Relatório Mundial na versão em inglês, na íntegra (UNODC⁹², 2008, p. 273 e ss.), usa-se o termo abuso, como pode se constatar na página 273: “*Annual prevalence of **abuse** as percentage of the population aged 15-64 (unless otherwise indicated)*”. O mesmo podemos encontrar no relatório anterior de 2007 (UNODC, 2007, p. 56) ao passo que no Relatório 2009 (UNODC, 2009, p. 52) aparentemente houve uma correção, como se percebe na página 52 e seguintes: “*Table 3: Estimated number of people who **used** opiates at least once in the past year...*”. Seria um mero erro de terminologia? Pode parecer que sim.

Mas, Thiago Rodrigues (2003, p. 22) observa que a confusão terminológica do termo droga não é isenta de intenções políticas. Constata-se uma confusão terminológica em relação ao próprio estudo e estatística do consumo das drogas ilícitas a ponto de qualquer consumo ser tachado como abusivo pelo simples fato de a substância psicoativa ser ilícita. James A. Inciardi (*op. cit.*, p. 310) define “*drug abuse*” como “qualquer uso de droga ilegal, ou o uso de uma droga legal de uma forma que possa causar problemas ao usuário”⁹³. Ao passo que o mal uso, segundo Inciardi

⁹¹ O Brasil no Relatório Mundial sobre Drogas 2008. Disponível em: www.unodc.org.br. Acesso em: 10 out. 2009.

⁹² Word Drug Report 2008. Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 10 out. 2009. *Idem* em relação aos demais relatórios mundiais referidos.

⁹³ No original: “Any use of an illegal drug, or the use of a legal drug in a manner that can cause problems for the user”.

(*op. cit.*, p. 310) corresponde ao uso de uma droga em quantidades elevadas ou para propósitos diferentes do pretendido. Ou seja, se for álcool o uso será indevido se o indivíduo beber exageradamente; se for maconha ou cocaína, então o uso será abusivo porque a droga é...ilegal. Um dos significados para o termo *abuse* no Dicionário Merriam-Webster⁹⁴ é o de “uma prática ou costume corrupto” (*a corrupt practice or custom*). Somente assim, em bases morais pode se compreender o abuso de drogas utilizado nos relatórios mundiais de 2007 e 2008.

Vamos excluir o *crack* e partir do pressuposto que esta droga à base de cocaína – e que não se confunde com o uso tradicional da cocaína - é sempre de uso indevido. Mas, a maconha e a cocaína não apresentariam a possibilidade de um uso devido? Não era o vinho Mariani – que continha cocaína de verdade - consumido pelo papa no início do século XX, conforme já referido no capítulo 1? O deputado Fernando Gabeira⁹⁵ relata que muitos de seus eleitores são usuários declarados de maconha e conseguem manter uma vida normal, produtiva e criativa como qualquer outra pessoa. Na referida ocasião Gabeira relata ainda que tentou entrar no país com sementes de *Cannabis sativa* com o propósito de levá-las à EMBRAPA a fim de incentivar a pesquisa da planta, a exemplo do que já ocorre estrategicamente na Alemanha, e, no entanto

“o Governo Federal, com sua magnífica Polícia Federal, apreendeu minhas sementes, insinuou para a população que tínhamos trazido maconha em sementes para o Brasil e jamais foi capaz, depois de quase um ano, de me processar, como se tivesse realmente trazido sementes de maconha, nem de me pedir desculpas pelo fato de eu estar estrategicamente pensando no Brasil do século XXI”. (GABEIRA *In*: RIBEIRO E IULIANELLI, *op. cit.*, p. 268-269).

Também Alberto Zacharias Toron, integrante do antigo Conselho Estadual de Entorpecentes do Estado de São Paulo, em prefácio à obra coordenada por RIBEIRO e SEIBEL (1997, p. 21) afirma que devemos reconhecer a potencialidade lesiva do crack, mas igualmente admitir que um enorme contingente de usuários recreativos de outras drogas (maconha, cocaína, etc.) etiquetadas como ilícitas fazem uso destas substâncias sem maiores problemas.

⁹⁴ Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/abuse>.

⁹⁵ Durante debate na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados em 27/11/1997, p. 268. *In*: RIBEIRO, Ana Maria Motta e IULIANELLI, Jorge Atílio Silva (orgs.). *Narcotráfico e violência no campo*. Rio de Janeiro: DP & A, 2000. 286p.

Em sendo assim, ao reconhecer a distinção entre uso devido e indevido, inclusive em relação ao álcool, a Lei 11.343/2006 apresenta um grande mérito. Porque rompeu, pelo menos, com um dos gargalos da hipocrisia institucional ao inserir o álcool e o tabaco entre as drogas a serem alvo das políticas de prevenção. Portanto, com este sexto princípio admite-se que a partir de uma tal compreensão das variáveis que induzem ao uso abusivo de drogas – e essa nos parece ser a melhor definição para o “uso indevido” de drogas, isto é, uso indevido como sinônimo de uso abusivo ou, ao menos, o uso abusivo como espécie de uso indevido⁹⁶ – as autoridades encarregadas da implementação da lei estão aptas a adotar a estratégia mais eficiente para lidar com o problema e não simplesmente imbuídas de um dogma fundamentalista do tipo “criar um mundo livre de drogas”. No sítio da Senad⁹⁷ encontramos:

As pessoas têm diferentes graus de vulnerabilidade individual às drogas: existem personalidades mais suscetíveis ao uso de drogas. O que se verifica é que a maioria das pessoas que experimentam ou até usam uma substância com alguma regularidade não se tornam, necessariamente, dependentes;

Se o governo federal reconhece que a maioria dos experimentadores ou usuários de drogas não se tornam dependentes então por que a ênfase na repressão? Só há uma resposta: por imposição internacional que encontra ressonância num certo puritanismo nacional importado.

A Lei 11.343/2006 não é só perfume de flores. Dentro dos princípios do SISNAD está embutido um perigoso cavalo de tróia. Eis o que diz o sétimo princípio:

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

O que significa integrar as estratégias nacionais e internacionais? E se as estratégias nacionais fundadas no pluralismo democrático e no respeito à autonomia e à liberdade se mostrarem incompatíveis com a guerra internacionalizada às drogas capitaneada pelos Estados Unidos?

⁹⁶ O uso indevido de drogas é um conceito aberto que não encontra definição nem na Lei 11.343/2006 nem nos Decretos que a regulamentam. Pelo menos, não encontramos tal definição.

⁹⁷ <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php>

O oitavo princípio diz respeito à cooperação entre os órgãos envolvidos na implementação da política de drogas. Não interessa diretamente a esta dissertação, embora seja de suma importância para alocação eficiente de recursos. Vamos ao nono princípio:

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

A implementação desse princípio, repetimos, se não estiver na lei apenas para emoldurá-la decorativamente, poderá fomentar uma guinada na política repressiva e proibicionista. Entretanto, parte de um pressuposto errôneo, concernente à reinserção social de usuários de drogas. Que os dependentes de drogas – com elevado grau de *adição* - estejam de algum modo excluídos e precisem de reinserção social não se discute, mas reinserir socialmente um usuário de drogas não dependente? Reinsere socialmente onde? O uso de drogas é um fenômeno eminentemente sociável, grupal, gregário. A não ser que esta reinserção social seja num meio social asséptico, de não usuários de drogas, quiçá, em algum templo religioso muito ao gosto de certos parlamentares que ficaram escandalizados com a última e corajosa entrevista do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, mas talvez não se escandalizem com o hipnotizar de uma multidão, adestrada para doar dinheiro e salvar a alma de grande e lucrativo negócio, que é o mercadejar religioso. Ou então uma reinserção social num meio de usuários de cerveja, porque a AmBev é uma paixão nacional; ou numa praça de alimentação de um *shopping* repleto de *fast foods* e refrigerantes altamente propensores à diabetes e obesidade. Faz sentido falar em reinserção social de usuário de álcool? Não. Mas, de dependente crônico de álcool, sim. Pois, quando o indivíduo atinge o comportamento típico de alcoólatra a exclusão social é praticamente certa.

O décimo princípio:

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

Esse equilíbrio entre as atividades de saúde pública (redução de danos, inclusive) e as de repressão é, no mínimo, desejável e o Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime tem enfatizado a necessidade de adotar tais práticas preventivas como forma de superar as críticas à política proibicionista. Mas, será que, do ponto de vista orçamentário, a partir de 2007, podemos identificar esse equilíbrio? Não conseguimos obter informação a esse respeito, até porque muitos dos gastos no combate às drogas são repassados como gastos em geral às secretarias de segurança pública dos estados, de modo que fica difícil separar do restante das despesas em segurança pública. Entretanto, a nível ilustrativo, no Portal da Transparência⁹⁸, tomando os repasses do governo federal ao Estado do Rio de Janeiro, constata-se que, dos cerca de 8,487 bilhões de reais destinados aquele estado, cerca de 2,048 bilhões de reais foram destinados somente a reforma de estabelecimentos penais estaduais. Considerando que a média nacional do contingente de presos ligados ao tráfico gira em torno de 20% é possível inferir que, pelo menos, R\$ 500 milhões de reais no Rio de Janeiro⁹⁹ foram destinados a melhorar o alojamento de traficantes presos. Se compararmos esse dinheiro com os 100 milhões de reais que o Ministério da Saúde anunciou no ano passado que investiria no tratamento de drogaditos, então percebe-se claramente que a retórica oficial não mudou muito.

Por ora, tal princípio serve como uma confissão de culpa do Estado. Quer dizer: o Estado reconhece que antes não havia tal equilíbrio nas ações de saúde pública e ações policiais. Ora, como é que se protege a saúde pública jogando todo o peso orçamentário – não esqueçamos que, no final das contas estamos a falar de milhões de reais – em ações policiais? Para evitar que o dinheiro seja desviado para outras finalidades o Senador Expedito Júnior apresentou projeto de Lei 345/09 transferindo o Fundo Nacional Antidrogas para o Ministério da Saúde. Só para se ter uma ideia, em 2007 o Fundo movimentou 26,2 milhões de reais (EXPEDITO propõe..., JORNAL DO SENADO, p. 4, Ed. 3.094/234, 14-20 de set./2009).

⁹⁸ <http://www.transparencia.gov.br>. Acesso em: 05 fev. 2010.

⁹⁹ Luciana Boiteux et al. (*op. cit.*, p. 79) não encontrou um número confiável quanto ao contingente de presos no Estado do Rio de Janeiro. E seguindo tais autores, tomamos a média nacional apenas para demonstrar o quanto anda distante o equilíbrio entre os gastos com repressão e os gastos com prevenção e tratamento de drogaditos.

Na realidade esse dado fornecido pelo Jornal do Senado não confere com o Portal da Transparência, o qual informa que em 2007 os gastos do governo federal com o Fundo Nacional Antidrogas foram de R\$ 685.024,84. Ainda conforme o Portal da Transparência em 2008 o Fundo Nacional Antidrogas movimentou R\$ 2,404 milhões de reais, a maior parte (cerca de 1,895 milhões) destinados à Fundação de Amparo a Pesquisa e Extensão Universitária. Já em 2009 o mesmo Fundo movimentou apenas pouco mais de 1,3 milhões de reais.

Mesmo que tenha sido o valor citado no Jornal do Senado, não é muito dinheiro se considerarmos que boa parte acaba sendo alocado em questões meramente administrativas, burocráticas. Quanto aos custos da repressão não é fácil mensurar, mas o então Senador Sérgio Cabral, em aparte ao Senador Jefferson Peres no já referido discurso proferido em fevereiro de 2003 afirmou que “a Polícia Civil e a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro consomem 80% das suas energias e dos seus gastos no combate a esse crime federal, a esse crime que não é estadual”. O único reparo na fala do Senador Cabral é que o crime não é federal: o crime de tráfico de drogas é uma imposição da ONU. E esse organismo internacional deve prestar contas à humanidade juntamente com as potências hegemônicas.

Por fim o décimo primeiro princípio diz:

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

Quanto a este último fica a pergunta se tais normas e orientações do CONAD – que é presidido pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República - deverão estar em conformidade com o pluralismo e com o respeito à autonomia e liberdade ou será o inverso: tudo deverá ser pactuado conforme as determinações do CONAD?

A julgar pela entrevista do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, já referida anteriormente, mantemos uma certa dose de otimismo. Quando Luís Inácio Lula da Silva deixar a presidência quem sabe resolva falar como seu antecessor. Vejamos o que disse Fernando Henrique¹⁰⁰:

¹⁰⁰ Entrevista a Thaís Oyama. Veja, 21/09/2009.

Veja: O senhor sempre foi favorável à descriminalização da maconha, mas nunca havia defendido a ideia abertamente. Por que decidiu fazer isso agora?

FHC: De fato, é uma preocupação antiga. A Secretaria Nacional Antidrogas, criada quando fui presidente da República, já formulava a ideia de que não adianta só reprimir. Essa iniciativa minha, portanto, não é algo inteiramente novo e deriva de uma única preocupação: a forma como vem sendo conduzido o combate às drogas nos países americanos. As coisas vão mal nessa área.

Veja: O que o levou a essa constatação?

FHC: Em março, em Viena, houve uma avaliação dos esforços feitos nos últimos dez anos. Nesse período, prevaleceu a posição americana de que era necessário empreender uma guerra total de repressão às drogas. Só que esse projeto envolveu muito dinheiro e apresentou pouco resultado. A violência aumentou e não houve a diminuição nem da produção nem do consumo. A Colômbia, por exemplo, fez esforços extraordinários e conseguiu um grande avanço sobre os guerrilheiros, desorganizou muita coisa dos cartéis, mas, mesmo assim, chegou a uma situação paradoxal: teve um aumento na produtividade do plantio da droga. Isso porque, enquanto ela diminuiu a área cultivável, os contrabandistas compensaram a perda aumentando a produtividade por meio do uso de técnicas mais modernas de plantio. Além disso, houve uma transferência dos cartéis colombianos para o México e lá a coisa ficou muito séria, porque o país não estava institucionalmente preparado, como a Colômbia, para fazer frente ao desafio.

Outro grande mérito da lei está no art. 5º, inciso II. O Sisnad tem como objetivos “promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país”. Conhecer os efeitos químicos, fisiológicos, neurológicos, comportamentais das drogas é dever de uma cidadania esclarecida, pois a democracia sem o conhecimento e sem a socialização dos conhecimentos navega para a noite tenebrosa do fanatismo. Já escrevemos (FORTE, *op. cit.*, p. 205), e nisso não há nada de original, que a droga “é apenas uma das muitas possibilidades de fuga que o indivíduo encontra numa sociedade consumista, substituível por qualquer outra fonte de prazer narcisista como sexo compulsivo e consumo compulsivo”.

Eis, por conseguinte, o que Maria Inês Gandolfo Conceição e Maria Cláudia Santos de Oliveira (2008, p. 255-256) identificam como o mal estar da cultura, onde “as drogas” fazem o papel do bode expiatório moderno. Tratar o usuário como doente ou criminoso, dizem as referidas autoras, provoca uma estigmatização que leva à clandestinidade. O resultado é que em nome do combate às drogas, em face de uma associação linear drogas-violência a demandar políticas repressivas em vez de ações

de saúde pública, tais políticas provocam “mais prejuízos e perdas humanas do que o próprio efeito deletério das drogas” (*op. cit.*, p. 255, 257).

A Lei 11.343/2006 fornece uma abertura hermenêutica extraordinária para tornar o mandado de criminalização do tráfico de drogas uma norma inválida. E considerando a tese de Walter Leisner de que os direitos fundamentais devem estar situados num ponto médio do ordenamento jurídico e não necessariamente num *topos* da Constituição, podemos afirmar que os direitos fundamentais expressam um *quantum* de liberdade e dignificação do ser humano dentro do campo social no qual se insere a *praxis* constitucional, para seguir a teoria do campo, introduzida da física pelo Prof. Goffredo Telles Junior (*op. cit.*, p. 73-74); ou expressão de um “sentimento constitucional”, tal qual ensina Pablo Lucas Verdú (*op. cit.*, p. 70), sentimento de forte afeição pela justiça e pela equidade a regular valores fundamentais como igualdade, liberdade e pluralismo jurídico. Segundo Pablos Lucas Verdú (*op. cit.*, p. 190) “não se deve *coisificar* o conteúdo dos direitos fundamentais.”

A positividade nesse campo social pode fluir de baixo para cima, do fato para a lei ordinária e desta para a Constituição e vice-versa. Em sendo assim, o art. 4º, incisos I a IV da Lei 11.343/2006, são superiores, com nítida feição de normas de direitos fundamentais, a ponto de afastar o mandado de criminalização hedionda do tráfico de drogas, permitindo, no mínimo, uma flexibilização das penas aplicadas aos traficantes, o que, na prática, já vem ocorrendo no juízo de primeiro grau¹⁰¹. E no STF existe decisão nesse sentido:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. LEI 6.368/76. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PRESENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, no caso concreto. Precedente. 2. Ordem concedida. (HC 84715, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 08/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ

¹⁰¹ No primeiro grau de jurisdição, a título ilustrativo, Processo: 2008.51.01.490115-5, 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Sentença disponibilizada no sítio conjur.com.br, Revista **Consultor Jurídico**, 5 de agosto de 2008. Acesso em: 10 ago. 2008.

29-06-2007 PP-00143 EMENT VOL-02282-05 PP-00934 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 488-492)

Um estudo mais detalhado da jurisprudência foi realizado pela Professora Luciana Boiteux *et al.* (*op. cit.*, p. 98), no qual constatou-se que tanto no STJ quanto no STF mais da metade dos acórdãos pesquisados acabaram indeferidos ou não conhecidos. E no mérito constata-se um tratamento jurídico severo para com os acusados por crime de tráfico de drogas, onde a manutenção da prisão preventiva é preferida, em vez de decidir-se em prol das garantias fundamentais. Além disso, há uma crescente participação das mulheres nos crimes de tráfico que se reflete nos recursos que chegam aos tribunais superiores (LUCIANA BOITEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 103-104). A pesquisa referida comprovou empiricamente segundo os autores citados que mais de 80% dos casos envolvem a figura do traficante de drogas individual e ocasional, o que desmistifica o “atributo de conduta violenta, voltada para a criminalidade” e em cerca de 93% dos processos que alcançaram o STJ não foi aplicada a minorante para redução da pena prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas (LUCIANA BOITEUX *et al.*, *op. cit.*, p. 126). Segundo os referidos pesquisadores:

A resistência de aplicação do referido dispositivo, pelas instâncias ordinárias, também foi verificada relativamente ao Superior Tribunal de Justiça, conforme se verá, mais detalhadamente, em tópico posterior. Por trás de complexas argumentações de magistrados, nos mais variados sentidos, verifica-se a visão estereotipada do criminalizado por tráfico, carregada de valores marginalizantes e certamente influenciada pela doutrina que prega a guerra contra as drogas. (LUCIANA BOITEUX *et al.*, 2009, p. 129).

Ainda de acordo com Luciana Boiteux *et al.* (2009, p. 159) a condenação ou prisão em flagrante, convertida em prisão preventiva, por tráfico de drogas resulta num *second code* – na “perspectiva da ideologia da defesa social e do direito penal do inimigo” - que consiste em dar a estes criminalizados um tratamento mais grave do que em relação a outros crimes. Corroborando essa hipótese, afirma Luciana Boiteux *et al.* (2009, p. 179) que “consta de uma das sentenças examinadas, que ‘quem vende drogas em favelas e/ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício’ – em referência ao § 4º do art. 33”.

E aqui registramos que inúmeros casos podem ser lidos nos informativos do STJ e do STF relacionados a homicídio qualificado, onde a liberdade, a dignidade do acusado e a presunção de inocência são exaltados como valores do Estado Democrático de Direito. A título exemplificativo:

INFORMATIVO¹⁰² Nº 558

Prisão Preventiva e Morador de Rua

PROCESSO HC - 97177

O simples fato de o acusado não possuir residência fixa nem ocupação lícita não é motivo legal para a decretação da custódia cautelar. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu habeas corpus para conceder liberdade provisória (CPP, art. 310, parágrafo único) a denunciado por suposta tentativa de homicídio qualificado, cuja prisão fora decretada para assegurar a aplicação da lei penal e preservar a ordem pública, porquanto morador de rua, sem endereço conhecido ou local onde pudesse ser encontrado com habitualidade. HC 97177/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 8.9.2009. (HC-97177)

De modo que o tráfico de drogas na praxis jurisprudencial é tido como um crime mais perigoso do que o homicídio. Será que uma vida vale menos do que 10 Kg de cocaína, por exemplo?

O mandado de criminalização do tráfico de drogas poderia ser interpretado a partir do art. 33 e do art. 44¹⁰³ da LD, seguindo a mesma teoria de Walter Leisner? De fato, é possível, principalmente se adotarmos o direito penal como *prima ratio* e não como *ultima ratio*, muito ao gosto da ideologia Lei e Ordem e do Direito Penal do Inimigo (Vide CARVALHO, 2006, *op. cit.*, p. 63-65). Mas, onde a efetividade da repressão a respeitar os direitos fundamentais, incluindo a proteção à coletividade, a segurança pública e a saúde pública? Esquecendo, para melhor raciocinar, os direitos fundamentais dos traficantes – que, não raro, acaba sendo o direito fundamental ao Regime Disciplinar Diferenciado -, ainda assim a interpretação da Constituição a partir

¹⁰² Disponível no sítio do STF: www.stf.jus.br. Acesso em: 10 out. 2009.

¹⁰³ 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:

Pena - **reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos** e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (grifo nosso).

[...]

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**. (grifo nosso).

destas normas incriminadoras constantes na Lei 11.343/2006 não se coaduna com um Estado que se quer Democrático de Direito. Ideologias tendencialmente totalitárias (direito penal do inimigo, movimento lei e ordem, tolerância zero) desviam o constitucionalismo contemporâneo da família constitucional ocidental. E aqui, sem adentrar numa polêmica que nos parece inútil acerca da normatividade ou não do preâmbulo da Constituição, o fato é que a parte preliminar do documento político-constitucional de 1988 indica claramente a que família constitucional filia-se o constitucionalismo brasileiro. *In verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo nosso)

Ante a leitura de um tal preâmbulo, a norma mais favorável à paz e à harmonia social deve ser a preferida. Assim tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

[...] A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

- **A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento** juridicamente idôneo **de mudança informal** da Constituição.

A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tomarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (Informativo STF 534/2009, HC N. 91.361-SP RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO).

Ora, se o STF abre o ordenamento constitucional ao fluxo jusfundamental do direito internacional, privilegiando a norma mais favorável à liberdade e dignidade humanas, independentemente de se tratar de convenção com força de emenda constitucional, por que razão não se permitiria a abertura do ordenamento constitucional à própria lei interna do país?

É assim que entendemos acertado falar na possibilidade de se declarar, de se reconhecer a invalidade do mandado de criminalização do tráfico de drogas, partindo de baixo para cima. E só assim completa-se o mandamento maior da Constituição Federal de 1988, expresso, não criado, mas declarado, no art. 1º, § 1º, da CF: o Poder emana do Povo. O campo social, retornando ao Direito Quântico de Goffredo Telles Junior (*op. cit.*, p. 73-74; 287-288), dizemos nós, espraia-se dos hábitos e usos do povo para as leis e destas para a Constituição. Tentar fechar a democracia de uma sociedade plural (art. 1º, inc. V, CF) apenas ao direito de sufrágio e ao direito criado pelo Estado é apequenar a liberdade e espezinhar a justiça. Diz Goffredo Telles Junior (*op. cit.* p. 294):

Eventuais mandamentos não harmonizados com a ordenação jurídica vigente não merecem o nome de *normas jurídicas*, embora possam se apresentar com roupagens da norma jurídica. Não se vinculando com o sistema jurídico instituído, são mandamentos avulsos, contrários à *normalidade*. São, de fato, imperativos contra o Direito; são contrafações do Direito.

Contra-argumente-se que o povo pode decidir querer continuar a política repressiva. Sim, isso é possível. Mas, primeiro ele tem que ser informado. O

conhecimento sobre as drogas e sobre a fracassada guerra às drogas deve ser socializado como ordena os princípios expressos no art. 4º da LD. A democracia participativa não se completa sem a democracia do conhecimento. E é dever de cada jurista, de cada operador do direito, dos sociólogos, filósofos, formadores de opinião, enfim, da cidadania ativa, fustigar por uma mudança de paradigma, alertar e propor novos rumos.

De acordo com Canotilho (*op. cit.*, p. 366):

O que importa num Estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode *ser feito* e é feito de *forma legítima*.

Assim, em que pese o sentido da Constituição ser ditado na prática pelo que diz o STF, retomamos ao problema formulado no cap. 3: a liberdade e dignidade da pessoa humana são conciliáveis com a repressão ao comércio de drogas? Ou noutros termos, é possível adotar uma concordância prática entre a proibição às drogas e a liberdade do indivíduo, emprestando máxima efetividade à liberdade?

O Professor Raimundo Bezerra Falcão (1997, p. 247) ensina que o custo social da interpretação deve ser levado em conta em face da ilegitimação da norma conducente à injustiça ou de interpretações acarretadoras de um custo social muito elevado, custo esse que acarreta uma provável perda de eficácia da norma.

A Professora Luciana Boiteux e sua equipe de pesquisa (BOITEUX et al., 2009, p. 204) após elencarem algumas propostas de alteração legislativa, de cunho humanizador em relação aos traficantes presos e condenados, em particular medidas de qualificação profissional e possibilidade de medidas alternativas, concluem que as propostas:

são insuficientes, senão para reduzir um pouco os danos sociais – notadamente a superlotação carcerária –, e reforçar a ideia de liberdade e tolerância, além da razoabilidade e proporcionalidade **violadas pelo modelo proibicionista, que precisa ser superado, por absoluta desumanidade, ineficiência na proteção da saúde individual e coletiva e inequidade, além de sua absoluta irracionalidade.** (grifo nosso).

Em suma, não apenas os tratados internacionais de direitos humanos podem vir em socorro do aplicador do direito na concretização de uma política de

drogas humanista e racional: os princípios elencados na Lei 11.343/2006 sinalizam também para um novo paradigma apesar da tibieza do Brasil nos fóruns internacionais, recusando-se assumir uma posição mais vanguardista.

4.5.6 O simbolismo da Lei 11.343/2006: eficácia e efetividade

Será que podemos falar em um pioneiro processo de constitucionalização simbólica da criminalização do tráfico na Constituição de 1988?

A característica da legislação simbólica está numa regular não concretização, a tornar a norma ineficaz. Um acentuado grau de ineficácia observa-se quando o texto legal não é capaz de orientar ou assegurar as expectativas normativas de modo generalizado (NEVES, 1994, p. 51).

A norma pode até ser muito eficaz (concretizada), mas quanto aos fins pretendidos pode ser inefetiva ou anti-efetiva (NEVES, 1994, p. 45, 47). “Sendo eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa do texto legal), embora inefetiva (não-realização dos fins), não cabe falar de legislação simbólica” (NEVES, *op. cit.*, p. 49)

Atente-se que o conceito de efetividade em Marcelo Neves difere do conceito de efetividade em Barroso (1996, *op. cit.*, p. 267). Para este último a efetividade “é a realização concreta no mundo dos fatos, dos comandos abstratos contidos na norma”.

A eficácia da lei, explica Marcelo Neves (*op. cit.*, p. 42-43) pode ser autônoma e/ou heterônoma. A primeira diz com a observância da lei pelos destinatários, voluntariamente. A segunda corresponde à eficácia por imposição. Uma lei é dita eficaz (*op. cit.*, p. 46) quando ocorre a realização do programa condicional da norma (se→então). Ou seja, a concretização normativa do texto legal resulta eficaz com a observância, execução, aplicação e uso do Direito (*op. cit.*, p. 45).

A ineficácia, por sua vez, ocorre se e somente se há uma conjugação entre ineficácia autônoma e ineficácia heterônoma (*op. cit.*, p. 44). A *contrario sensu* quer isso dizer que havendo apenas eficácia autônoma ou apenas eficácia heterônoma (por exclusiva imposição), ainda assim, a norma será eficaz.

A efetividade da norma corresponde à implementação do programa-finalístico (meio-fim). A norma será inefetiva se demonstrar-se eficaz, porém sem alcançar a finalidade a que se propõe. A norma pode ser intensamente eficaz e inefetiva, qualificando-se, como anti-efetiva. Tanto a norma inefetiva quanto a anti-efetiva caracterizam-se pela falta de vigência social ou carência de normatividade do texto legal (NEVES, *op. cit.*, p. 46-47).

De acordo com Marcelo Neves (*op. cit.*, p. 36-37) a legislação simbólica visa a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade, sendo emblemático o caso da Lei seca nos Estados Unidos, onde saiu vitorioso o protestantismo puritano contra imigrantes e católicos, muitos dos quais pequenos fabricantes de bebidas alcólicas. Nestas situações a eficácia normativa da lei é colocada em segundo plano; o principal é o reconhecimento da superioridade do grupo vencedor ou, pelo menos, o reconhecimento do grupo de minoria excluída para minoria reconhecida. O prof. Neves (*op. cit.*, p. 35) cita como exemplo de “afirmação simbólica” o debate que se travou na Alemanha em prol do reconhecimento do aborto. Mesmo sendo excepcionais os casos de punição, o grupo ou movimento social pró-aborto insistia no debate. E já dizemos nós, também aqui no Brasil, não somente tocante ao aborto – e não adentraremos no mérito, pois nesse ponto teríamos um flanco de divergência a mais -, mas também no que diz respeito aos homossexuais os quais podem perfeitamente viver em uniões homo-afetivas à margem de qualquer reconhecimento oficial e, no entanto, lutam para que tal direito seja reconhecido e, de fato, já está sendo pela jurisprudência. Mais especificamente pode ser apontado como tentativa de afirmação simbólica o movimento pró-legalização da maconha que tem apoio significativo (simbólico também) do Ministro Carlos Minc. Os usuários de maconha sabem perfeitamente que, segundo o art. 28 da Lei de Drogas, podem fumar praticamente impunes, mas querem ir além, querem obter o reconhecimento, quiçá, para acabar com o estigma da conduta ilícita, mesmo que a sanção penal por tal conduta ilícita seja descarceirizadora, como eufemisticamente decidiu o STF¹⁰⁴, para escapar de enfrentar o problema da descriminalização.

Vemos, portanto, que a legislação simbólica é usada por diferentes grupos

¹⁰⁴ QO em RE 430.105-9/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13/02/2007.

de pressão: conservadores, liberais, minorias, puritanos *etc.*

Marcelo Neves (*op. cit.*, p. 38-39), com base na obra de Kinderman, ensina que a pressão por uma atitude estatal mais drástica contra a criminalidade resulta numa legislação álibi. A legislação álibi é uma aparência de solução, fundada na crença instrumentalista da legislação como meio de solucionar os problemas sociais. Quanto mais ela é empregada, mais fracassa. A resposta legislativa à criminalidade no Brasil dos anos 1980 em diante é um exemplo referido pelo Prof. Neves como legislação álibi. E o referido autor não olvida que as leis “são capazes de modificar a realidade de forma direta” (*op. cit.*, p. 39), mas não sem que se leve em conta as variáveis não normativo-jurídicas.

A legislação simbólica pode ser usada como fórmula de compromisso dilatatório. Neste caso a ineficácia da lei está presente no conteúdo normativo. E o exemplo citado por Marcelo Neves (p. 40-41) é a lei norueguesa sobre trabalho doméstico que, de um lado atendeu simbolicamente aos reclamos dos trabalhadores do setor e, de outro, suavizou as sanções aplicadas às donas de casa a ponto de tornar a lei ineficaz. Compare-se este exemplo com o art. 28 da Lei 11.343/2006. Eis o texto da lei que ora nos interessa:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se 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.

[...]

Maria Lúcia Kaplan, citada por Machado Martins (2008, p. 69) aponta uma incompatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e o recurso da política penal-repressora a expressões vagas como ordem pública ou paz pública a fundamentar a tipificação de determinadas condutas. Kaplan, comentando o art. 28 da lei de drogas critica a tentativa de mudar o comportamento do indivíduo através de uma sanção penal (*apud* MARTINS, 2008, p. 69). Veja-se que Gonçalves (*op. cit.*, p. 254) entende que a

advertência não é atribuição do Estado, isso, devemos entender, na seara penal, pois no âmbito educacional, psicológico, de saúde e assistência social a advertência é não apenas plausível, mas desejável, não como penalidade obviamente. Assim, a criação da pena *sui generis* de advertência fez com que o STF escapasse pela tangente no julgamento da Questão de Ordem suscitada no RE 430.105/RJ (Inf. 456/2007), pois o reconhecimento da *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal "acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal" (Inf. 456/2007, STF). Desse modo, diz Machado Martins (*op. cit.*, p. 75) que a figura delitiva do art. 28 da Lei 11.343/2006, na prática, resulta na banalização do Direito Penal, num direito penal "simbólico latente" de conseqüências pífias, onde o juiz "nada pode fazer em termos coativos contra o usuário" (p. 75). Claus Roxin (*apud* PORTO, 2006) considera ilegítimas as leis de efeitos simbólicos quando o dispositivo revelador dos objetivos demagógicos "mostra-se desnecessário ou inócuo para a convivência pacífica no meio social". Sintetiza Machado Martins (*op. cit.*, p. 79) que a legislação brasileira é anti-terapêutica e anti-pedagógica à medida que cria penas com força repressiva inexpressiva, a ponto de, no caso específico do art. 28 da Lei de Drogas, termos ingressado num modelo desmoralizador do sistema penal.

Neste caso sequer há conflito social a justificar a norma criminalizadora de porte de drogas. Na realidade a lei visa mesmo é coibir o uso, mas como seria inconstitucional vigiar o que se faz nos recintos particulares, a forma prática que o legislador encontrou para sancionar o uso foi esta. Trata-se de uma farsa de sanção penal. Pois, se o objetivo é educar os usuários das drogas ilegalizadas acerca dos riscos à saúde e malefícios, então por que se escolherão apenas alguns bodes expiatórios, aqueles que inadvertidamente não conseguem fumar ou usar completamente a droga? Ou não conseguem jogar no primeiro tambor de lixo que encontrarem? Haveria o mínimo de coerência se a Lei, pelo menos, admitisse que idêntica sanção fosse aplicada contra aqueles a quem se imputasse o uso de tais substâncias, admitindo-se todas as provas legítimas, incluindo a oitiva de testemunhas. Certamente isso abarrotaria os juizados criminais, o que representa mais um indício de que a matéria não deve ser tratada no fórum ou na delegacia. Pode-se mesmo apontar

aqui uma clara violação ao princípio da isonomia, uma vez que se escolhe arbitrariamente uma parte inexpressiva dos destinatários da norma como alvo da sanção penal simbólica, quando a regra no direito penal e no direito em geral é se admitir todos os meios de prova. Por que punir somente os usuários flagrados circunstancialmente como portadores da droga ilegalizada se a própria lei diz que é crime guardar qualquer quantidade de substância ilícita?

A liberdade de escolha de drogadição do indivíduo, em que pese o disposto no art. 4º, inc. I da Lei 11.343/2006¹⁰⁵ é afastada em prol de um pretense interesse público da coletividade que, não obstante, vê-se ameaçada dia e noite por balas perdidas e por um sistema penitenciário superlotado de traficantes e criminosos associados ao tráfico de drogas, sem que se chegue ao menos a uma redução justificável no consumo de drogas. Pelo contrário, Misse¹⁰⁶ (2007, p. 139-157) analisa dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, onde constata que após o endurecimento da legislação de drogas em 1966, na esteira do que preconiza a Convenção Única de 1961 da ONU ampliando o alcance das medidas proibicionistas, há uma redução nos processos judiciais de incriminação por tráfico de drogas e a explicação mais plausível, segundo o renomado pesquisador, não decorre dos efeitos dissuasórios da nova e severa legislação repressora, mas, sim, do “alargamento das transações ilícitas entre policiais e usuários” e “entre policiais e traficantes”. O propinoduto, a concussão, corrupção ativa e passiva de policiais e de outros agentes do Estado é o que Misse (*op. cit.*, p. 139-157) chama de troca de mercadorias políticas, configurando um mercado ilegal parasitário que tem como hospedeiro o mercado ilegal que oferece bens econômicos ilícitos. E não raro ocorre a sobreposição do parasita sobre o outro, como, por exemplo, na ocupação de pontos de venda de drogas (antes ocupados por traficantes) por policiais-traficantes ou na venda clandestina de outros bens.

O art. 28 também dá margem à extorsões, vitimização e discriminação injusta entre usuários à medida que deixa ao critério da autoridade judicial (e, num

¹⁰⁵ “...respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, **especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade**”. (grifo nosso)

¹⁰⁶ MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. **Estudos Avançados** 21(61), 2007. p. 139-157.

primeiro momento, a autoridade policial) definir se o porte era para uso ou para tráfico conforme as circunstâncias. Vejamos:

§ 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.

A lei atribui à autoridade policial um papel relevante quanto ao flagrante do tipo expresso no art. 28. Nos termos do art. 48, parágrafos 2º e 3º, se ausente a autoridade judicial as providências serão tomadas pela autoridade policial, sendo vedada a detenção do usuário flagrado. E independente disso, é óbvio que o juiz vai decidir com base nas informações e elementos de flagrante apresentados pela polícia, tanto quanto o Ministério Público há de opinar e postular o enquadramento típico num ou noutro tipo da Lei de Drogas com base em tais informações policiais. A polícia, como qualquer autoridade, tem fé pública. Logo, a discricionariedade – em decidir se era tráfico ou não - comunica-se do juiz para a autoridade policial. Esse ponto da Lei tem motivado fortes críticas e o ex-presidente Fernando Henrique abordou na entrevista à revista *Veja*, alhures citada, cujo trecho reproduzimos:

Veja: Mas, no Brasil, desde 2006, ninguém vai mais para a cadeia por fumar maconha.

FHC: O problema do Brasil é outro: é a dubiedade da legislação. Ela não faz a distinção clara entre o usuário e o traficante, e isso dá margem à extorsão por parte da polícia. Aqui, o problema não é a ideologia repressora, é a malandragem que essa zona cinzenta permite. Mas um deputado, que é inclusive do PT, já está preparando uma lei para resolver isso.

Quiçá, abeberando-se dessa crítica e também de recente decisão da Corte constitucional argentina, o Ministro Eros Grau decidiu liminarmente (caso recentíssimo¹⁰⁷) mandar soltar uma mulher presa com dois papелotes de cocaína:

DECISÃO: Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em acórdão assim ementado (fl. 136):

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE

¹⁰⁷ Vide www.stf.jus.br, (DJE nº 188, divulgado em 05/10/2009).

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI Nº 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO.

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória ou do apelo em liberdade aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei nº 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

2. Recurso conhecido e desprovido.”

2. A paciente foi presa em flagrante com dois papéletes de cocaína.
3. O pedido de liberdade provisória restou indeferido tão-somente com fundamento no artigo 44 da Lei n. 11.343/06.
4. A impetrante requer a concessão de liminar a fim de que a paciente seja posta imediatamente em liberdade; no mérito, o deferimento da ordem.
5. É o relatório.
6. O Supremo Tribunal Federal vem adotando o entendimento de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes não tem direito à liberdade provisória, por expressa vedação do artigo 44 da Lei n. 11.343/06.
7. O Ministro Celso de Mello, no entanto, ao deferir a liminar requerida no HC n. 97.976-MG, DJ de 11/3/09, observou que o tema está a merecer reflexão por esta Corte. Eis, em síntese, a decisão de Sua Excelência:

“EMENTA: “HABEAS CORPUS”. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO ‘DUE PROCESS OF LAW’, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA ‘PROIBIÇÃO DO EXCESSO’: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO ‘STATUS LIBERTATIS’ DAQUELE QUE A SOFRE. IRRELEVÂNCIA, PARA O EFEITO DE CONTROLE DA LEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCIDO POR TRIBUNAIS DE JURISDIÇÃO SUPERIOR. PRECEDENTES.

MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.”

8. A vedação da liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei n. 11.343/06, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil). Daí resultar inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal. **A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável.**

(grifo nosso)

Defiro a liminar a fim de que o paciente seja posto imediatamente em liberdade.

Comunique-se.

Publique-se.

Estando os autos suficientemente instruídos, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Brasília, 28 de setembro de 2009.

Ministro Eros Grau

- Relator -

Isaac Sabbá Guimarães (2007, p. 235-241) sustenta que a Lei 11.343/2006 concernente ao art. 28 é uma norma esvaziada. Antes, sob a Lei 6368/76, afirma o autor que as repercussões penais eram irrisórias para a prevenção, mas a política criminal oficial se alinhava com o art. 36, 1, da Convenção Única sobre entorpecentes que prevê pena restritiva de liberdade para o crime de posse de drogas. Opinião semelhante encontramos em Paulo Rangel (2007, p. 110). Este último aponta a inutilidade do processo nos casos de porte de drogas, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006. E mesmo sendo contrário à legalização, ante a ausência de proposta alternativa e educativa, o ilustre promotor de Justiça teve a grandeza de reconhecer que seria melhor “fazer uma *abolitio criminis* do porte de drogas, embora com sérias repercussões no âmbito da saúde pública” (*op.cit.*, p.112), legalizando o porte de drogas para o consumo pessoal.

Fernando Gerson (*op. cit.*, p. 135-136), por sua vez, afirma que os delitos que visam tutelar a saúde pública não podem ser vistos como mero enfrentamento simbólico entre o infrator e a lei, mas, sim, como “um problema social e comunitário”. Assim, um tanto contraditoriamente comemora o viés pluridimensional da nova lei que trata de forma mais humana o usuário, menos estigmatizante, embora não tenha havido

uma descriminalização do uso, como acertadamente, na opinião do autor, decidira o STF, pois o usuário ocupa uma posição *sui generis* como infrator: “merecedor de reprimenda e de medidas ressocializadoras e terapêuticas” (*op. cit.*, p. 145). Reconhece o autor que o legislador não estabeleceu “instrumentos jurídicos eficazes para a garantia da exeqüibilidade das medidas tomadas pelo julgador, razões pelas quais se coloca em risco uma das metas primordiais da nova legislação”, que é a reeducação do usuário e/ou tratamento do dependente (*op. cit.*, p. 143). Confirma, portanto, que a lei, concernente à repressão ao usuário é feita para inglês ver, ou, quem sabe, fumar ou cheirar.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Desembargador José Henrique Rodrigues Torres (Relator do Acórdão 01697713, julgado em 31 de março de 2008), em face da prova colhida afastou a tese de tráfico. Seria o caso de condenar o acusado com base no art. 28 da Lei 11.343/2006. Entretanto, diz o Relator às fls. 147 que:

“a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indissolúvel insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo art. 5 da Constituição Federal como dogmas de garantia individual.” (Disponível na íntegra na Revista Consultor Jurídico: www.conjur.com.br. Acesso em 03 jul. 2008.).

E chamando à colação a doutrina crítica de Salo de Carvalho, aduz o Relator que a lógica bélica e sanitária das políticas de drogas mostra-se injustificável desde “a estrutura do direito penal constitucional”, fruto da opção moralizadora que sobrepõe a razão de Estado à razão do direito. Além disso, a pretensão tutela da saúde pública não encontra compatibilidade com o tipo descrito no art. 28 da Lei de Drogas, vislumbrando-se violação ao princípio da ofensividade previsto no art. 5º da Constituição Federal. Sem falar, diz o Relator, que há também uma violação ao princípio da igualdade, à medida que os usuários de drogas lícitas podem portá-las livremente, “tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica”. No mesmo acórdão, aponta-se ainda que a criminalização do porte de drogas acarreta violação ao princípio da diferença, “corolário do princípio da dignidade” assentado na Constituição e em tratados internacionais. E com tais fundamentos, conclui pela

atipicidade da conduta porte de drogas. Outro precedente, na mesma linha de fundamentação é citado por Martins (*op. cit.*, p. 69). Trata-se de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Ap. 70000006247, Rel. Des. Sylvio Batista Neto, julgado em 06/10/1999). Não obstante, os Tribunais Superiores até o momento não parecem muito condescendentes com os usuários de drogas (Martins, *op. cit.*, p. 70).

Ocorre que o art. 28 da Lei 11.343/2006 tem outro efeito simbólico: dar uma satisfação à ONU, pois era até então recomendação expressa deste ente internacional que os países signatários criminalizassem o porte de drogas (*Vide* capítulo 3, item 3.2). Recentemente temos visto um certo embate tendendo a uma revisão nessa imposição. Em 11/03/2009 o Diretor Executivo do Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (UNODC), Antônio Maria Costa¹⁰⁸ recomendou que os governos tratassem a dependência de drogas como doença e também como crime. Entretanto, a dissidência tem aumentado (*Vide* cap. 1, item 1.3). No “Jornal do Senado” (Edição 3.094/234, 14 a 20/09/2009, p. 4), lemos a notícia de que o Relatório Mundial Sobre as Drogas de 2009 tem motivado a mudança de foco da área de segurança para a de saúde pública. Apesar de existirem propostas que elevam as penas para os usuários flagrados portando drogas (PLS 67/09, PLS 252/06, PLS 227/09).

Face ao exposto não iremos analisar a inefetividade da norma expressa no art. 28. A sua ineficácia flagrante fulmina a pretensão legislativa de que venha esta a surtir o desejável efeito – mesmo o efeito dissuasório – de redução do uso de drogas.

Aliás, aponta-se aqui um outro efeito simbólico da criminalização descarceirizadora do art. 28 da LD: estigmatizar os usuários como forma de dissuadir novos e potenciais usuários, além do efeito simbólico – e histórico – de estigmatizar expressiva parcela da população brasileira, notadamente a afrodescendente que primeiro se identificou com a maconha, por exemplo, e atualmente expressiva parcela da juventude brasileira.

Quanto à criminalização do tráfico fica a pergunta se a norma seria ineficaz a ponto de permitir adjetivar o inc. XLIII do art. 5º da CF como norma constitucional simbólica? Conforme já vimos no item 4.1 Marcelo Neves (1994, *op. cit.*,

¹⁰⁸*Vide* http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/Executive_summary_LO-RES.pdf

p. 90-91) admite a possibilidade de existir uma norma constitucional simbólica, específica, sem comprometer todo o documento constitucional. Pelo número de prisões e pelo espetáculo midiático diariamente estampado nos jornais de norte a sul do país a cada apreensão de drogas feita pelas polícias do Brasil, podemos afirmar que o mandado constitucional de criminalização do tráfico é regularmente concretizado? Como já vimos, seguindo a tese de Marcelo Neves, só há que se falar em constitucionalização simbólica de uma norma constitucional específica se esta não for regularmente concretizada. De tudo que foi exposto no capítulo 1, em particular a referência a Michel Misse (*op. cit.*), não hesitamos em qualificar também esse dispositivo criminalizador do tráfico como tendencialmente simbólico. Não obstante, não podemos cair no simplismo de dizer que se trata de norma completamente esvaziada como ocorre com o art. 28 da LD. No caso da criminalização do tráfico iremos questionar se a concretização da legislação proibicionista e repressora resulta em efetividade. A repressão e proibição ao comércio das substâncias ilegalizadas alcança a finalidade a que se propõe, qual seja, proteger a saúde pública, eliminando ou, ao menos, reduzindo significativamente e eficientemente o consumo de drogas? De acordo com o Escritório Regional (Brasil e Cone Sul) contra Drogas e Crime (UNODC¹⁰⁹) no Relatório Mundial de 2008, o Brasil figura como o segundo maior mercado de cocaína das Américas. Existem aproximadamente 870 mil usuários do pó branco. E foi constatada um aumento na prevalência de uso de cocaína pelo menos uma vez por ano, passando de 0,4% da população em 2001 para 0,7% em 2005, sendo mais acentuado o consumo no Sudeste do país, correspondendo a 3,7% da população entre 12-65 anos. O Relatório Mundial 2009 (UNODC, 2009, p. 83) aponta 890 mil usuários de cocaína, mantendo o percentual de 0,7% da população brasileira entre 12-65 anos. Em relação ao consumo de opiáceos, sobretudo sintéticos, estima-se que o Brasil tem 600 mil usuários, segundo o referido Relatório de 2008. Quanto à maconha registrou-se um aumento na prevalência de uso anual ao menos uma vez por ano, passando de 1% em 2001 para 2,6% em 2005, percentuais esses correspondentes à população total entre 12-65 anos no Brasil. Quanto ao uso de anfetaminas e ecstasy, a prevalência de

¹⁰⁹ O Brasil no Relatório Mundial sobre Drogas 2008. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/brazil/Relatorio/Drogas/2008/Brasil_no_Relatorio2008.pdf. Acesso em: 15 jan. 2009.

uso anual na mesma faixa etária foi registrada em 0,7% e 0,2% respectivamente em 2005. No Relatório 2009 (UNODC, 2009, p. 25) estima-se que a prevalência anual de uso de maconha, ao menos uma vez por ano, entre estudantes do 8º ao 12º ano de escolaridade seja de 5,1% da população estudantil, conforme dados coletados em 2006.

A política de criminalização parece ser eficaz, no sentido em que Marcelo Neves adota para a expressão eficácia, isto é, concretizada, a ponto de responder pela segunda incidência do contingente de 422.590 presos em dezembro de 2007 (*Vide LUCIANA BOITEUX et al.*, p. 78, 2009). Apesar dos dados não serem muito precisos, de acordo com Luciana Boiteux *et al.* (*op. cit.*, p. 79) o contingente de presos por tráfico de drogas no Brasil evoluiu de 47.472 em dezembro de 2006 a 69.049 em junho de 2008, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional. De acordo com Mingardi¹¹⁰ e Goulart (2001, p. 16; *apud* BOITEUX et al., p. 81) cerca de 80 % dos presos em São Paulo por tráfico de drogas são jovens pobres, microtraficantes, desorganizados, sem “boas ofertas para os policiais que os prendem” e que têm vínculo apenas de clientes com as organizações de traficantes, confirmando o que já exposto por Michel Misse. Podemos, por conseguinte, apontar que ao lado desta eficácia aprisionadora de microtraficantes constata-se uma ineficácia no que tange aos grandes traficantes.

É bem possível que o PRONASCI – Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania -, instituído pela Lei 11.530/07, contribua para minimizar os problemas ocasionados tanto pela repressão policial ao tráfico de drogas, quanto pela corrida armamentista e disputa territorial entre traficantes, especialmente na cena – e arena de luta – do Estado do Rio de Janeiro. Em 2008 a Revista Estudos da PUC-Goiânia publicou artigo do autor¹¹¹ desta dissertação sobre o PRONASCI, no qual analisamos os aspectos positivos do programa. Em referido artigo deixamos expressa a opinião de que “o Pronasci tem o mérito de ser o primeiro programa a encarar de frente as arbitrariedades e deficiências da máquina policial, além de tentar incorporar uma

¹¹⁰ MINGARDI, Guaracy e GOULART, Sandra As drogas ilícitas em São Paulo: o caso da Cracolândia. São Paulo: ILANUD, 2001, p. 17. *Apud* BOITEUX et al. (2009, p. 81).

¹¹¹ FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. Análise Sobre o Programa Nacional de Segurança Pública Com Cidadania – PRONASCI – instituído pela lei 11.530/07 e MP 416/08. **Estudos**, Goiânia, v. 35, n. 4, p. 575-587, jul./ago. 2008.

massa vulnerável de pessoas ao mínimo de cidadania efetiva”.

Entretanto, mesmo que os territórios do tráfico voltem ao *status* relativamente pacífico dos anos 1970, ainda perdurará uma séria ameaça ao Estado de Direito: a flagrante economia do ilícito que mina o respeito das pessoas para com as instituições incumbidas de reprimir esse mercado fora-da-lei.

Portanto, a criminalização do tráfico de drogas tal qual pretendida pelo Constituinte de 1988, sobretudo a partir da edição da Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), longe de alcançar a finalidade a que se propõe – proteção da saúde pública –, caminha, na realidade, na direção oposta.

Também não devemos cair na ilusão de que um mercado legal de drogas seria a panacéia. Basta observar o que ocorre com o mercado das atuais drogas lícitas para concluir-se que o Estado não pode – nem deve – ficar omissivo. Deve intervir para minimizar os riscos sociais e, na medida do possível, proteger os usuários contra as escolhas míopes feitas por estes em detrimento da saúde e esfera de autonomia.

Limitar a propaganda e, mais acertadamente, vedar a propaganda de toda e qualquer droga pode ser mais efetivo do que manter presídios-campos-de-concentração. Ideia parecida encontramos em John Marks (1997, p. 275), segundo o qual o Estado deve manter um controle de drogas através de uma oferta legal, sem incorrer numa excessiva indulgência. O exemplo de excessiva indulgência na oferta de droga é exatamente o comércio de bebidas alcoólicas. Por outro lado, se o Estado for rigoroso demais com a oferta “os criminosos se encarregarão de atender a demanda” (MARKS, *op. cit.*, p. 275). Ainda de acordo com esse autor os maiores riscos das drogas estão na sua clandestinidade, uma vez que as substâncias são alteradas com teores ignorados de potência e composição. E de fato isso se verifica cada vez mais, onde há notícia de que parte considerável da maconha comercializada é misturada com resíduos de crack, além de existir uma nova modalidade de droga que mistura as duas substâncias, de tal modo que o usuário pode ser ludibriado pelo traficante e acabar drogadito justamente por não dispor de um mercado regulamentado que ofereça o mínimo de controle de qualidade.

No caso específico do crack, entendemos que seria razoável submeter os usuários a tratamento compulsório. E de onde sairia o dinheiro para tal despesa? Basta

fechar a torneira dos gastos com a inefetiva repressão policial. Por que um traficante de drogas – mesmo que seja de crack – deve necessariamente ser privado da liberdade durante anos? Por que não permitir uma reinserção social de muitos desses criminosos dando-lhes uma oportunidade de trabalho e qualificação educacional?

Em suma, de tudo quanto foi exposto entendemos que a atual política repressiva ao tráfico de drogas ilícitas ameaça a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito. É claro que haverá sempre quem sustente que é o tráfico de drogas em si - e não a atuação dos agentes (e agências) internacionais, nacionais e estaduais encarregadas da repressão ao tráfico – que ameaça o Estado Democrático de Direito e, portanto, que a repressão deve continuar como está. Convém nesse ponto lembrar a advertência de Karl Popper (*op. cit.*, p. 7), segundo o qual os argumentos podem ajudar a que se chegue a uma solução pacífica sobre objetivos, entretanto “não existe nenhum método científico para decidir entre dois objetivos”. Nem é possível converter aqueles para “quem todos os argumentos são suspeitos e que preferem uma decisão brutal a uma decisão racional”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o decorrer da pesquisa bibliográfica constatamos o surgimento de inúmeros trabalhos nos últimos anos sobre esse relevante tema. Vivemos um momento de crise no que diz respeito à política antidrogas tanto no Brasil quanto no plano internacional.

O modelo repressivo positivado com a Constituição Federal de 1988 é injusto, uma vez que não atinge os grandes traficantes e os grandes beneficiários desse mercado bilionário. O rigor da lei antidrogas recai sobre o traficante da favela, as mulas do tráfico, os micro-traficantes. É essa parcela da população excluída que engrossa a massa de delinqüentes a inflar o sistema prisional brasileiro.

Além disso, a criminalização do usuário por porte de drogas ilícitas cominando penas meramente simbólicas resulta em completa ineficácia quanto aos fins declarados da norma: a defesa da saúde pública e da saúde do usuário.

O livre desenvolvimento da personalidade deve englobar também a possibilidade da pessoa experimentar drogas, especialmente aquelas que encontram ampla aceitação entre os usuários e maior tolerância entre os não-usuários. A opção de usar drogas pode ser uma escolha de mal gosto, como sustentou Carl Jung. Mas, não cabe impor o bom gosto numa sociedade pluralista, embora seja dever do Estado incentivar o progresso cultural e, por conseguinte, estimular para que hábitos pouco saudáveis sejam abandonados, como é o caso do tabagismo.

Estudiosos do assunto contrários às propostas de legalização, dentre os quais o psiquiatra norte-americano James A. Inciardi que igualmente rechaça a guerra às drogas como solução, suscitam uma série de objeções que devem ser enfrentadas por aqueles que defendem a legalização. Como se daria a produção e comércio? De que forma seria vendida a cocaína, por exemplo? Qual o teor de THC recomendável para a comercialização de *Cannabis*? Como ficaria a convivência entre usuários e não-usuários em bares e restaurantes? Seria admissível legalizar o crack? E os possíveis problemas de saúde pública ocasionados por um elevado número de drogaditos como deverão ser enfrentados? Como resolver os problemas gerados pelo uso de drogas nas

pequenas cidades onde já existe relato de venda da pedra de crack por menos de 1 real?

Esta dissertação não teve por objetivo traçar um modelo de legalização das drogas, embora o autor seja francamente favorável a ideia de legalização tanto da *Cannabis* quanto da cocaína, excluindo o crack e excluindo a pasta-base de cocaína e outras formas altamente prejudiciais. De qualquer sorte, uma das soluções para o cultivo da *Cannabis* seria a permissão de cultivos alternativos com o controle das sementes por órgãos de pesquisa agropecuária, notadamente a EMBRAPA, e fiscalização do Ministério da Saúde e participação do público consumidor.

Em relação à folha de coca, entendemos que é perfeitamente possível desenvolver toda uma série de bebidas e até mesmo medicamentos fitoterápicos que poderiam perfeitamente alavancar o desenvolvimento de pobres camponeses da Bolívia e de outras regiões andinas, bem como desenvolver tipos industrializados de cocaína com grau de pureza compatível para o uso, tal como temos em relação à indústria de vinhos e de café. Ora, se até a indústria de plásticos tem desenvolvido alternativas para os problemas ambientais ocasionados, assim como outros segmentos da indústria química, por que razão a única solução ao problema das drogas seria mais penas e mais cadeia num marco de eterna proibição?

É preciso mudar o paradigma. Por isso, adotamos uma postura crítica ao modelo existente, crítica esta que não se conforma com meras reformas pontuais e cosméticas, mas que reclama uma autêntica reforma nos objetivos traçados quanto à política de drogas: devemos perseguir o objetivo de um mundo livre de drogas? Ou de um mundo capaz de conviver da forma menos trágica, do ponto de vista social, individual e familiar, com os fenômenos de uso de drogas e drogadição?

Quanto ao art. 5º, inc. XLIII, da CF, no que diz respeito à repressão ao tráfico de drogas, preferimos a interpretação mais restritiva possível, a conferir ao legislador o máximo de discricionariedade no sentido de, inclusive, não criminalizar certas condutas de tráfico de drogas. Pois, foi essa prudência legiferante que motivou o Senador Afonso Arinos a rejeitar o texto do inc. XLIII no anteprojeto constitucional para conferir ao legislador ordinário a necessária discricionariedade em cada época e momento acerca de uma maior ou menor rigidez na criminalização e repressão a certas

práticas delitivas.

A qualificação da norma inserta no inc. XLIII como um mandado de criminalização com feição de cláusula pétrea violaria os limites do Poder Constituinte Originário. Esse é o posicionamento defendido nesta dissertação a partir da obra de Otto Bachof.

Se a estratégia continuar sendo a de um mundo livre de drogas, ou, mais modestamente, como parece se inclinar o UNODC, de um mundo com uma reduzida oferta e consumo de drogas, é preciso que os formuladores dessa política assumam todas as responsabilidades e não coloquem sobre os ombros das autoridades nacionais e regionais o peso do “trabalho sujo” que é justamente materializado nas “conseqüências inesperadas” da repressão policial, incluindo a corrupção do aparelho estatal, a ponto de um batalhão inteiro do Estado do Rio de Janeiro ter sido colocado sob suspeição ante o envolvimento comprovado de elevado número de integrantes com o narcotráfico.

Encerramos a dissertação convictos de que é possível e necessário buscar alternativas aos problemas gerados pelas drogas fora do marco repressivo ora reinante que, não raro, gera mais problemas do que as substâncias químicas perseguidas. E para tal o déficit democrático das decisões internacionais sobre drogas seguramente constitui um dos mais intrincados problemas a ser enfrentado. O Brasil pode ser protagonista nessa matéria e deve atuar como importante ator no jogo político internacional.

É bom que se credite a quem de direito – e de fato – a responsabilidade por todos os acertos e desacertos do centenário modelo proibicionista. O Estado Brasileiro é responsável por cada policial morto, cada vítima de bala perdida e cada suspeito de tráfico fuzilado sumariamente ou submetido às mais degradantes condições penitenciárias.

É preciso mais uma vez lembrar Canudos e dessa vez dizer que desde a redemocratização morreram mais de 30.000 pessoas somente no Rio de Janeiro, isso significa que se trata de uma população maior do que aquela que habitava as 5.200 casas de Canudos. A analogia com Canudos é pertinente, primeiro porque a guerra de Canudos foi também uma guerra sanitarista movida por um Estado que se recusava a

entrar no mundo do sertão, abandonado por mais de 3 séculos. E o Exército entrou em cena para fazer a guerra contra uma parte da população, tal como no enfrentamento às drogas a ideologia norte-americana incorporada pela ONU sob a pomposa ideia de um mundo livre de drogas na prática resulta numa guerra contra uma parcela expressiva da população. A não ser que vinte por cento do contingente de presos e o autoritarismo policial nada signifiquem em matéria de direitos humanos.

Tal como em Canudos, também neste caso estamos diante de um crime. Mas, não diremos que “ainda não existe um Maudsley para as loucuras e os crimes das nacionalidades”¹¹². Afirmamos isto, sim, que ainda não existe um Euclides da Cunha para denunciar os desmandos das Convenções Internacionais de repressão ao tráfico de drogas, os crimes dos quais a ONU e o Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crimes devem mais do que desculpas acerca das “conseqüências inesperadas”. Cem anos é tempo suficiente para prever e prevenir tragédias que se repetem.

¹¹² CUNHA, Euclides da. Os Sertões. p. 409.

BIBLIOGRAFIA

A CONSTITUIÇÃO não pode ser ideológica. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 fev. 1988. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

A LEGALIZAÇÃO das drogas: que fazer? **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 03 jul. 1988. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

ABANDINSKY, Howard. **Drugs: an introduction**. 4. ed. Belmont: Wadsworth/Thomson Learning, 1997. 410p.

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. **Estudos Avançados**, 21 (61), 2007. p. 7-30.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Os riscos da lei antidrogas . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1647, 4 jan. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10820>. Acesso em: 10 set. 2008.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. 252p.

AMUY, Liliane Maria Prado. **A lei anti-tóxicos (Nº 6.368/76): os critérios científicos utilizados em sua elaboração e a exclusão do álcool**. 2005. 104f. Dissertação (Mestrado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1071. Acesso em: 10 set. 2008.

ARENDT, Hannah. **Between past and future: eight exercises in political thought**. New York: Penguin Books, 2006. 298p.

ATHAYDE, Celso, BILL, MV, SOARES, Luis Eduardo. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. 295p.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Criminologia contemporânea**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. 50p. (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo 4). Disponível em: www.trf4.gov.br. Acesso em: 10 fev. 2009.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 1994.92p.

BARROS, Joao Antonio. **Folha de pagamento do mal**. O Dia, 30 maio 2004. Disponível em: http://tiroteio.blogspot.com/2004_05_01_tiroteio_archive.html. Acesso em: 4 junho 2004. *Apud*: ADRIANO OLIVEIRA, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. 300p.

BEATO FILHO, Cláudio Chaves et al. Conglomerados de homicídios e o tráfico de drogas em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, de 1995 a 1999. **Cad. Saúde Pública**, v.17, n.5, Rio de Janeiro, Set./Out. 2001. p. 1163-1171.

BECK, Francis Rafael. A lei de drogas e o surgimento de crimes “supra-hediondos”: uma necessária análise acerca da aplicabilidade do artigo 44 da Lei 11.343/2006. *In*: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248p. p. 153-169.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI, v. 7). 163p.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998. Vol. 1: 674 p. (total: 1.330 p.) Vários Colaboradores. Obra em 2v.

BOWE, Rebecca. The Drug War on the Amazon. Disponível em: www.emagazine.com. Acesso em: 20 mar. 2008.

BOITEUX, Luciana et al. **Tráfico de drogas e Constituição**: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Rio de Janeiro: UFRJ/Ministério da Justiça, 229p.. (Série Pensando o Direito, n. 1). Disponível em: www.justica.gov.br. Acesso em: 10 set. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 809p.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. 280p.

_____. **A Constituição Aberta**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Tiago. 90% são dependentes de crack. **O Povo**, 09/11/2009. Disponível em: www.opovo.com.br. Acesso em: 09 nov. 2009.

BRENAN, Geoffrey; BUCHANAN, James M. **The reason of rules**: constitutional political economy (The collected works of James M. Buchanan ; v. 10) New York : Cambridge University Press, 1985. 171p. Disponível em: oll.libertyfund.org. Acesso em: 10 dez. 2007.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Silva Sánchez e Jakobs: a saga da racionalização do irracional. **Panoptica**, nov./fev. 2008. p. 64-74. Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 10 jan. 2009.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários. Teoria e prática no direito penal, Curitiba-PR, 29 a 31 de março de 2007, **Anais...** Disponível em: www.trf4.gov.br. Acesso em: 20 out. 2009.

CAMPOS, German J. Bidart. **Filosofia del derecho constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 1969. 319p.

CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228p.

CARLINI, E.A. Carlini et al. **I Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil**: estudo envolvendo as 107 maiores cidades do país: 2001. São Paulo: CEBRID – Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas : UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo, 2002. Disponível em: www.unifesp.br/dpsicobio/cebrid/levantamento_brasil/parte_1.pdf. Acesso em: 10 maio 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Belo Horizonte: Pilares, 2006. 128p.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 253p.

_____. A política de guerra às drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. **Panoptica**, n. 11, 2007. p. 164-177. Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 30 mar. 2008.

CÁSSIA, Cristiane de. Um negócio de R\$ 840 milhões. **O Globo**, 25 maio 2003. *Apud*: ADRIANO OLIVEIRA, 2006, p. 157.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública, p. 107-117. In: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; Márcio Iório Aranha (Org.). Direito sanitário e saúde pública. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. V. 1. Coletânea de Textos. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2009.

COGGIOLA, Oswaldo. O comércio de drogas hoje. **Olho da História**, n.4, 2006. Disponível em <http://www.oolhodahistoria.org>. Acesso em 24 de agosto de 2007.

COMISSÃO LATINO-AMERICANA SOBRE DROGAS E DEMOCRACIA. **DROGAS E DEMOCRACIA**: Rumo a uma mudança de paradigma. Disponível em:

www.drogasedemocracia.org. Acesso em: 02 jun. 2009.

CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo, OLIVEIRA, Maria Cláudia Santos de. A relação adolescente-drogas e as perspectivas da nova legislação sobre drogas. **Rev. de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, out./dez. 2008,

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões**. 34. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1989. 416p.

DAHRENDORF, Ralf. **Sociedade e liberdade: para uma análise sociológica do presente**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Unb, 1981. 272p. (Pensamento Político, 16).

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário, p. 39-61. In: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; Márcio Iório Aranha (Org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. V. 1. Coletânea de Textos. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2009.

DANTAS, Ivo. Interpretação constitucional: das normas constitucionais inconstitucionais: uma visão pessoal. In: XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 13/05/2004. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 02 dez. 2007.

DI BIASI, Francisco e ROCHA, Mário Sérgio F. da. **Ciência, espiritualidade e cura: psicologia transpessoal e ciências holísticas: uma transformadora síntese da ciência moderna da consciência com as tradições espirituais revelando o poder da mente não-local, da meditação e dos estados alterados de consciência**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005. 132p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 372p.

DORNELES, Marcelo Lemos. A constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e a sua natureza jurídica. In: CALLEGARI, André Luís; e WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248p.

DRUGS in Colombia :Hand picked. **The Economist**, Londres, 01 set. 2005. Disponível em: <http://www.economist.com>. Acesso em: 20 abril. 2008.

DRUGS in Latin América: Battles won, a war still lost. **The Economist**, Londres, 10 fev. 2005. Disponível em: <http://www.economist.com>. Acesso em: 20 abril. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p. (Direito e justiça)

ESCOHOTADO, Antonio. A proibição: princípios e conseqüências. *In*: RIBEIRO e SEIBEL, 1997. p. 29-46.

EXPEDITO propõe gestão de recursos de fundo pelo Ministério da Saúde. **JORNAL DO SENADO**, Brasília, p. 4, Ed. 3.094/234, 14-20 de set./2009.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004. 281p.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 134p.

_____. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223.

FERNANDES, Leonardo. A inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias e a ADI 815-3. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, ano 2, outubro 2008. ISSN 1982-4564. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewArticle/233>. Acesso em: 21 set. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995. 991p.

FHC defende a descriminalização das drogas. **Agência Estado**, São Paulo, 26 fev. 2010. Disponível em: uol.com.br. Acesso em: 26 fev. 2010.

FLESCHE, Joachim. **Drogen und Medikamente im Straßenverkehr**: Faktensammlung. Bonn: Deutscher Verkehrssicherheitsrat, 2002. 359p. Disponível em: <http://www.dvr.de>. Acesso em: 30 abril 2009.

FORTE, Francisco Alexandre de Paiva. Racionalidade e legitimidade da política de repressão ao tráfico de drogas: uma provocação necessária. **Estudos Avançados**, 21 (61), 2007. p. 193-208.

_____. Análise Sobre o Programa Nacional de Segurança Pública Com Cidadania – PRONASCI – instituído pela lei 11.530/07 e MP 416/08. **Estudos**, Goiânia, v. 35, n. 4, p. 575-587, jul./ago. 2008.

FRANCO, José Henrique Kaster. A constitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1888, 1 set. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11670>. Acesso em: 18 set. 2008

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 23. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1984. 573p.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 612p.

GERSON, Fernando. O novo sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e a flexibilização do modelo criminal repressivo. *In*: CALLEGARI, André Luís; e WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248p. p. 133-151.

GOETZ, David. Drug Prohibition And The Constitution (2001). Disponível em: <http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-e/ille-e/library-e/drugs.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

GOMES, Mariângela Gama de. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246p.

GOMES, Luiz Flávio Gomes, BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante...São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Série as ciências criminais no século XXI; v. 10). 163p.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUERRA do crack. **Diário do Nordeste**, 08 jun. 2009.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A nova orientação político-criminal para o crime de uso de droga. **De Jure**, n. 8, jan./jun. 2007, p. 235-241.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio De Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354p.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio De Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 352p.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção tópicos). 540p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34p.

HOHMANN, Ralf. Ein Verbot von Cannabis verhindert keinen einzigen Drogentoten Rauschmittel und Verfassungswidrigkeit. **Frankfurter Rundschau**, 08.08.1994. Texto enviado pelo autor em comunicação eletrônica de 24 de abril de 2009: hohmann@gmx.com.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Ernildo Stein. 454p.

HUMAN RIGHTS WATCH AMERICAS. Operação Rio (1994): Human Rights Watch Américas (Relatório). p. 239-262. In: RIBEIRO e SEIBEL, *op. cit.*

INCIARDI, James A. **The war on drugs III**: the continuing saga of the mysteries and miseries of intoxication, addiction, crime, and public policy. Boston: Allyn and Bacon, 2002. 324p.

IPSEN, Jörn. **Staatsrecht II**: Grundrecht. 7. ed. München: Luchterhad, 2004. 308p.

JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (eds.). **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Trad. Belinda Cooper e Peter C. Caldwell. Berkeley: University of California, 2002. 405p.

JAY, Mike. **Legalisation**: The First Hundred Years. What happened when drugs were legal and why they were prohibited. Lecture presented at a conference in London, July 17th 2002, organized by the Institute for Public Policy Research (IPPR) about 'Legalization' in their conference series on drug policy. Disponível em: www.cedro-uva.org. Acesso em: 02 abril 2008.

JELLINEK, W. Constitutional Amendment and Constitutional Transformation (publicado originalmente em 1906). In: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (eds.). **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Trad. Belinda Cooper e Peter C. Caldwell. Berkeley: University of California, 2002. 405p.

JHERING, Rudolf von. **A evolução do Direito (Zweck im Recht)**. Salvador: Livraria Progresso, 1950. 441p.

JUNG, Carl Gustav. **Cartas de C. G. Jung**: v. III, 1956-1961. Ed. Aniela Jaffé com Gerhard Adler; trad. Edgar Orth. Petrópolis (RJ): Vozes, 2003. 349p.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun 2006.

KELSEN, Hans. On the essence and value of democracy. In: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (eds.). **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Trad. Belinda Cooper e Peter C. Caldwell. Berkeley: University of California, 2002. 405p.

KLEIMAN, Mark A.R. **Against excess**: Drug Policy for Results. New York: Basic Books, 1992. Disponível em: <http://www.sppsr.ucla.edu/faculty/kleiman/book/>. Acesso em: 30 abr. 2005.

KOPPELMAN, Andrew. Drug policy and the liberal self. **Northwestern University Law Review**, 100 (279-294). Disponível em: <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v100/n1/279/LR100n1Koppelman.pdf>. Acesso em: 30 maio 2009.

KURZER, Kristina. **Sucht- und Drogenpolitik im internationalen Vergleich**: Ein normativer Überblick mit historischen, kulturellen und sozio-ökonomischen Bezügen. (Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Bremen), 2005. Disponível em: [www.http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=975462334](http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=975462334). Acesso em: 20 mar. 2009.

LABATE, Beatriz Caiuby *et al.* Considerações sobre o tratamento da dependência por meio da ayahuasca, 2008. Disponível em: www.neip.info. Acesso em: 10 jan. 2010.

LEAL, Andréia. Proibir as drogas é inconstitucional: Maria Lúcia Karam em entrevista a Andréia Leal. **Época**, 06/06/2008. Disponível em: www.epoca.com.br. Acesso em: 02 jun. 2009.

LESSMANN, Robert. **Illegale Drogen**: Gesellschaftliche Bedrohung und politische Herausforderungen für Europa und Lateinamerika. Friedrich-Ebert-Stiftung mit Unterstützung des Bundesministeriums für Gesundheit und des Gesprächskreises Lateinamerika der SPD-Bundestagsfraktion. Disponível em: www.library.fes.de/pdf-files/iez/00780.pdf. Acesso: 10 mar. 2009

LEVINHTHAL, Charles F. **Drugs, society and criminal justice**. Boston: Allyn and Bacon, 2006. 396p.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. A Sociologia Constitucional como Instrumento Investigativo de desvelo das maquiagens da Jurisdição Constitucional. **Nomos** (Fortaleza), v. 28, p. 51-68, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Die Politik der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.444p.

LUIZ, Edson. Versão potente da maconha é produzida no Brasil. **Correio Braziliense**, Brasília, 02 nov. 2009. Disponível em: www.correiobraziliense.com.br. Acesso em: 09 nov. 2009.

LURIE, Peter. Redução de danos: a experiência norte-americana. *In*: RIBEIRO E SEIBEL, *op. cit.* p. 253-267.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 236p. (Monografias/IBCCRIM; 34)

MACRAE, Edward. O Controle Social do Uso de Substâncias Psicoativas. *In*: PASSETI, Edson, e SILVA, Roberto B. Dias da (orgs.) **Conversações Abolicionistas Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**.. São Paulo,IBCCrim,PUC/SP,1997.; do mesmo autor: O controle social de substâncias psicoativas (2003). Disponível em: www.neip.inf.br. Acesso em: 20 dez. 2008.

_____. A proibição: princípios e conseqüências. *In*: RIBEIRO e SEIBEL, 1997. p. 29-46.

MAGALHÃES, Raul Francisco. **Crítica da razão ébria**: reflexões sobre drogas e a ação imoral. São Paulo: Annablume, 1994. (Selo universidade). 200p.

MAGNOLI, Demétrio. **O grande jogo**: política, cultura e ideias em tempo de barbárie. São Paulo: Ediouro, 2006. 271p.

MARKS, John. Dosagem de manutenção de heroína e cocaína. *In*: RIBEIRO E SEIBEL, *op. cit.* p. 269-281.

MARMELSTEIN, George. Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha. Rio de Janeiro: 2007, 149p. (Especialização em Direito Processual Público/Universidade Federal Fluminense). Disponível em: www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf. Acesso em: 10 mar. 2008.

MARONNA, Cristiano Ávila. Em busca da racionalidade perdida. *In*: **Boletim IBCCRIM**, a. 16, n. 189, ago. 2008.

MATOS, Sabrina. Mal-estar na Civilização. **O Povo**, Fortaleza, 17 out. 2009.

MENDES, Candido. **A inconfidência brasileira**: a nova cidadania interpela a Constituinte. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 145p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1.432p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Caderno de Direito Constitucional, 2006. (Módulo V). Disponível em: www.trf4.gov.br/emagis. Acesso em: 20 out. 2008.

MICHELMAN, Frank I. Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law. *In*: FREEMAN, Samuel (Ed.). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 585. p. 394-425.

MILL, John Stuart. **On liberty**. *In*: American State Papers. Chicago: Britânica, 1980. p. 267-323.

_____. **The Collected Works of John Stuart Mill**, Volume XVIII - Essays on Politics and Society, Part I, ed. John M. Robson, Introduction by Alexander Brady. Toronto: University of Toronto Press, London: Routledge and Kegan Paul, 1977. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/233>. Acesso em: 10 fev. 2008.

MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. **Estudos Avançados** 21(61), 2007. p. 139-157.

MODESTO, Luiz Sergio. ONU: fundamentalismo puritano no mercado. *In*: RIBEIRO, Maurides de Melo; SIEBEL, Sérgio Dario. **Drogas**: a hegemonia do cinismo. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 1997. p. 91-104.

MODUGNO, Franco. **I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 1995. 111p.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional**: teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 366p.

MORAIS, Paulo César de Campos. **Drogas e políticas públicas**. FAFICH – UFMG. Belo Horizonte, 2005. Disponível em: www.crisp.ufmg.br/droga_politica_publica.pdf. Acesso em: 10 jun. 2008.

MOTA, Leonardo. **Dependência química e representações sociais**: pecado, crime ou doença? Curitiba: Juruá, 2009. 184p.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004. 139p.

MÜLLER, Luis Díaz. **El imperio de la razón**: drogas, salud y derechos humanos. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 1994. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org>.

MURAD, José Elias. Drogas: os avanços na futura Constituição. **Correio Braziliense**, Brasília, 25 jun. 1988. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

NAÍM, Moisés. **Ilícito**: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. 337p.

_____. It's the illicit economy, stupid. **Foreign Policy**, Nov./Dec. 2005. Disponível em: www.foreignpolicy.com. Acesso em: 02 jun. 2006.

_____. Del 'prohibido fumar' al 'prohibido pensar'. **El País**, 22/02/2009. 'prohibido fumar' al 'prohibidopensar'. **El País**, 22/02/2009.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. 191p.

_____. **Von der symbolischen Gesetzgebung zur symbolischen Konstitutionalisierung**: Ein Überblick. – Neubiberg: Inst. für Staatswiss., 1999. 23p. *Vide* do mesmo autor: **A constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. 191p.

_____. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. 178p.

NOGUEIRA, Alberto. **Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 468 p.

NOVA Carta vai acabar com o tráfico impune. **Correio Braziliense**, Brasília, 01 jun. 1988. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

OLIVEIRA, Adriano. **As peças e os mecanismos do fenômeno tráfico de drogas e do crime organizado**. Recife: UFPE, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, 2006. 322p. (Tese de Doutorado em Ciência Política).

ONU renova declaração antidrogas sob críticas de "utopia" e "conservadorismo". Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u533881.shtml>. Acesso em: 12 maio 2009.

OSTERKAMP, Thomas. Legitimation durch Wandel - Zur Philosophie des Rechtswandels. **HFR** 1999, Beitrag 2. Disponível em: <http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=24>. Acesso em: 20 jul. 2009.

OYAMA, Thaís. FHC sobre THC. **Veja**, São Paulo, 21 set. 2009. Disponível em: www.ifhc.org.br. Acesso em: 10 nov. 2009.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 160p.

PASSETI, Edson. Drogas, democracia midiática e libertarismo. *In*: RIBEIRO E SEIBEL, *op. cit.* p. 71-89.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira, PESSANHA, Vanessa Vieira. Normas constitucionais inconstitucionais? A teoria de Otto Bachof. *In*: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador, 19- 21 de jun./2008. Anais...p. 3758-3778.. Disponível em: http://www.conpedi.org/anais_salvador.html. Acesso em: 25 set. 2009.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: elementos para uma reflexão crítica. *In*: **CONPEDI**, SALVADOR, 2008, Anais...p. 5487-5503. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf. Acesso em: 10 fev. 2009.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002. 171p.

POPPER, Karl. **O racionalismo crítico na política**. 2. ed. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1994. 74p.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei nº 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>. Acesso em: 26 jun. 2008.

PRADO, Ney. **Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988**: subsídios à Revisão Constitucional. São Paulo: IL/Inconfidentes, 1994. 91p.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 150 p.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 406p.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. PISETTA, Almino e ESTEVES, Lenita Maria Rímoli. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708p.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 750p.

REE, Erik Van. Drug as a human right. **International Journal of Drug Policy**, 10: 89-99, 1999. Disponível em: www.dare.uva.nl/document/26110.

REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248p. p. 87-102.

RIBEIRO, Ana Maria Motta e IULIANELLI, Jorge Atílio Silva (orgs.). **Narcotráfico e violência no campo**. Rio de Janeiro: DP & A, 2000. 286p.

RIBEIRO, Maurides de Melo e SEIBEL, Dario Sérgio (orgs.). **Hegemonia do cinismo**. São Paulo: Memorial, 1997. 353p.

RODRIGUES, Thiago M. S. São Paulo em perspectiva, 16(2):102-111, 2002, A infundável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso em 30 de jul. 2006.

_____. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. São Paulo: Desatino, 2003. 126p

SALES, Eugênio de Araujo. Constituição e Valores morais. **Correio Braziliense**, Brasília, 23 set. 1987. Disponível em: <http://www.congresso.gov.br/anc88>. Acesso em: 20 fev. 2009.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte, UFMG, 1995. 372p.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e democracia: tensões e compromissos. **A & C Rev. de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, p. 179-187, jan./mar. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157p.

SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez/jan./fev., 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 07 set. 2009.

SCOTT, Peter Dale; MARSHALL, Jonathan. **Cocaine Politics**. California: University of California Press, 1991. p.15. Disponível em: www.thirdworldtraveler.com/Drug_War/Cocaine_Politics.html. Acesso em: 03 abr. 2004.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal, 23/02/2003. p. 2203-2204. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 10 jan. 2010.

SENATOR Jim Webb's Floor Speech to Introduce "The National Criminal Justice Commission Act of 2009" March 26, 2009. Disponível em: <http://webb.senate.gov>. Acesso em: 25 abril 2009.

SEUBERT, Walter. Zur symbolischen und politischen Funktion des Drogenkonsums. Disponível em: www.edocs.tu-berlin.de/diss/2005/seubert_walter.pdf. Acesso em: 05 abril 2009.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 160p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Poder Constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002. 308p.

SILVA, Valci. **Drogas**: causas, conseqüências e recuperação. 2. ed. Capivari: EME, 2008. 168p.

SINHA, Jay. **The history and development of the leading international drug control conventions**. Canadá: Library of Parliament, 2001. 47p. Disponível em: www.parl.gc.ca. Acesso em: 10 abril 2008.

SISTEMATIZAÇÃO exclui o tráfico de narcóticos dos crimes inafiançáveis. **O Globo**, Rio de Janeiro, 30 set. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf>. Acesso em: 27 set. 2009.

SOMERS, Andrew. **Background – The War on Drugs and Drug Prohibition**. Disponível em: www.nytimes.com. Acesso em 04 de fev. 2009.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Obsessão securitária e a cultura do controle. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 20, p. 161-165, jun. 2003. Disponível em:

www.scielo.br/pdf/rsocp/n20/n20a15.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2008. Resenha de: GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. *Apud* AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Criminologia contemporânea**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. 50p. (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo 4). Disponível em: www.trf4.gov.br. Acesso em: 10 fev. 2009. p. 27-36.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: www.leniostreck.com.br. E também em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11493>. Acesso em: 06 set. 2008.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 174p.

SUNSTEIN, Cass R. Preferences and Politics. *In*: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip (eds.). **Contemporary political philosophy**: an anthology. Oxford: Blackwell, 2003. 648p.

TEIXEIRA, Alessandra. Do sujeito de direito ao Estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. Universidade de São Paulo: Curso de Pós-Graduação em Sociologia, 2006. Tese disponibilizada na rede mundial de computadores através do portal da USP (Biblioteca Virtual). Acesso em agosto de 2007.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. O poder constituinte originário e o poder constituinte reformador. **RIL**, Brasília a. 40 n. 158 abr./jun. 2003. P. 203-208.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. 376p.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 2001. 362p.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. World Drug Report 2009. United Nations: New York, 2009. 306p. Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 10 dez. 2009.

_____. World Drug Report 2008. United Nations: New York, 2008. 303p. Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 10 dez. 2009.

_____. World Drug Report 2007. United Nations: New York, 2007. Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 10 dez. 2009.

_____. World Drug Report 2006. United Nations: New York, 2006. Disponível em: www.unodc.org. Acesso em: 10 dez. 2009.

UN drug tsar urges States to tackle crime and dependency together. Disponível em: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?News>. Acesso em: 10 abril 2009.

UPRIMNY, Rodrigo. Narcotráfico e poder: algumas reflexões teóricas sobre o caso colombiano. p. 145-169. In: RIBEIRO e SEIBEL, 1997.

VALENCIA, León. Drogas, conflito e os EUA. A Colômbia no início do século. **Estudos Avançados**, 19(55), 2005, p. 129-151.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 159p.

VELHO, Gilberto. Drogas, níveis de realidade e diversidade cultural. In: RIBEIRO e SEIBEL, *op. cit.*

VERDU, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 256p.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho editorial do senado Federal, 1999. v.l., 591p. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira).

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999. 256p.

_____. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2), p. 441-464, jul./dez. 2008.

WANG, Huang-Yu. **Drogenstraftaten und abstrakte Gefährdungsdelikte**. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. (Dissertation). 196p. Disponível em: www.jurawelt.com. Acesso em: 05 set. 2008.

WOLF, Julia. **Auf dem Weg zu einer Ethik der Sucht**: Neurowissenschaftliche Theorien zur Sucht und deren ethische Implikationen am Beispiel der Alkohol- und Heroinsucht. Dissertation der Fakultät für Biologie der Eberhard Karls Universität Tübingen zur Erlangung des Grades eines Doktors der Naturwissenschaften. Stuttgart: 2003. 251p. Disponível em: deposit.ddb.de. Acesso: 01 mar. 2009.

WOLFART, Graziela. Lenio Luiz Streck: Uma análise sociológica do direito. Por Graziela Wolfart, 24/08/2009. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br>. Acesso em: 25 set. 2009.

ZORZANELLI, Marcelo. Fumo, bebida e batata-frita. **Época**, São Paulo, n. 539, 15 set. 2008. p. 104-110.

ZYMLER, Benjamin. **Política e Direito**: uma visão autopoietica. Curitiba: Juruá, 2002. 228p.

PRINCIPAIS SÍTIOS CONSULTADOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/gg_pdf.pdf
www.camara.gov.br
<http://www.congresso.gov.br/anc88>
www.correioabraziliense.com.br
<http://www.davidlynchfoundation.org/>
www.diaridonordeste.com.br
www.direitosfundamentais.net
<http://www1.folha.uol.com.br>
www.google.com
www.ifhc.org.br
www.infoleges.it
<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php>
<http://oglobo.globo.com>
www.opovo.com.br
www.planalto.gov.br
www.senado.gov.br/jornal
www.stf.jus.br
<http://www.transparencia.gov.br>
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>
www.unodc.org
www.uol.com.br
<http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.swf>

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)