

PROIBIÇÃO ÀS DROGAS E VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Maria Lucia Karam

1. “Guerra às drogas” e expansão do poder punitivo

As notáveis mudanças registradas no mundo contemporâneo, os avanços no campo da informação e das comunicações, a integração planetária, a inauguração de uma era digital não têm apontado para a superação dos desequilíbrios econômicos e sociais. Ao contrário, a desigualdade, a pobreza, a marginalização subsistem e se aprofundam por toda parte.

Rompidas delimitações espaciais e temporais, os riscos que sempre acompanharam as atividades humanas, apenas se diversificando conforme estas se diversificam, adquirem nova dimensão, sua percepção se tornando globalizada, vizinha, assustadora. Na era digital, os riscos não são percebidos apenas como um resultado possível da ação, com consequências positivas ou negativas, mas sim sob uma forma predominantemente negativa, como uma ameaça – e uma ameaça muito próxima.

A necessidade de controle dos marginalizados, excluídos das próprias atividades produtivas, aliada a essa percepção negativa dos riscos, a sentimentos difusos de incômodo e de medo, a relações sociais baseadas na competição, no imediatismo e na ausência de solidariedade no convívio, coloca a busca de um ideal de segurança no centro das preocupações da maioria. Tudo isso propicia a expansão do poder punitivo que vem se registrando em escala global desde as últimas décadas do século XX.

A maior intervenção do sistema penal, peça-chave para o controle de marginalizados e dissidentes, torna-se a propagandeada solução para todos os apontados males, sendo apresentada, em todo o mundo, por políticos dos mais variados matizes, não só como uma fácil – mas decerto falsa – resposta aos anseios individuais por segurança, mas até como um pretense – mas obviamente inviável – instrumento de transformação social.¹

Alimentando-se de totalitárias propostas de troca da liberdade por segurança, de danosas ideias que colocam a ordem acima da dignidade e das vidas de seres humanos; de inúteis e autodestrutivos desejos de vingança; de intensificadas buscas de bodes expiatórios; de renovadas fantasias acerca de crimes e de penas, o poder punitivo se expande e, com sua expansão, aprofunda a violência, os danos e as dores tradicionalmente provocados pela atuação do sistema penal.

¹ Sobre as tendências punitivas contemporâneas, à direita e à esquerda do espectro político, ver Karam (2009.a).

A expansão do poder punitivo incorpora ao controle social exercido através do sistema penal parâmetros bélicos que exacerbam a hostilidade contra os selecionados sofreadores concretos e potenciais da pena, ao acrescentar às ideias sobre o “criminoso” – tradicionalmente visto como o “mau”, o “outro”, o “perigoso” – e a seu papel de “bode expiatório” o ainda mais excludente perfil do “inimigo”².

Principal instrumento propiciador dessa contemporânea expansão do poder punitivo é a proibição às drogas tornadas ilícitas, materializada na criminalização das condutas de seus produtores, comerciantes e consumidores. Globalmente inaugurada no início do século XX, a política proibicionista subiu de tom a partir da década de 1970, passando a explicitamente associar o sistema penal à guerra. Com efeito, em 1971, o então presidente norte-americano Richard Nixon declarava uma “guerra às drogas”, que logo se expandia para o mundo. A disseminada expressão “guerra às drogas” deixa explícita, em sua própria denominação, a moldura bélica que dá a tônica do controle social exercitado através do sistema penal nas sociedades contemporâneas.

Materializando-se na criminalização de condutas massivamente praticadas em todo o mundo, a proibição às drogas tornadas ilícitas forneceu e fornece o impulso requerido pela consolidação de uma globalmente uniforme tendência punitiva³ e uma expansão do poder punitivo sem paralelos.

Após a declaração de guerra, o número de pessoas encarceradas nos Estados Unidos da América por crimes relacionados a drogas aumentou em mais de 2.000%. Em duas décadas, entre 1980 e 2000, o número total de presos norte-americanos passou de cerca de 300.000 para mais de 2 milhões⁴, transformando a antiga “*land of the free*” no país que mais encarcera em todo o mundo.

O Brasil segue a mesma tendência, tendo hoje a quarta maior população carcerária do mundo. São mais de 500 mil presos: conforme dados do Ministério da Justiça eram 548.003 em dezembro de 2012, o que corresponde a 287,31 presos por cem mil habitantes. A média mundial (em maio de 2011) é de 146 por cem mil habitantes. Nos últimos vinte anos o Brasil praticamente quadruplicou sua população carcerária. Se o crescimento do número de presos nos Estados Unidos da América, após anos de estrondoso aumento, parece ter chegado a seu auge, estancando ou

² O “inimigo” é aquele que assume o perfil do estranho à comunidade, a quem, por sua apontada “periculosidade”, não são reconhecidos os mesmos direitos dos pertencentes à comunidade e que, assim, desprovido de dignidade e de direitos, perde sua qualidade de pessoa, tornando-se uma “não-pessoa”. Ver Zaffaroni, E.R. (2006).

³ Sobre a globalizada atuação do sistema penal e o lugar de destaque ocupado pela “guerra às drogas”, ver Andreas, P. e Nadelmann, E. (2006).

⁴ Em dezembro de 2011, os presos norte-americanos eram 2.239.800. Fontes: US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics; International Centre for Prison Studies.

apresentando ligeira queda nos últimos anos⁵, no Brasil o crescimento é ininterrupto. Em 1992, eram 74 presos por cem mil habitantes; em 2004, 183 por cem mil habitantes; em junho de 2011, 269 por cem mil habitantes. Acusados e condenados por “tráfico” que, em dezembro de 2005 (a partir de quando começaram a ser fornecidos dados relacionando o número de presos com as espécies de crimes), eram 9,1% do total dos presos brasileiros, em dezembro de 2012, chegavam a 26,9%. Entre as mulheres, essa proporção alcança praticamente metade das presas (47,35%), tendo chegado a quase 60% no ano anterior (em dezembro de 2011, eram 57,62%)⁶.

A “guerra às drogas” não é e nunca foi propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Dirige-se sim, como quaisquer outras guerras, contra pessoas: os produtores, comerciantes e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas tornadas ilícitas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos nessa guerra são os mais vulneráveis dentre os produtores, comerciantes e consumidores das drogas proibidas; os “inimigos” nessa guerra, são seus produtores, comerciantes e consumidores pobres, não brancos, marginalizados, desprovidos de poder.

Nos cárceres dos Estados Unidos da América, repletos de condenados por crimes relacionados às drogas tornadas ilícitas, sua população não está representada de maneira uniforme. Os índices de prisões de afro-americanos são muito superiores aos índices de prisões de brancos, em gritante desproporcionalidade com sua presença na população como um todo. Negros são dez vezes mais suscetíveis de serem abordados, revistados e detidos do que brancos. Negros formam 13,5% da população dos Estados Unidos da América, mas 37% dos que são detidos por violações a leis de drogas são negros; mais de 42% dos que estão em prisões federais e quase 60% dos que estão em prisões estaduais por violações a leis de drogas são negros. A taxa de encarceramento nos Estados Unidos da América é de 716 presos por 100 mil habitantes. Quando se consideram apenas os homens afro-americanos, sobe para cerca de 4.700 presos por 100 mil habitantes. Na África do Sul, em 1993, à época do *apartheid*, eram 815 por 100.000 habitantes os homens negros sul-africanos nas prisões⁷.

O encarceramento massivo de afro-americanos nos Estados Unidos da América nitidamente revela o alvo e a função da “guerra às drogas” naquele país: perpetuar a discriminação e a

⁵ Se em dezembro de 2011, os presos norte-americanos eram 2.239.800, correspondendo a 716 presos por cem mil habitantes, em 2007, eram 2.298.041, correspondendo a 758 por cem mil habitantes. Fontes: US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics; International Centre for Prison Studies.

⁶ Fontes: Ministério da Justiça do Brasil; International Centre for Prison Studies.

⁷ Fontes: FBI; Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice; Substance Abuse and Mental Health Services Administration; Human Rights Watch; The Sentencing Project.

marginalização fundadas na cor da pele, anteriormente exercitadas de forma mais explícita com a escravidão e o sistema de segregação racial conhecido como Jim Crow⁸.

O alvo preferencial da “guerra às drogas” brasileira também é claro: os mortos e presos nessa guerra – os “inimigos” – são os “traficantes” das favelas e aqueles que, pobres, não-brancos, marginalizados, desprovidos de poder, a eles se assemelham.

A explícita opção bélica deixa claro o descompromisso com os direitos fundamentais dos indivíduos: guerras e direitos humanos são naturalmente incompatíveis. Violência, mortes, doenças, encarceramento massivo são o resultado dessa danosa e sanguinária política, institucionalizada nas convenções internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU)⁹ que impõem as diretrizes criminalizadoras adotadas pelas legislações internas dos mais diversos Estados nacionais em matéria de drogas. Característica marcante de tais diplomas internacionais e nacionais é a sistemática violação a princípios garantidores positivados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e constituições democráticas.

2. Proibição e contrariedade a normas fundamentais

Os dispositivos criminalizadores que institucionalizam a proibição e a “guerra às drogas” partem de uma distinção arbitrariamente feita entre substâncias psicoativas tornadas ilícitas (como a maconha, a cocaína, a heroína, etc.) e outras substâncias da mesma natureza que permanecem lícitas (como o álcool, o tabaco, a cafeína, etc.). Tornando ilícitas algumas dessas drogas e mantendo outras na legalidade, as convenções internacionais e leis nacionais introduzem assim uma arbitrária diferenciação entre as condutas de produtores, comerciantes e consumidores de umas e outras substâncias: umas constituem crime e outras são perfeitamente lícitas; produtores, comerciantes e consumidores de certas drogas são “criminosos”, enquanto produtores, comerciantes e consumidores de outras drogas agem em plena legalidade. Esse tratamento diferenciado a condutas essencialmente iguais configura uma distinção discriminatória inteiramente incompatível com o princípio da isonomia.

⁸ Sobre esse ponto é indispensável a leitura da obra de Michelle Alexander (2010).

⁹ São três as convenções da ONU sobre a matéria, vigentes e complementares: a Convenção Única sobre entorpecentes de 1961, que revogou as convenções anteriores e foi revista através de um protocolo de 1972; o Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena). Ainda ao tempo da Liga das Nações, já tinham sido estabelecidas convenções internacionais sobre drogas, a primeira delas a Convenção Internacional sobre o Ópio, adotada em Haia em 23 de janeiro de 1912. A imposição de criminalização só se concretiza, porém, com as convenções da ONU.

Situado na base do modelo do Estado democrático e destacadamente positivado em normas fundamentais inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas¹⁰, o princípio da isonomia exige que o mesmo tratamento seja dado e os mesmos direitos sejam reconhecidos a todos que estejam em igualdade de condições e situações. Como na feliz afirmação de Fábio Konder Comparato, direitos nunca podem ser reconhecidos a alguns apenas, ou a uns mais do que a outros.¹¹

O tratamento diferenciado somente é admissível quando exista uma correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida e a desigualdade de tratamento em função dela conferida. Essa peculiaridade diferencial há de estar radicada na diferença que as coisas, pessoas ou situações possuam em si mesmas, não se autorizando a discriminação quando nelas não se encontram fatores desiguais. Há de se notar ainda que não existem duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, da mesma forma que inexitem situações tão distintas que não possuam algum denominador comum em função do qual possam ser equiparadas, por isso não sendo qualquer distinção entre as situações ou as pessoas que estaria a autorizar a discriminação, a eventual existência de alguma diferença havendo de ser efetivamente relevante para o tratamento diferenciado que se quiser introduzir legislativamente¹².

Certamente, não há qualquer peculiaridade ou qualquer diferença relevante entre as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas e as demais drogas que permanecem lícitas. Todas são substâncias que provocam alterações no psiquismo, podendo gerar dependência e causar doenças físicas e mentais. Todas são potencialmente perigosas e viciantes. Todas são drogas. Seus efeitos mais ou menos danosos dependem, muito mais, da forma como quem as usa se relaciona com elas do que de sua própria composição. Uma droga mais potente consumida com moderação pode ter efeitos menos danosos do que uma droga menos potente consumida abusivamente. Como há muito já mostrou Claude Olivenstein, “o problema da droga não existe em si, mas é o resultado do encontro de um produto, uma personalidade e um modelo sócio-cultural”¹³. Se, assim mesmo, se quisesse levar em conta tão somente o maior ou menor potencial danoso de cada droga em si mesma (seus efeitos primários), a arbitrariedade do tratamento diferenciado se revelaria ainda mais

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. (...)”.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante as cortes e tribunais. (...)”.

Constituição Federal brasileira – “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

¹¹ Comparato, F.K. (1996).

¹² Ver Bandeira de Mello, C.A.(1993).

¹³ Olivenstein, C. (1984).

claramente, pois algumas drogas lícitas são potencialmente mais danosas, em sua própria composição, do que algumas drogas tornadas ilícitas.¹⁴

A violação ao princípio da isonomia estampada na proibição criminalizadora das condutas de produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas já demonstra a manifesta incompatibilidade das convenções internacionais e leis nacionais em matéria de drogas com normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e constituições democráticas.

Mas, a violação a princípios garantidores inscritos nessas normas fundamentais vai além. As convenções internacionais e leis nacionais que discriminatoriamente proíbem condutas de produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas criam crimes sem vítimas, ao criminalizarem a mera posse daquelas substâncias e sua negociação entre adultos, assim violando a exigência de ofensividade da conduta proibida.

A criminalização de qualquer ação ou omissão há de estar sempre referida a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, relacionado ou relacionável a direitos individuais concretos, ou à exposição deste bem jurídico a um perigo de lesão concreto, direto e imediato. Condutas só podem ser proibidas se forem aptas a causar dano ou perigo concreto de dano a um bem jurídico alheio, isto é quando impedem a possibilidade de seu titular usar ou se servir (isto é, dispor) do objeto concreto relacionado ao bem jurídico (tais como a vida, a saúde, o patrimônio, etc.)¹⁵. Ainda quando eventualmente reconhecíveis bens jurídicos de caráter coletivo, estes não de estar sempre referenciados a direitos individuais concretos.

A desvinculação de regras criminalizadoras da afetação de direitos individuais concretos dilui o indivíduo em uma abstrata coletividade, despersonalizando-o e conduzindo-o ao anônimo papel de instrumento a serviço de fins que, divorciados da referência individualizada, sacrificam a liberdade e alimentam totalitarismos de todos os matizes. A visão de que abstratos interesses de uma também abstrata sociedade devessem prevalecer sobre os direitos individuais não esconde essa inspiração totalitária. A sociedade há de ser concretizada. A sociedade não é algo abstrato, mas sim o conjunto de indivíduos concretos. Os ditos interesses da sociedade só se legitimam quando referidos a bens individualizáveis.

Em uma democracia, o Estado não está autorizado a intervir em condutas que não envolvem um risco concreto, direto e imediato para terceiros, não estando assim autorizado a criminalizar a

¹⁴ Ver Nutt, D.; King, L.A.; Saulsbury, W.; Blakemore, C. (2007).

¹⁵ Conforme a apropriada conceituação de Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2000), o bem jurídico é uma relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto. Embora costumeiramente o bem jurídico seja identificado ao objeto (como a vida, a saúde, o patrimônio, etc.), o que o direito protege (ou pretende proteger) não é o objeto em si mesmo, mas sim a possibilidade que o sujeito tem de usar ou de se servir (ou seja, de dispor) daqueles objetos concretos.

posse para uso pessoal de drogas ilícitas, que, equivalente a um mero perigo de autolesão, não afeta qualquer bem jurídico individualizável. Também não está o Estado autorizado a intervir quando o responsável pela conduta age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico, não estando assim autorizado a criminalizar a venda ou qualquer outra forma de fornecimento de drogas ilícitas para um adulto que quer adquiri-las, conduta que, tendo o consentimento do suposto ofendido, tampouco tem potencialidade para afetar concretamente qualquer bem jurídico individualizável.

Leis que desconsideram o consentimento do titular do bem jurídico e criminalizam a conduta do terceiro que age de acordo com sua vontade ilegitimamente criam um mecanismo destinado a indiretamente impedir que aquele titular do bem jurídico exerça seu direito de dele dispor (no caso em foco, dispor de sua própria saúde). A proibição de uma conduta teoricamente lesiva de um direito de um indivíduo não pode servir, ainda que indiretamente, para tolher a liberdade desse mesmo indivíduo que a lei diz querer proteger.

Como há muito assinalava Bustos Ramírez, *“cuando se sanciona el tráfico de droga y todos los actos relativos o que le sirven de presupuesto, ciertamente lo que se está haciendo es impedir o prohibir el consumo”*¹⁶.

A realização dos direitos fundamentais não se compatibiliza com a obstrução e impedimentos a desejos e direitos dos próprios titulares dos bens para os quais se direciona a tutela jurídica. A racionalidade indispensável aos atos de governo, em um Estado democrático, evidentemente, não convive com a contrariedade aos anseios e aos direitos dos próprios titulares dos bens destinatários da tutela jurídica. O Estado democrático não está autorizado a substituir o indivíduo em decisões que dizem respeito apenas a si mesmo. Em uma democracia, o Estado não pode tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los. Ninguém pode ser coagido a ser protegido contra sua própria vontade. Intervenções do Estado supostamente dirigidas à proteção de um direito contra a vontade do indivíduo que é seu titular contrariam a própria ideia de democracia, pois excluem a capacidade de escolha na qual esta ideia se baseia.

O princípio da legalidade e o princípio das liberdades iguais submetem todo poder estatal ao império da lei e asseguram a liberdade individual como regra geral, situando quaisquer proibições e restrições no campo da exceção e condicionando sua validade ao objetivo de assegurar o igualmente livre exercício de direitos de terceiros. Enquanto não atinja concreta, direta e imediatamente um direito alheio, o indivíduo é e deve ser livre para pensar, dizer e fazer o que bem quiser. Essa afirmação, que reproduz o conteúdo do princípio das liberdades iguais, é uma conquista histórica da humanidade, proclamada nos ideais das revoluções francesa e americana do século XVIII. No artigo

¹⁶ Bustos Ramírez, J. (1990).

4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789, já se afirmava que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica terceiros”.

Daí se extrai o conteúdo do princípio da exigência de ofensividade da conduta proibida, que, além de se vincular ao postulado da proporcionalidade, extraído do aspecto material da cláusula do devido processo legal, também claramente se vincula ao próprio princípio da legalidade, dada a sólida relação deste com o princípio das liberdades iguais.

Partindo da violação ao princípio da isonomia e à exigência de ofensividade da conduta proibida, as convenções internacionais e leis nacionais que discriminatoriamente criminalizam a produção, o comércio e o consumo das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, ainda vão mais além. À medida que cresce o tom repressor, multiplicam-se regras que, estabelecendo especial rigor penal e processual contra condutas relacionadas àquelas substâncias proibidas, sob a falaciosa alegação de que tais ilegitimamente criminalizadas condutas não poderiam ser controladas por meios regulares, reiteram e ampliam a contrariedade a princípios garantidores inscritos nas declarações internacionais de direitos humanos e constituições democráticas¹⁷.

3. Inadequação da proibição para a consecução de seu objetivo explícito: falência e danos

Passados 100 anos da proibição, com seus mais de 40 anos de guerra, os resultados são mortes, prisões superlotadas, doenças se espalhando, milhares de vidas destruídas e nenhuma redução na disponibilidade das substâncias proibidas. Ao contrário, nesses anos todos, as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais diversificadas e muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas e de seus produtores, comerciantes e consumidores serem combatidos como “inimigos” nessa nociva e sanguinária guerra.

A própria Organização das Nações Unidas que, em 1998, tomada por delirante euforia, prometia um mundo sem drogas em dez anos¹⁸, posteriormente teve de reconhecer a expansão e diversificação do mercado das drogas ilícitas. Em recente relatório, o Secretariado de seu Escritório para Drogas e Crimes (UNODC) estimou que, de 153 milhões a 300 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos teriam usado uma substância proibida pelo menos uma vez no ano de 2010¹⁹. O mesmo relatório, destacando o fato da maconha continuar a ser a droga ilícita mais utilizada, seguida pelas

¹⁷ Ver Karam (2009.b).

¹⁸ Na Sessão Especial da Assembleia-Geral das Nações Unidas (UNGASS) de 1988 foi lançado o slogan que se tornou famoso “*A Drug-Free World – We Can Do It*”, transmitindo a anunciada intenção de erradicar todas as drogas ilícitas – da maconha ao ópio e à coca – até 2008.

¹⁹ Relatório do Secretariado para a 56ª Sessão da Comissão de Drogas Narcóticas (CND), em março de 2013.

anfetaminas, revela que foram identificadas quarenta e nove novas substâncias psicoativas, consumidas em Estados membros da União Europeia em 2011, número superior às quarenta e uma novas substâncias identificadas em 2010 e às vinte e quatro em 2009.

Dados da Drug Enforcement Agency (DEA) apontam que, em 1970 – ou seja, antes da declaração de “guerra às drogas” –, 4 milhões de pessoas nos Estados Unidos da América, maiores de 12 anos, tinham usado uma droga ilícita, correspondendo a 2 por cento da população de então, enquanto em 2003 esse número era de 112 milhões, correspondendo a 46 por cento da população²⁰. Em pesquisas periodicamente realizadas nos Estados Unidos da América entre alunos de escolas médias as respostas têm sido que é mais fácil comprar drogas ilícitas do que cerveja e cigarros²¹.

As apreensões realizadas em operações policiais, que, antes da declaração de “guerra às drogas” se faziam em quilos e, agora, se fazem em toneladas, além de revelarem a expansão da produção e do comércio, ao reduzirem momentaneamente a oferta, acabam por proporcionar uma imediata supervalorização das mercadorias, assim criando maiores incentivos econômicos e financeiros para o prosseguimento daquelas atividades econômicas tornadas ilegais.

Por outro lado, eventuais êxitos repressivos em determinado local conduzem a um mero deslocamento dos empreendimentos ilícitos. Recentemente, parte significativa da produção de cocaína na Colômbia se deslocou para o Peru, em movimento que simplesmente inverte o que aconteceu nos anos 1990, quando houve um deslocamento da produção do Peru e da Bolívia para a Colômbia²².

Eventuais êxitos repressivos muitas vezes também acabam por incentivar produtores, comerciantes e consumidores a buscar outras substâncias, podendo conduzir – como, de fato, têm conduzido – à chegada ao mercado ilegal de novos produtos mais lucrativos e/ou mais potentes em seus efeitos primários (efeitos derivados da própria natureza da substância). Assim reconheceu o diretor-geral da Polícia Federal brasileira, por ocasião de conferência internacional realizada no Rio de Janeiro em 2010: pretendendo louvar um suposto sucesso da repressão, acabou por afirmar que dificuldades impostas pela repressão à produção de cocaína fizeram com que as “quadrilhas de traficantes” buscassem uma alternativa que se concretizou no crack.²³ Este não é apenas o caso do crack. O ópio que costumava ser fumado ou bebido acabou sendo substituído pela heroína injetável. Durante a proibição do álcool nos Estados Unidos da América, no período de 1920 a 1933, o

²⁰ Substance Abuse and Mental Health Services Administration (SAMHSA).

²¹ Johnston, L.; Bachman, J.; O'Malley, P. (2001).

²² The New York Times (13/06/2010); The Economist (02/04/2013). Veja-se ainda UNODC: World Drug Report 2012.

²³ 27ª *International Drug Enforcement Conference*, realizada no Rio de Janeiro em abril de 2010. Veja-se matéria em O Estado de São Paulo (27/04/2010).

comércio de cerveja e vinho perdeu espaço para vendas de outras bebidas alcoólicas mais fortes, mais concentradas, lucrativas e perigosas, como uísque e gin.

O fracasso da proibição, além de ser evidente, seria facilmente previsível. Drogas são usadas desde as origens da história da humanidade. Milhões de pessoas em todo o mundo fizeram e fazem uso delas. A realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias. E havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender. Os empresários e empregados das empresas produtoras e distribuidoras das substâncias proibidas, quando são mortos ou presos, logo são substituídos por outros igualmente desejosos de acumular capital ou necessitados de trabalho. Essa é uma lei da economia: onde houver demanda, sempre haverá oferta. As artificiais leis penais não conseguem revogar as naturais leis da economia.

O fracasso da política proibicionista demonstra a inadequação das regras constantes das convenções internacionais e leis nacionais que discriminatoriamente criminalizam as condutas de produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas para atingir seu declarado objetivo de eliminar ou pelo menos reduzir a circulação de tais substâncias psicoativas. Não bastassem, pois, as originárias violações ao princípio da isonomia e à exigência de ofensividade da conduta proibida e as acrescidas violações a outros princípios garantidores inscritos em normas fundamentais, a insistência na aplicação de tais ilegítimas regras criminalizadoras, demonstradamente inadequadas para atingir o fim a que se propõem, ainda se revela contrária ao postulado da proporcionalidade, já na consideração do primeiro de seus requisitos.

Mas, o manifesto fracasso da proibição não é o dado mais relevante de sua inadequação. A proibição não é apenas uma política falida. É muito pior do que simplesmente ser ineficiente. Mais do que a inaptidão para atingir o declarado objetivo de eliminar ou pelo menos reduzir a circulação das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, a proibição acrescenta danos muito mais graves aos riscos e os danos que podem ser causados pelas drogas em si mesmas. O mais evidente e dramático desses riscos e danos provocados pela proibição é a violência, resultado lógico de uma política fundada na guerra.

Não são as drogas que causam violência. O que causa violência é a proibição. A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas.

Não há pessoas fortemente armadas, trocando tiros nas ruas, junto às fábricas de cerveja, ou junto aos postos de venda dessa e outras bebidas. Mas, isso já aconteceu. Foi nos Estados Unidos da América, entre 1920 e 1933, quando lá existiu a proibição do álcool. Naquela época, Al Capone e outros *gangsters* trocavam tiros nas ruas, enfrentando a polícia, se matando na disputa do controle

sobre o lucrativo mercado do álcool tornado ilícito, cobrando dívidas dos que não lhes pagavam; atingindo inocentes pegos no fogo cruzado.

Hoje, não há violência na produção e no comércio do álcool, ou na produção e no comércio de tabaco. Por que é diferente na produção e no comércio de maconha ou de cocaína? A resposta é óbvia: a diferença está na proibição.

Só existem armas e violência na produção e no comércio de maconha, de cocaína e das demais drogas tornadas ilícitas porque o mercado é ilegal. É a ilegalidade que cria e coloca no mercado empresas criminalizadas que se valem de armas não apenas para enfrentar a repressão. As armas se fazem necessárias também em razão da ausência de regulamentação e da consequente impossibilidade de acesso aos meios legais de resolução de conflitos.

Estudos apontam que o aumento da repressão acaba por aumentar também a violência, especialmente homicídios²⁴. Sem dúvida, a “guerra às drogas” mata muito mais do que as drogas.

No México, a partir de dezembro de 2006, com a posse do presidente Felipe Calderón, a “guerra às drogas” foi intensificada, inclusive com a utilização das Forças Armadas na repressão aos chamados “cartéis”. Desde então, as estimativas são de 60 a 70.000 mortes relacionadas à proibição²⁵. A taxa de homicídios dolosos no México no período de 2000 a 2006 se mantinha em torno de 9 a 10 homicídios por cem mil habitantes (em 2006 foi de 9,7). Após uma queda no ano seguinte (em 2007 foi de 8,1), esse índice começou a subir, chegando em 2009 a 17,7 e em 2011 a 23,7 homicídios por cem mil habitantes²⁶.

No Brasil, a taxa de homicídios é ainda superior à do México – aproximadamente 26 homicídios por cem mil habitantes²⁷. Grande parte desses homicídios está relacionada aos conflitos estabelecidos nas disputas pelo mercado ilegal. Grande parte desses homicídios está relacionada à nociva e sanguinária política baseada na guerra. Na cidade do Rio de Janeiro, nos últimos anos, uma média de vinte por cento dos homicídios dolosos – ou seja, um em cada cinco – tem sido resultado de execuções sumárias em operações policiais de “combate” ao comércio varejista das drogas nas favelas²⁸. Policiais brasileiros são autorizados formal ou informalmente e mesmo estimulados a praticar a violência contra os “inimigos” personificados nos vendedores de drogas das favelas. Certamente, quem atua em uma guerra, quem deve “combater” o “inimigo”, deve eliminá-lo. Como

²⁴ Werb, D.; Rowell, G.; Kerr, T.; Guyatt, G.; Montaner, J.; Wood, E. (2010).

²⁵ Veja-se matéria do The Observer (08/08/2010), quando as mortes no México ainda estavam no patamar de 28.000. No início de 2012, o patamar subira para 50.000 mortes: The Washington Post (02/01/2012). Em 2013, já se falava em 70.000 mortes: International Herald Tribune (08/03/2013). A precariedade das informações conduz a que esses números se refiram a estimativas, podendo, na realidade, ser ainda maior o número de mortes.

²⁶ Fonte: UNODC (2012).

²⁷ Fonte: Mapa da Violência 2012.

²⁸ Dados sobre homicídios no Rio de Janeiro podem ser encontrados no Instituto de Segurança Pública do Governo do estado. As mortes resultantes de ações policiais não são computadas nos dados sobre homicídios. Vêm travestidas nos “autos de resistência”.

se espantar com a violência policial? Do outro lado, os ditos “inimigos” desempenham esse único papel que lhes foi reservado. Matam e morrem, envolvidos pela violência causada pela ilegalidade imposta ao mercado onde trabalham.

A intervenção do sistema penal em um mercado que responde a uma demanda de grandes proporções, como é a demanda pelas arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, traz mais uma consequência inevitável: a corrupção. A amplitude do mercado ilegal faz da produção e do comércio dessas substâncias proibidas a principal oportunidade de lucro vindo de negócios ilícitos e, conseqüentemente, o maior incentivo à corrupção de agentes estatais. São bilhões de dólares em circulação. A ONU estimou o valor desse mercado em US\$ 320 bilhões no ano de 2003.²⁹ Assim como a violência, a corrupção também é um acompanhante necessário das atividades econômicas que se realizam no mercado posto na ilegalidade.

A ilegítima e inadequada proibição da produção, do comércio e do consumo das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas, tendo por objetivo declarado a eliminação ou pelo menos a redução da circulação dessas substâncias psicoativas, foi instituída e se mantém sob o pretexto de proteção à saúde.

Esse pretexto de proteção à saúde já se dissolve, no entanto, na própria arbitrariedade da seleção das drogas tornadas ilícitas. Como assinala Bustos Ramírez, *“no hay argumento para justificar la función declarada (protección de la salud pública) de la ley penal, pues no se protege frente a toda droga la salud pública y, por otra parte, tampoco las drogas ilegalizadas aparecen como aquellas con una mayor dañosidad social, sino todo lo contrario, esto es, aquellas permitidas.”*³⁰

Mas, além de dissolvido na arbitrariedade da seleção das drogas tornadas ilícitas, o pretexto de proteção à saúde revela o que talvez seja o maior dos paradoxos dessa danosa política: a própria proibição causa maiores riscos e danos à mesma saúde que enganosamente anuncia pretender proteger.

Com a irracional decisão de enfrentar um problema de saúde com o sistema penal, o Estado agrava esse próprio problema de saúde. Com a proibição, o Estado acaba por entregar o próspero mercado das drogas tornadas ilícitas a agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a qualquer limitação reguladora de suas atividades. A ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado. São esses criminalizados agentes – os ditos “traficantes”, ou os “inimigos” da “guerra às drogas” – que decidem quais as drogas que serão fornecidas, qual seu potencial tóxico, com que substâncias serão misturadas, qual será seu preço, a quem serão vendidas e onde serão vendidas.

²⁹ UNODC: World Drug Report 2012.

³⁰ Bustos Ramírez, J. (1990).

No mercado ilegal não há controle de qualidade dos produtos comercializados, o que aumenta as possibilidades de adulteração, de impureza e desconhecimento do potencial tóxico das drogas proibidas. *Overdoses* acontecem, na maior parte dos casos, em razão do desconhecimento daquilo que se está consumindo.

A ilegalidade cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, cujas consequências aparecem de forma dramática na difusão de doenças transmissíveis como a Aids e a hepatite.

Com a proibição, as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas são apresentadas como um mal em si mesmas, sem que se levem em conta as diferentes formas em que pode se dar seu consumo. Fazem-se campanhas aterrorizadoras, seguidas de imagens de degradação de pessoas apresentadas como se representassem a totalidade do universo de consumidores, quando a própria ONU reconhece que apenas 10 a 13% dos que consomem drogas se tornam usuários problemáticos, sofrendo de dependência ou de outras doenças relacionadas àquelas substâncias.³¹ A falta de credibilidade do discurso aterrorizador acaba por levar à desconsideração de quaisquer recomendações ou advertências seriamente feitas sobre riscos e danos à saúde que realmente podem advir de um consumo excessivo, descuidado ou descontrolado não só das drogas tornadas ilícitas, como também de todas as substâncias psicoativas, ou mesmo dos mais diversos produtos alimentícios.

A proibição sugere a ocultação, assim dificultando o diálogo, a busca de esclarecimentos e informações, especialmente entre adolescentes e seus familiares ou educadores. Além disso, a artificial distinção entre drogas lícitas e ilícitas, concentrando sobre estas últimas os medos e os perigos anunciados, costuma conduzir à total despreocupação familiar e pedagógica com o eventual abuso das primeiras. Por outro lado, a ideia de estar fazendo algo proibido, o apelo desafiador daquilo que é ilegal e o lado aparentemente glamouroso da marginalização podem se tornar um incentivo no que diz respeito às buscas, às descobertas e aos desejos que caracterizam a adolescência, faixa etária em que as sensações provocadas pelas drogas costumam exercer especial e natural atração e em que os controles internos são menos atuantes.

A proibição dificulta também a assistência e o tratamento eventualmente necessários, seja ao impor “tratamentos” compulsórios, que, além de reconhecidamente ineficazes, violam direitos fundamentais, seja por inibir sua busca voluntária, que pressupõe a revelação da prática de uma conduta tida como ilícita. Muitas vezes, essa inibição tem trágicas consequências, como em

³¹ Veja-se, por exemplo, o relatório citado na nota 19.

episódios de *overdose* em que o medo daquela revelação paralisa os companheiros de quem a sofre, impedindo a busca do socorro imediato.

A proibição ainda impõe obstáculos até mesmo ao livre emprego das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas com fins terapêuticos, como, dentre tantos outros usos reconhecidamente eficazes, no uso da maconha para aliviar dores, náuseas e perda de apetite em pacientes com Aids ou sob tratamento quimioterápico.

Ainda com reflexos no campo da saúde, devem ser mencionados os danos ambientais provocados pela repressão, seja diretamente com a erradicação manual de plantas proibidas e, ainda pior, com as fumigações aéreas de herbicidas sobre áreas cultivadas, como ocorreu na região andina, especialmente com o Plano Colômbia, seja indiretamente, na medida em que a erradicação manual ou química não só provoca o desflorestamento das áreas atingidas, como as multiplica, levando os produtores a desflorestar novas áreas para o cultivo, geralmente em ecossistemas ainda mais frágeis. Além disso, como acontece na comercialização dos produtos proibidos, também no que se refere à produção, a clandestinidade provocada pela proibição impede qualquer controle ou regulação, o que naturalmente eleva os riscos e danos ambientais. Pense-se, por exemplo, no despejo no solo ou em rios de resíduos tóxicos resultantes do processamento químico das plantas colhidas. Agindo na ilegalidade, produtores das substâncias proibidas, além de terem de evitar maior exposição à repressão, não estão submetidos a quaisquer restrições, despejando os resíduos tóxicos nos lugares que lhes forem mais convenientes, sem qualquer atenção para com o ambiente.

4. A necessidade de legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas

Mudar esse quadro é necessário e urgente. O fim da insana e sanguinária “guerra às drogas” e a substituição da proibição por um sistema de legalização e consequente regulação da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas são passos primordiais para conter a expansão do poder punitivo; para afastar leis violadoras de direitos fundamentais; para eliminar a violência e a corrupção provocadas pela proibição; para efetivamente proteger a saúde.

Legalizar a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas não significa permissividade, como insinuam os enganosos discursos dos partidários da fracassada e danosa proibição. Ao contrário. A legalização significa o fim do mercado clandestino e, assim, o começo de um sistema de regulação daquelas atividades. Legalizar significa exatamente regular e controlar, o que hoje não acontece, pois um mercado ilegal é necessariamente desregulado e descontrolado. Legalizar significa devolver ao Estado o poder de regular, limitar, controlar, fiscalizar e taxar a

produção, o comércio e o consumo dessas substâncias, da mesma forma que o faz em relação às drogas já lícitas, como o álcool e o tabaco³².

Não basta descriminalizar a posse para uso pessoal ou legalizar apenas uma ou outra substância considerada mais “leve”, como a maconha. É preciso sim legalizar a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas. Quanto mais potente e mais perigosa uma droga, maiores razões para que seja legalizada, pois não se pode controlar ou regular algo que é ilegal. É preciso que a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas venham para a luz do dia, para assim se submeterem a controle e regulação.

Legalizar tampouco significa que haveria um aumento incontrolável do consumo, como insinuam os enganosos discursos dos partidários da fracassada e danosa proibição. Pesquisa realizada pelo Zogby, nos Estados Unidos da América, em dezembro de 2007, registrou 99% de respostas negativas à indagação sobre se, uma vez legalizadas drogas como cocaína ou heroína, os entrevistados passariam a consumi-las, assim se projetando um consumo de tais substâncias em proporções semelhantes às já ocorrentes. Na Holanda, onde o consumo de derivados da *cannabis* é acessível nos tolerados *coffee-shops*, o percentual de seus consumidores entre jovens é bastante inferior ao registrado nos Estados Unidos da América³³.

Vale notar que a única diminuição significativa no consumo de drogas, nos últimos anos, foi de uma droga legalizada: o tabaco, cujo consumo, inclusive no Brasil, se reduziu pela metade.³⁴ Esse resultado foi obtido sem proibição, sem “guerras”, sem prisões. Ninguém foi morto ou preso por produzir, vender ou usar tabaco. Ao contrário, foram instituídos muito mais eficientes programas educativos e regulações (vedação de publicidade, restrições ao consumo em lugares públicos, maior divulgação dos danos provocados pelo tabaco), além de todo um esforço de desconstrução do *glamour* do cigarro.

Por outro lado, é preciso ter claro que a legalização não significa que todos os problemas estarão solucionados. A legalização não é, nem pretende ser, uma panaceia para todos os males. A necessária legalização apenas porá fim aos riscos e aos danos criados pela proibição, assim removendo uma grande parcela de violência, o que já significa enorme conquista para o bem-estar social e a segurança pública. Com efeito, não há como se ter “guerra às drogas” e segurança pública ao mesmo tempo. Preocupações verdadeiras com a segurança pública também exigem o fim da proibição. Eliminando a violência provocada pela “guerra às drogas”, a legalização também eliminará

³² Vejam-se sugestões para regulamentação do mercado das drogas em Transform Drug Policy Foundation (2009).

³³ O percentual de consumidores entre jovens de 15 a 24 anos na Holanda gira em torno de 12%, enquanto nos Estados Unidos da América esse percentual é de cerca de 27% entre os jovens de 18 a 25 anos. Fontes: European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction (2005); National Survey on Drug Use and Health (2004-2005).

³⁴ Ministério da Saúde (2009).

a maior fonte de renda advinda de atividades ilícitas. Os rendimentos gerados nas atividades de produção e comércio das drogas legalizadas se integrarão às finanças legais, como são integrados os rendimentos obtidos com a produção e o comércio das drogas já lícitas. Impostos serão pagos e recebidos pelos Estados, da mesma forma que são pagos e recebidos os impostos devidos pelos produtores e comerciantes das drogas já lícitas. E os Estados ainda economizarão o dinheiro gasto com a repressão e com suas consequências. Os recursos econômico-financeiros assim redirecionados poderão ser investidos em programas e ações voltados para a promoção da saúde e da educação, para a construção de moradias decentes, para a criação de postos de trabalho, para a preparação profissional, enfim, programas e ações efetivamente úteis socialmente.

A realidade e a história demonstram que o mercado das drogas não desaparecerá. As pessoas continuarão a usar substâncias psicoativas, como o fazem desde as origens da história da humanidade. Com o fim da proibição, estarão mais protegidas, tendo maiores possibilidades de usar tais substâncias de forma menos arriscada e mais saudável.

Referências bibliográficas

Andreas, Peter; Nadelmann, Ethan (2006). *Policing the globe: criminalization and crime control in international relations*. New York: Oxford University Press.

Alexander, Michelle (2010). *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press.

Bandeira de Mello, Celso Antônio (1993). *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed.

Bustos Ramírez, Juan (1990). *Coca Cocaína: entre el derecho y la guerra (Política criminal de la droga en los Países Andinos)*. Barcelona: PPU.

Comparato, Fábio Konder (1996). "Igualdade, Desigualdades". *Direito Público – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva.

Karam, Maria Lucia (2009.a). *Escritos sobre a Liberdade*, vol.1: Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

_____ (2009.b). *Escritos sobre a Liberdade*, vol.3: Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Nutt, David; King, Leslie A.; Saulsbury, William; Blakemore, Colin. "Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse". *Lancet* 2007; **369**: 1047-1053.

Olievenstein, Claude (1984). *A droga*. São Paulo: Ed. Brasiliense.

Werb D; Rowell G; Kerr T; Guyatt G; Montaner J; Wood E. (2010). "Effect of Drug-Law Enforcement on Drug-Related Violence: Evidence from a Scientific Review." Vancouver: International Centre for Science in Drug Policy.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Madrid: Dyckinson.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagía, Alejandro; Slokar, Alejandro (2000). *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Relatórios e Dados:

Federal Bureau of Investigation. Crime in the United States: FBI Uniform Crime Reports
<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/ucr>

Governo do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Segurança Pública. <http://www.isp.rj.gov.br>

Human Rights Watch (2008). Targeting Blacks: Drug Law Enforcement and Race in the United States.
<http://www.hrw.org/node/62236/section/1>

International Centre for Prison Studies. World Prison Brief.
<http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/>

Instituto Sangari (2012). Mapa da Violência.
http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf

Johnston, L.; Bachman, J.; O'Malley, P. (2001). Monitoring the Future: National Survey Results on Drug use, 1975-2000, Volume 1: Secondary School Students (Bethesda, MD: NIDA).

Ministério da Justiça do Brasil.
<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>

Ministério da Saúde do Brasil. Estudo Saúde Brasil 2008.
http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/saude_brasil_2008_web_20_11.pdf

Substance Abuse and Mental Health Services Administration (SAMHSA). “National Household Survey on Drug Abuse: Summary Report 1998”.

_____ “Results from the 2005 National Survey on Drug Use and Health: National Findings”
<http://www.oas.samhsa.gov/>

The Sentencing Project. Americans Behind Bars: The International Use of Incarceration, 1992-1993.
<http://www.druglibrary.org/schaffer/other/sp/abb.htm>.

Transform Drug Policy Foundation (2009). “After the War on Drugs: Blueprint for Regulation”:
www.tdpf.org.uk

UNODC (2012). Homicide Statistics. <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/homicide.html>

_____ (2012). World Drug Report.
<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2012.html>

_____ (2013). Relatório do Secretariado para a 56ª Sessão da Comissão de Drogas Narcóticas (CND). “World situation with regard to drug abuse”.
<http://www.unodc.org/unodc/commissions/CND/>

US Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. <http://bjs.ojp.usdoj.gov/>

Matérias na Imprensa:

International Herald Tribune. “Adding Absurdity to Tragedy” – 08/03/2013
<http://latitude.blogs.nytimes.com/2013/03/08/a-memorial-in-mexico-city-adds-absurdity-to-tragedy/?ref=drugtrafficking>

O Estado de São Paulo. “Corrêa: uso de crack cresceu após ações contra cocaína” – 27/04/2010.
<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,correa-uso-de-crack-cresceu-apos-aco-es-contr-a-cocaina,543833,0.htm>

The Economist. “Why is less cocaine coming from Colombia?” – 02/04/2013.
<http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2013/04/economist-explains-why-colombia-produces-less-cocaine>

The New York Times. "Coca Production Makes a Comeback in Peru" – 13/06/2010.
http://www.nytimes.com/2010/06/14/world/americas/14peru.html?_r=1&scp=1&sq=Coca%20Production%20Makes%20a%20Comeback%20in%20Peru&st=cse

The Observer: "War on drugs: why the US and Latin America could be ready to end a fruitless 40-year struggle" – 08/08/2010.
<http://www.guardian.co.uk/world/2010/aug/08/drugs-legalise-mexico-california>

The Washington Post: "In Mexico, 12,000 killed in drug violence in 2011" – 02/01/2012.
http://articles.washingtonpost.com/2012-01-02/world/35441712_1_drug-violence-drug-killings-drug-gangs