

INTRODUÇÃO

O consumo de substâncias psicoativas comumente referidas como “drogas” é fenômeno recorrente e disseminado em diversas sociedades humanas e em diferentes momentos de suas histórias. Com a ascensão e consolidação da racionalidade moderna, o uso de “drogas” assumiu as proporções de uma preocupação central no debate público, principalmente pela sua apresentação unilateral como perigo para a saúde pessoal e coletiva e por sua associação imediata com a criminalidade e a violência urbana. É grande o conjunto de drogas psicoativas proibidas nesse início de século. Há uma enorme relação de entorpecentes presente em normas domésticas e internacionais que procuram estabelecer os critérios para seu controle ou erradicação.

Como reflexo da perspectiva proibicionista instaurada internacionalmente e nacionalmente, o Brasil em 23 de agosto de 2006 promulgou a nova Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), vindo, assim, a substituir a anterior Lei 6.386/76 quanto a Lei 10.409/02, passando a ser a nova lei brasileira em matéria de drogas. A referida lei que segue a linha de várias outras legislações internacionais de cunho proibicionista trouxe inovações para o Brasil em matéria penal e processual penal por endurecer o tratamento dado pelo Estado em forma de repressão sobre produtores, distribuidores e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, que, em razão da proibição, são qualificadas como drogas ilícitas.

Tais aparatos legais repressores têm viabilizado e dado legitimidade ao que se chama de Guerra às Drogas. Nesse sentido, é imperativo analisar quais os atores, as ações e as consequências jurídico-sociais dessa recente empreitada dos Estados. A guerra às drogas tem como campo de batalha as favelas, periferias e os becos opacos do sistema, alveja os miseráveis, os párias, o “refugo humano” (BAUMAN,2005, p. 12), em sua maioria esmagadora não-brancos, que presenciaram ao longo de suas vidas uma escassez generalizada de políticas públicas, e que agora precisam ser neutralizados, punidos e exterminados.

Nesse sentido, o presente artigo procura analisar como a seletividade penal instrumentalizada na Política Criminal de combate às drogas tidas como ilícitas acarreta a violação dos direitos constitucionalmente garantidos à grupos minoritários e com histórico de marginalização social, suas implicações frente ao Estado Democrático de Direito. Para isso, utilizou metodologicamente aportes bibliográficos e teóricos, bem

como realizou pesquisa quantitativa em fontes oficiais e bancos de dados referentes aos Sistema Prisional Brasileiro e da América Latina.

O presente artigo fará o diagnóstico do contexto analisado sob o crivo da Criminologia Crítica, que define o resultado da aplicação da norma penal e as estatísticas criminais como produtos de conflitos sociais, lutas de classes, inerentes à sociedade capitalista, que visa expor as reais funções exercidas pelo Direito Penal em contraposição com aquelas divulgadas pelo discurso oficial (CARVALHO, 2013, p. 60).

Dessa forma, a criminalização e marginalização do fenômeno do uso, consumo, produção e distribuição de substâncias entorpecentes tidas como ilícitas, não pode ser visto fora dessa perspectiva, assim como, se demonstrou quantitativamente e qualitativamente no decorrer da presente pesquisa que alguns grupos sociais com características sociais específicas, histórico de vulnerabilização e marginalização, têm sido focados como os principais inimigos nessa empreitada punitivista estatal o que tem levado ao agravamento da retirada de garantias fundamentais já tão escassas para esses agrupamentos. A guerra às drogas pode ser pensada, então, nos marcos desse fortalecimento de um Estado que deixou de ser “de bem-estar” e passa a ser “penal”, criminalizando explicitamente a miséria (WACQUANT, 2001a).

Os sujeitos excluídos das esferas de poder social e marginalizados e alvos da política criminal de drogas atendem a padrões históricos e sociais que os fazem ser classificados como minorias, e o Estado Democrático de Direito exige a participação desses sujeitos, pois as minorias estão incluídas dentro do processo democrático, nesse sentido deve haver a inclusão com sensibilidade para as diferenças (HABERMAS, 2002, p. 40). À medida que se propõe estudar o discurso prático da política criminal e a função do direito nessa rede de comunicação compartilhada ou invadida por aspectos negativos como a exclusão social que é agravada com a política criminal, questionar os horizontes do direito penal dentro do Estado Democrático de Direito é importante para o enfrentamento e disponibilidade de pautar os debates que se preocupem em concretizar as políticas públicas e a que elas servem.

O objetivo do seguinte trabalho foi o de investigar se a atual política criminal destinada ao fenômeno social do uso, consumo, produção e distribuição de substâncias entorpecentes tidas como ilícitas, instrumentalizada na Lei 11.343/06 e outros aparatos normativos, tem violado princípios garantidores de direitos fundamentais às minorias expressos na Constituição Federal e em Declarações Internacionais de Direitos e

imprescindíveis à consolidação do Estado Democrático de Direito. O presente trabalho procurou demonstrar que a supramencionada política criminal é insuficiente no que tange ao seu objetivo formal, e tem agravado a situação social daqueles que ela visa proteger, incidindo em grave violação do Estado Democrático de Direito.

Também, além de buscar cumprir a sua função social, também se instala no âmbito da ciência jurídica visto que visa debater as funções do direito penal no Estado Democrático de Direito, e os bens jurídicos que aquele visa tutelar relacionando-os com as necessidades concretas impostas pela realidade e dos fatos em nossa sociedade, e se os seus resultados nessa empreitada proibicionista-punitiva satisfazem aos objetivos perseguidos em nossa Carta Magna.

1. Política Criminal de Drogas: Marcos Históricos e Seletividade Penal

O uso e consumo sistemático de uma grande gama de substâncias capazes de alterar o comportamento, a consciência e o humor dos seres humanos é comprovadamente milenar ao contrário da qualificação historicamente recente reservada a elas como problema social. O consumo e a circulação de substâncias como cocaína, ópio e cannabis eram legais até o início do século XX, quando eram popularmente usadas sob a forma medicinal, cultural e recreativa. Nos primeiros anos do século passado, no entanto, essas drogas mais consumidas e várias outras foram inseridas no rol de ilegais através de iniciativas farmacêuticas e estatais.

A percepção de um “problema de drogas”, ou seja, a consideração como problemática de um conjunto específico de substâncias ou, mais precisamente, de certas modalidades de uso de um conjunto específico de substâncias é muito recente. De fato, a restrição da categoria drogas a um conjunto particular de substâncias, as substâncias psicoativas, não só é recente como também é contemporânea da divisão meramente moral entre drogas de uso ilícito e drogas de uso livre, permitido ou controlado (VARGAS, 2008, p. 25).

A legislação brasileira foi silente a questão do uso, consumo e distribuição de substâncias psicoativas nos seus diplomas legais mais importantes, até sofrer influências da política externa de drogas que havia recentemente aprovado a Convenção de Haia sobre o Ópio em 1912, reverberando em terras brasileiras na edição do Decreto 4.294/21, que revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890. Pela primeira vez no Brasil, fez-se referência a uma substância entorpecente, com citação expressa da

cocaína, do ópio e seus derivados. Por tal lei, aquele que vendesse, expusesse à venda ou ministrasse tais substâncias, sem autorização, e sem as formalidades prescritas, estaria sujeito à prisão de um a quatro anos. É importante destacar que a edição do referido decreto deu-se durante a vigência da Lei Seca nos EUA (1919-1933).

Com a Edição do Código Penal de 1830, o Brasil foi o primeiro país do mundo a editar uma lei contra a maconha: em 4 de outubro de 1830, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro penalizava o `pito de pango`, denominação da maconha, no § 7º da postura que regulamentava a venda de gêneros e remédios pelos boticários:

É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia. (Mott in Henman e Pessoa Jr., 1986).

A partir da Consolidação das Leis Penais de 1932 que se inicia a criminalização de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo das drogas tornadas ilícitas, com a substituição da expressão “substâncias venenosas” do artigo 159 do Código Penal de 1890 por “substâncias entorpecentes”, expansão da quantidade de condutas proibidas e introdução da cominação de pena privativa de liberdade, fixada para quem fornecesse aquelas substâncias em 1 a 5 anos.

No Código Penal de 1940, a criminalização é instrumentalizada pelo seu artigo 281. A ditadura militar instaurada em 1964, modifica algumas regras, inicialmente com a Lei 4.451/64, que introduz a tipificação da ação de plantar as matérias primas das substâncias proibidas, ainda mantidas as penas de 1 a 5 anos de reclusão. Consoante, o Decreto-lei 385/68 explicita a criminalização da posse para uso pessoal, cominando-lhe as mesmas penas de 1 a 5 anos de reclusão previstas para o dito “tráfico”.

Surge a Lei 5.726/71 –, que, ainda mantendo os tipos penais das condutas relacionadas à produção, ao comércio e ao consumo nas regras do artigo 281 do Código Penal, eleva a pena máxima de 5 para 6 anos, introduz a quadrilha específica para o dito “tráfico”, prevendo a possibilidade de sua formação com apenas duas pessoas (a “duilha”), com penas de 2 a 6 anos de reclusão, e impõe o trancamento da matrícula do estudante encontrado com as substâncias proibidas, bem como a perda do cargo de diretores de estabelecimentos de educação e ensino que deixassem de comunicar às autoridades sanitárias os casos de uso e “tráfico” dessas substâncias no âmbito escolar (KARAM, 2008, p. 3).

Em seguida surge a nova lei especial – a mais conhecida Lei 6.368/76 –, que, diferenciando as penas previstas para a posse para uso pessoal, estabeleceu-as em 6

meses a 2 anos de detenção, triplicando, porém, as penas para as condutas identificadas ao dito “tráfico”, que, então, passaram a ser de 3 a 15 anos de reclusão (KARAM, 2010, p. 3). Praticamente, desde sua edição, diversos projetos foram sendo apresentados para modificá-la, até que um desses projetos deu origem à Lei 10.409/2002. Suas aberrantes impropriedades foram tantas que, diante dos inúmeros vetos apostos pelo Presidente da República, a pretendida substituição da Lei 6.368/76 não se viabilizou. A Lei 6.368/76 permaneceu disciplinando as definições de crimes e de penas e a Lei 10.409/2002 a ela se juntou, disciplinando outros aspectos do tema drogas. A finalidade de substituir a Lei 6.368/76 motivou a quase imediata apresentação de novo projeto, que, aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República em agosto de 2006, resultou na nova Lei 11.343/2006, que, entrando em vigor em outubro do mesmo ano de 2006, revogou tanto a Lei 6.368/76, quanto a Lei 10.409/2002, passando a ser a nova lei brasileira em matéria de drogas, a lei que atualmente está em vigor e que será analisada mais adiante (KARAM, 2010, p. 4).

Em outubro de 2006, entrou em vigor no Brasil uma nova lei – a Lei 11.343/06, que veio substituir as duas anteriores leis brasileiras em matéria de drogas – a Lei 6.368, de 1976, e a Lei 10.409, de 2002, e que veio a dar continuação a mesma política criminal de repressão aos entorpecentes instaurada a nível internacional e com parâmetros legais a nível nacional. Com o avanço da política criminal de repressão às substâncias psicoativas, todos os padrões de criminalização são repetidos e agravados, como observaremos na comparação entre o caso brasileiro e estadunidense. As minorias históricas e alijadas de empoderamento, intervenção política e jurídica e poder na sociedade são mais uma vez ameaçadas no mínimo que detém, são as mais encarceradas, são mortas nas favelas e becos do sistema.

No caso dos EUA, essa relação entre controle de drogas e minorias sempre esteve presente na percepção social das drogas: fazia-se uma ligação entre um determinado tipo de droga e um grupo específico temido ou rejeitado dentro da sociedade, normalmente com conotações racistas, de acordo com Luciana Boiteux (2006):

Assim, originalmente, a cocaína e a heroína eram associadas aos negros, a maconha aos mexicanos, o ópio aos chineses, o álcool aos irlandeses, o que leva à suposição que a opção criminalizadora do modelo proibicionista norte-americano baseava-se no preconceito racial e social, e visava impor maior controle social às minorias, e a manter a dominação do grupo social hegemônico: os brancos puritanos.

No caso brasileiro, no qual nos ateremos no discorrer do presente trabalho, uma das primeiras leis que tratou de criminalizar o uso de uma substância psicoativa, possuiu claro recorte étnico-racial, a lei do Pito do Pango de 1830. Além disso, um ano antes mesmo de ser promulgada sua lei maior, a República tratou de instaurar dois instrumentos de controle dos negros em 1890: o Código Penal e a "Seção de Entorpecentes Tóxicos e Mistificação", a fim de combater cultos de origem africana e ao uso da cannabis, utilizada em rituais do Candomblé, considerado "baixo espiritismo". Como exemplo disso, pode-se citar a contribuição do psiquiatra Rodrigues Dória (1857-1958) que teve grande influência na criminalização da maconha, chegando a associá-la a uma espécie de vingança de negros "selvagens" contra brancos "civilizados" que os haviam escravizado. Segue fragmento de sua autoria:

[...]é possível que um individuo já propenso ao crime, pelo efeito exercido pela droga, privado de inibições e de controle normal, com o juízo deformado, leve a prática seus projetos criminosos . (...) Entre nós a planta é usada, como fumo ou em infusão, e entra na composição de certas beberragens, empregadas pelos "feiticeiros", em geral pretos africanos ou velhos caboclos. Nos "candomblés" - festas religiosas dos africanos, ou dos pretos crioulos, deles descendentes, e que lhes herdaram os costumes e a fé - é empregada para produzir alucinações e excitar os movimentos nas danças selvagens dessas reuniões barulhentas. Em Pernambuco a herva é fumada nos "atimbós" - lugares onde se fazem os feitiços, e são frequentados pelos que vão aí procurar a sorte e a felicidade. Em Alagoas, nos sambas e batuques, que são danças aprendidas dos pretos africanos, usam a planta, e também entre os que "porfiam na colcheia", o que entre o povo rústico consistem em diálogo rimado e cantado em que cada réplica, quase sempre em quadras, começa pela deixa ou pelas últimas palavras de contendor (HENMAN e PESSOA JR, 1986).

Portanto, havia um esforço de intelectuais em elaborar uma série de teses criminalizando negros, nativos, mulheres, capoeiristas, sambistas, maconheiros, prostitutas, macumbeiros, cachaceiros, adotando a defesa da estigmatização de setores sociais já marginalizados social e historicamente no Brasil, acabando por agravar a sua situação e vulnerabilidade.

No Brasil, como já demonstrado em outro tópico, as primeiras investidas do proibicionismo tiveram caráter racista e excludente. Um grande exemplo disso é o caso da cannabis, que foi introduzida no Brasil junto com os negros africanos que vieram ser escravizados no país, na cultura desses grupos a maconha era utilizada em períodos de lazer e durante alguns rituais religiosos. Apesar do longo período de escravidão, o uso da maconha manteve-se vivo dentro da cultura negra. Mas é após a libertação dos

escravos (1888) que a perseguição aos consumidores de maconha – quase todos negros – ganha força.

Os primeiros documentos do Estado que proibiam o uso da maconha no Brasil saíram das Câmaras Municipais do Rio de Janeiro, em 1830, de Santos, em 1870, e em Campinas, no ano de 1876. A lei penalizava a venda e o uso da droga e eram curiosamente inversas as atuais, prevendo punições mais severas para quem consumisse a erva do que para quem a traficasse. Naquela época, quem usava majoritariamente a maconha com fins recreativos eram os negros”, afirma Henrique Carneiro (2014, p. 2).

Com a abolição da escravatura, sem terra e trabalho, os antigos escravos passaram a ser considerados indivíduos de comportamento desviantes e criminosos natos. De certa forma, um discurso supostamente científico e falacioso serviu para eximir o Estado de criar políticas sociais para absorver esta mão de obra ao justificar a implantação de novas políticas punitivas. O hábito de fumar maconha seria mais uma característica do criminoso nato, juntamente com todas as manifestações culturais dos ex-escravos. Maconheiro, macumbeiro, vadio, mendigo, prostituta, um dicionário racista e preconceituoso era usado pelo poder da elite dominante para vigiar e punir os pobres.

As informações do estudo confirmam dados do Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE), de que a população branca tem, em média, rendimentos entre 60% e 70% superiores ao da população negra e sugerem que essa realidade tem relação direta com o atual perfil da violência no Brasil. Conforme dados do Infopen, negros compõem mais de 60% dos encarcerados pelo tráfico de drogas no Brasil.

Sobre outra minoria, a das mulheres, observa-se que na América Latina, no século XXI, ocorreu o grande aumento de mulheres presas por delitos relacionados às drogas, como visto, em concomitância ao progressivo endurecimento de leis a estes delitos. Entre os anos de 2003-2004, as mulheres presas por crimes relacionados às drogas representavam 47% da população penitenciária total na Colômbia; 66% na Costa Rica; 46% em El Salvador, 26% na Guatemala, 59% em Honduras, 89% na Nicarágua, 72% no Panamá (Núñez, 2009, p. 232). Na Venezuela, a partir dos anos 90, mais de 70% das mulheres privadas de liberdade estão relacionadas a delitos de drogas (Giacomello, 2013, p. 96). No Equador, 38,2% das mulheres estavam presas por delitos relacionados às drogas em 1980, ao passo que nos anos recentes, esta porcentagem é de 75%-80%, indicando, portanto, um aumento de aproximadamente 40% (Torres Angarita, 2007, p.13).

Especificamente sobre a população de mulheres presas no Brasil, que constitui cerca de 6,6% da população total, a política repressiva contra as drogas apresenta danos consideráveis, assim como na maioria de países latinos, o aumento proporcionalmente em relação aos homens presos foi superior: em 2006, 11.000 mulheres estavam presas no Brasil, já em 2012 este número passa para 35.039, ou seja, quase triplica (DEPEN, 2012). O mercado clandestino de entorpecentes se aproveita do papel social que a mulher carrega, em sua grande maioria, não-branca, moradora da periferia e de áreas marginalizadas da cidade, e agrava sua situação de vulnerabilidade. De acordo com Soares e Ilgenfritz (2002), o aumento alarmante do número de mulheres encarceradas também é decorrente do lugar que as mulheres ocupam na escala hierárquica do narcotráfico, por estarem em posições mais subalternas estariam mais sujeitas a serem presas e reprimidas pelo aparelho estatal.

É notória a seletividade penal empreendida pelas legislações proibicionistas no que diz respeito a populações e grupos sociais que já detinham uma condição social desprivilegiada e que eram reforçadamente criminalizados numa tentativa de controle por parte de um grupo social hegemônico, controle este que perpetuava privilégios para os mesmos e dava prosseguimento a uma estrutura social excludente.

2. Minorias e Estado Democrático de Direito

Para compreendermos a localização desses grupos num contexto em que o Estado Democrático está instaurado e rege as relações jurídicas dos atores sociais, utilizamos a expressão “minorias” a fim de reconhecer o papel e a importância que os setores vulnerabilizados pela política criminal de drogas ocupam nessa realidade e a relevância para a efetivação das garantias constitucionais defendidas pelo próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido passaremos à discussão sobre as implicações dessa situação e apontamentos iniciais.

É preciso compreender o surgimento do Estado Democrático de Direito e a utilização dele enquanto ferramenta de argumentação e defesa de direitos humanos negados, ele advém de uma construção histórica e política, uma progressiva superação de paradigmas para o campo do direito, para Habermas (1997, p. 82) os paradigmas de direito são "as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto

percebido de uma dada sociedade", que perpassa basicamente três modelos principais; o Estado de Direito, o Estado Social e por fim o Estado Democrático de Direito.

Enquanto que no Estado de Direito se destacam ideias como o exercício das liberdades individuais, de se poder fazer tudo que não for proibido em lei e a Constituição um pacto político que representa esquemática e fundamentalmente o Estado burguês de direito, este é superado pelo Estado Social que visou a materialização dos direitos antes garantidos apenas formalmente pelo primeiro modelo de Estado e a preconização dos direitos sociais.

Com efeito, ao Poder Executivo são atribuídos novos mecanismos jurídicos e legislativos "de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional" (CATTONI, 2002, p. 1), diante disso, a superação desse modelo surge quando há uma crise de legitimação do mesmo (HABERMAS, 2002, p.165), passando a ser substituído pelo Estado Democrático de Direito que cria uma nova compreensão do modelo constitucional de estado, na qual, todos os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do novo arquétipo "pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas" (HABERMAS, 1997, p. 85).

Nessa perspectiva, salienta Menelick de Carvalho Netto (1997), os direitos de 1ª geração são retomados como direitos de participação no debate público, e revestidos de conotação processual, informam a soberania do paradigma constitucional do Estado democrático de direito, "e seu direito participativo, pluralista e aberto". A categoria minoria é utilizada no Direito para a defesa de direitos fundamentais de grupos que, historicamente são marginalizados, reivindicam no espaço público o reconhecimento de suas peculiaridades e a proteção de garantias. Essa categoria que surgiu atrelada à ideia de Estado, nacionalidades e soberania, hoje, se estende às demandas antes ignoradas. A interpretação dos princípios relacionados à categoria minoria deve, portanto, concebê-la como uma necessidade de consolidação dos valores democráticos da Constituição e do Estado.

Nesse sentido, é imprescindível a identificação e a definição do conceito de minoria, que por parte do direito é uma categoria jurídica de difícil construção e delimitação, a qual, em verdade, deve ser examinada caso a caso. Um grupo minoritário não deve ser categorizado, simplesmente, em termos numéricos, mas, principalmente nas condições e nos meios, disponibilizados pelo Estado, através do direito, para que o

mesmo possa existir e ter suas necessidades básicas reconhecidas. Minoria é uma categoria relacional, Rigaux (2003) conceitua como:

“todo grupo social detentor de traços relativamente indelévels e cujos membros não poderiam por esse motivo fundir-se em maioria da população, a orientação sexual são alguns exemplos de traços próprios de um grupo social e que podem isolá-lo. [...] Nem todos esses traços são absolutamente indelévels, pode-se mudar de língua, de religião, escolher integrar-se ao modo de vida da população dominante, mas a questão é saber se é obrigado a fazê-lo, mais exatamente, se as leis adotadas pela maioria podem coagir ou incitar a isso”.

Portanto, a categoria minoria adquire conteúdo semântico contextualmente. Trata-se de um conceito que é aberto, visto que o seu emprego determina os parâmetros de análise das relações de poder estabelecidas entre os pertencentes ao grupo minoritário e ao grupo majoritário. Essa classificação não é dada a priori, vez que a identidade jurídica é construída pelas partes e pelo intérprete de acordo com os interesses e com a necessidade de se revelar outro aspecto de um direito. É indispensável que o contexto seja determinado para se compreender em que termos existe uma minoria. Entretanto, com uma nova perspectiva das funções do Estado, especialmente pela adoção de uma maior preocupação social, o conceito de minorias expandiu-se e abrangeu outras minorias que não apenas aquelas ligadas a uma diferença cultural, identitária ou étnica, mas também grupos marginalizados historicamente.

Tais grupos teriam características que ganharam relevância por apresentarem contundentemente demandas históricas: as mulheres, os negros ou afrodescendentes, os povos originários e a comunidade LGBT. Diferentemente de grupos peculiares, como as crianças, os adolescentes e os idosos – que possuem proteção especial e legislação específica –, essas “novas” minorias são assim reconhecidas por serem vítimas de preconceito por uma construção histórica que lhes fora adversa. Soma-se às minorias tradicionais, portanto, outras minorias que ascendem como tais em suas demandas no Judiciário (além de público-alvo de políticas públicas), também consideradas como grupos que demandam seu lugar no espaço público.

Adota-se no presente trabalho o conceito de minorias como aqueles grupos sociais dos quais é subtraída, em virtude de discriminação e falta de empoderamento histórico-político, a competência para tomar decisões que alterem os rumos da sociedade, tendo dificuldades em ocupar espaços de poder, embora possam representar a maioria populacional. São grupos humanos cujos direitos são frequentemente negados, embora possam estar assegurados formalmente. Nesse sentido, para Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 4):

[...] não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros que detém o poder. Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. [...].

Assim, o caso dos negros, mulheres, povos originários e comunidade LGBT no Brasil, que são tidos por minorias, mas que representam grandes contingentes numéricos de pessoas na globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.

Ocorre, porém, que historicamente privilegiaram-se certos grupos sociais por imposição, por discriminação ou por subvalorização e exploração de outras. Conseqüentemente, a democracia e as políticas públicas que a acompanham, não conseguem diminuir a violação de direitos fundamentais históricos, pelo contrário, tem agravado a sua condição de vulnerabilidade social, o que representa uma afronta ao Estado Democrático de Direito, visto que o fundamento de proteção às minorias é um fundamento constitucionalmente resguardado.

Em virtude das novas demandas sociais, da ampliação do espaço público a novos atores e da relevância histórica que marca a Constituição brasileira de 1988, o respeito às diferenças – e a consideração das minorias também envolvidas no processo democrático – ascendem como valor a ser preservado para a produção de aparatos normativos, políticas públicas e suas eventuais conseqüências. Habermas (1997), chama a atenção para os processos que condicionam a sociedade que se originam de discursos aparentemente neutros, mas que refletem culturas majoritárias, para ele a regulação de várias matérias culturalmente delicadas, tanto em assuntos mais relevantes como em outros menos chamativos, é refletido apenas o auto-entendimento ético-político de uma cultura majoritária, dominante por motivos históricos. De acordo com ele:

Por causa de tais regras, implicitamente repressivas, mesmo dentro de uma comunidade republicana que garanta formalmente a igualdade de direitos para todos, pode eclodir um conflito cultural movido pelas minorias desprezadas contra a cultura da maioria.

No presente trabalho se parte do pressuposto que um conjunto de pessoas identificadas como minorias sociais ou grupos com histórico de vulnerabilização possuem sua condição e situação social agravada com a atual política criminal de drogas adotada, e que o referido argumento formal de proteção ao bem jurídico da saúde

pública que é utilizado para a justificação de sua adoção, não é alcançado materialmente e tampouco contempla as particularidades presentes na sociedade brasileira, visto que embora o fenômeno do uso, consumo e distribuição de psicoativos esteja presente nas várias camadas sociais, apenas alguns grupos sociais são estigmatizados, criminalizados e punidos, política criminal esta que possui alvos com recorte nítido de raça, gênero e origem social. Nesse sentido, Vitor Dieter (2009, p. 20) leciona:

Podemos concluir, portanto, que a colocação do bem jurídico penal das drogas ilícitas na “saúde pública”, convenientemente disfarça sua legitimidade, uma vez que os outros planos de prevenção geral, não podem tomar cobertura num guarda-chuva argumentativo democrático. Assim, enquanto a política proibicionista é aplicada, vitimizandando simultaneamente vendedores e consumidores, não se debate o que efetivamente está fazendo a política, mas se ela diminui ou não o consumo de drogas, numa exemplar lição de ideologia, o argumento sanitarista elide para iludir.

Dessa forma, para além de identificarmos as relações entre a atual política criminal voltada para o “combate às drogas” e o extermínio e agravamento da marginalização das minorias e grupos sociais vulneráveis, é necessário que se adote também uma saída dentro ainda do presente ordenamento jurídico e a partir das diretrizes do Estado Democrático de Direito, assim urge o controle de constitucionalidade para os dispositivos legais que dão espaço para a violação dos direitos fundamentais dos grupos excluídos presentes em nossa sociedade, e a discussão de políticas públicas que contemplá-los em suas particularidades culturais e humanas.

3. Violação de direitos fundamentais das minorias pela Política Criminal de Drogas

A política criminal de drogas no Brasil, em sua expressão ideológica, legal e dogmática, demonstra a grande distância entre as funções declaradas (ou formais) e as funções realmente exercidas (materiais) pela máquina repressiva estatal. De acordo com Miron (2004), a análise global da política repressivista permite afirmar que a proibição diminui apenas moderadamente o consumo enquanto aumenta vertiginosamente a violência.

Tal ilicitude, no entanto, não é de modo algum natural, mas conjuntural, ou seja, plenamente mutável. A história do uso e consumo de substâncias psicoativas pelo ser humano é milenar e a história da proibição das drogas sequer completou um século e, ao que tudo indica, já está em vias de extinção. A proibição significou – e ainda

significa – uma inteligente estratégia estatal para controlar de perto a vida e os hábitos das pessoas – biopolítica, conforme Foucault (1988) nos lecionou.

Como vimos, o atual cenário de Guerra às Drogas impulsionada recentemente pelo Estado tem gerado efeitos sobre a política criminal brasileira e as populações marginalizadas. Os números, dados e estatísticas são uníssonos em demonstrar que a circulação de substâncias entorpecentes não diminuiu, que um grande mercado clandestino surgiu, a violência foi agravada nas áreas periféricas (homicídios praticados por ou contra policiais; homicídios decorrentes de disputas por pontos de venda de drogas; homicídios decorrentes de acerto de contas; circulação de armas, consequência óbvia da economia clandestina das drogas; superlotação carcerária; corrupção policial, etc) e a criminalização tem sido dirigida aos setores mais marginalizados e excluídos da sociedade capitalista que são empurrados a participar ou viver ao redor desse comércio ilícito.

Identificar essas populações marginalizadas com um recorte histórico bem traçado é essencial para compreendermos os efeitos da Guerra às Drogas. Nesse respeito é imprescindível reconhecermos o papel das minorias na constituição do Estado Democrático de Direito e o papel das políticas públicas que as circundam para a concretização da democracia. Um espaço que permite a diversidade tem como pressuposto e também como referencial comum – a igualdade de condições para participar da construção desse lugar político e social múltiplo.

A permanência da lógica bélica e sanitaria nas políticas de drogas no Brasil, que reduz à incriminação o mero porte de substâncias ilícitas como no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, desconhece o sujeito concreto para criar mecanismos retóricos abstratos de legitimação da punição aos usuários e produz significativa violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal (CARVALHO, 2013, p. 120).

Como refere José Eduardo de Faria (1997, p. 12), com o processo de globalização e a gradual simbiose entre a marginalidade social e marginalidade econômica, as instituições jurídicas dos Estados são obrigadas a concentrar sua atuação na preservação da ordem e da segurança, assumindo papéis eminentemente punitivos-repressivos. Os não cidadãos, porém apesar de destituídos de seus direitos subjetivos públicos, não são dispensados de suas obrigações estabelecidas nas leis penais. Dessa forma, o Estado penitência atua:

enquanto no âmbito dos direitos sociais e econômicos vive hoje um período de refluxo, no direito penal a situação é oposta. O que se tem aí é a definição de novos tipos penais, a criminalização de novas atividades em inúmeros setores da vida social, o enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade por meio do recurso a regras sem conceitos precisos, o encurtamento das fases da investigação criminal e instrução processual e a inversão do ônus da prova (FARIA, 1997, p. 12).

Bauman (1998, p. 66) também chega a essa conclusão, ao diagnosticar que a incriminação parece estar emergindo como o principal substituto da sociedade de consumo para o rápido desaparecimento dos dispositivos do estado de bem-estar. A repressão por meio de políticas criminalizantes ao fenômeno do consumo e distribuição de drogas ilícitas, além de não ter diminuído sua circulação e uso, e despejar dinheiro público numa empreitada que acaba por ser uma mera enxugadora de gelo, também promove o agravamento da exclusão social do que já estão marginalizados pelas políticas públicas.

Por exemplo, no Brasil, a lei 11.343/06, utiliza um critério para determinar se o dolo é de uso ou é de tráfico no porte de substâncias ilícitas que permite todo o tipo de arbitrariedades. Pois está propenso à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atentará além da quantidade da droga, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como, para a conduta e os antecedentes criminais. De acordo com o artigo 28, §2º da supramencionada lei:

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: (...)

§ 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.

Desse modo, certos indivíduos estarão mais propensos a serem pinçados pelo tipo penal do tráfico, em função de sua condição social, inserida em substratos mais baixos da população, aptos, portanto, à captura seletiva da polícia e dos magistrados¹²; a seleção não possui segurança jurídica, subsume-se ao arbítrio dos representantes do Estado. Estes selecionam, em função do estereótipo do autor, a partir de características como: raça, cor, classe social, gênero; como o agente se enquadrará, no tipo penal do tráfico ou do uso de drogas. Assim, se um indivíduo for marginalizado, o autor, mesmo em posse de pequena quantidade de droga, será concebido como tendo o dolo de venda. Assim, será enquadrado como traficante (ZACCONE, 2006).

É importante destacar a dificuldade em encontrar os dados quantitativos relativos ao tráfico de drogas e a política criminal que o rodeia, de modo geral, mas principalmente no tema estudado, apresentam certos limites que devem ser levados em conta na análise: sua escassez (e diferença entre os dados de diversas fontes consultadas) e a dificuldade de se conseguir números atualizados e completos pelas instituições convocadas para este tipo de estudos, dos organismos responsáveis pelo sistema penitenciário que, por sua vez, se referem para elaboração de seus relatórios a dados enviados pelas instituições dos Estados membros, que nem sempre respondem ou oferecem números inconsistentes.

O controle penal das drogas com o estabelecimento de padrões punitivos de caráter inquisitivo não compreende e não respeita as autonomias culturais e políticas gerando respostas repressivas em antagonia aos direitos e garantias individuais. Tal modelo para ser operacionalizado precisa identificar inimigos internos, proliferar a lógica militarista e aprofundar processos punitivos baseados no extermínio, neutralização e eliminação dos sujeitos não adaptados ao sistema e, portanto, elimináveis.

Nesse sentido, é imperativo reconhecer os sujeitos mais propensos a essa seleção punitivista. A lei 11.343/06, por exemplo, criou duas figuras penais localizadas em lugares distintos, que são marcadas pela ideologia da diferenciação e cujo direcionamento reforça os estereótipos de traficante e usuário. De acordo com Jorge da Silva (1996, p. 501):

A perspectiva militarizada da segurança pública para o controle do tráfico de entorpecentes se caracteriza pela reprodução dos valores e concepções da doutrina militar para os órgãos controladores do crime, “acarretando no seio da sociedade (a ideologia não atinge só as organizações policiais) a cristalização de uma concepção centrada na ideia de guerra (quando se tem um inimigo declarado ou potencial a ser destruído com a força ou neutralizado com a inteligência militar. Daí a concepção maniqueísta – os bons contra os perigosos da sociedade – refletida nas práticas do sistema policial-judicial (...).

Pesquisadores do KINTU (1993), boletín Andino sobre Coca, Guerra contra las Drogas y Sectores Populares, evocam os objetivos obscuros da militarização da política de drogas, cujas premissas fundamentais seriam: a) controle político e militar dos países andinos frente ao vazio ideológico (ausência do inimigo comum) deixado com o fim da Guerra Fria; b) pressão de adesão e câmbio nas economias nacionais; c) criação de lixeira armamentista como forma de manter a indústria bélica dos países centrais.

É imprescindível perceber, portanto, que a implementação das políticas de segurança militarizadas causou violações extremas aos direitos fundamentais da população dos países que a adotaram. A conclusão evidente é que a política de guerra às drogas é um grande fracasso, visto não obter resultado algum na erradicação ou no controle razoável do narcotráfico. Por outro lado, seu efeito visível é a constante violação dos direitos fundamentais dos grupos vulneráveis da população (CARVALHO, 2013, p. 121).

O reconhecimento, defesa e promoção dos direitos fundamentais e mais sensivelmente os das minorias e grupos vulneráveis comprovou que eles não podem se resumir a puras formas positivadas carentes de conteúdo, mesmo se plasmadas na Constituição. Quanto a garantia dos direitos fundamentais e sua relação com as políticas públicas, Silva & Teixeira (2014) lecionam:

Há um aspecto sociológico intrínseco à positivação dos direitos fundamentais, em virtude das condições econômico-sociais que permitem o efetivo desfrute desses direitos, posto não serem ideais atemporais, tampouco fórmulas retóricas, senão o produto de exigências sociais do homem histórico. A prática dos direitos fundamentais não se deve buscar exclusivamente na Constituição, senão também nas relações de poder que servem de suporte e que obedecem a determinadas condições sociais, econômicas e culturais. Assim, o problema básico dos direitos fundamentais não é tanto o de justificá-los, mas sim de protegê-los através das garantias.

Dessa forma, as políticas públicas devem estar consoantes ao que está positivado e promover a instrumentalização e efetivação do que já está garantido. Não se podem admitir ações do Estado que contrariem a inclusão social de cidadãos necessária ao Estado Democrático de Direito e ainda aprofunde os fossos sociais existentes em nossa sociedade. Conclui-se assim que as ideias relacionadas aos direitos fundamentais, bem como o início do pacto constituinte, a saber a soberania popular, determinam e condicionam, sobretudo, “a auto-evidência normativa do Estado Democrático e Social de Direito, vez que esses direitos integram um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico” (Silva & Teixeira, 2014).

Os direitos fundamentais entendidos como produto da personalização e positivação constitucional de determinados princípios básicos, que denotam o seu conteúdo axiológico, integram, ao lado dos valores estruturais e organizacionais, o núcleo essencial da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias as vinculações de cunho material para fazer frente

aos espectros do totalitarismo, arbitrariedades e abusos de poder já vistos historicamente.

Nesse sentido, percebe-se que a política criminal de combate às drogas por atingir os setores sociais mais vulneráveis, com recorte específico de gênero e raça, que entendemos como minorias, agrava sua situação de exclusão social pois o encarceramento e o sistema penitenciário reproduzem as desigualdades sociais, e são espaços das mais variadas violações de direitos humanos, e, como instituição política, vem mantendo seu caráter punitivo e pouco ressocializador. Dessa forma se vê o aprofundamento de uma política excludente incompatível frente ao Estado Democrático de Direito, visto que este pressupõe a efetiva participação das minorias nos espaços sociais. A guerra às drogas adota uma postura de extermínio frente a essas populações marginalizadas e fere uma série de garantias fundamentais consolidadas e ancoradas na Constituição.

CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho consistiu em analisar os impactos da criminalização e encarceramento de minorias e grupos vulneráveis pelo delito de tráfico de drogas, assim como discutir a sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Desta forma, para entender o processo de criminalização das minorias pelo delito de tráfico de drogas, é fundamental que se insira a análise das relações e representações de gênero, raça, condição sexual e os papéis sociais atribuídos a cada grupo vulnerável. Antes de ser uma doutrina legal para tratar a “questão das drogas” o proibicionismo é uma prática moral e política que defende que o Estado deve, por meio de leis próprias, proibir determinadas substâncias e reprimir seu consumo e comercialização (Escohotado, 1996).

Dentro dessa lógica repressiva, os excluídos passaram a ser designados pelos discursos oficiais e da mídia como um inimigo interior do Estado contemporâneo, e se tornaram a concretização dos “medos reprimidos e circundantes” que “permeiam a vida e a 'normalidade'” dos bons cidadãos (BAUMAN, 1998, p. 52-53). Por isso, passam a ser vigiados, punidos e extirpados do convívio social. Desde o início do presente trabalho, foi possível perceber que a estigmatização dos indivíduos que praticam condutas tipificadas na Lei nº 11.343 de 2006 se justifica por um processo de criminalização marcado por preconceitos de origens cultural, antropológica e social. De fato, percebeu-se que durante a construção das legislações proibicionistas a nível

internacional e nacional houve a incorporação de estigmas sociais, a cada crime produzido por novas legislações inaugura um novo flanco de combate aos “perigosos”, um novo acesso ao sistema penitenciário, uma outra entrada para a vigilância constante (RODRIGUES, 2008).

A Guerra às Drogas e sua recente instauração já mostrou não atender aos objetivos que pretendia alcançar, conforme demonstrado durante o discorrer da monografia, o consumo, uso e circulação de substâncias ilícitas entorpecentes não diminui significativamente como pretendido, e no entanto a violência, criminalidade e a exclusão social cresceram exorbitantemente, nesse sentido, o “fracasso” da proibição, então, potencializa-se em positividade: a guerra perdida contra “as drogas” significa a guerra diariamente renovada e eficaz contra pobres, imigrantes, negros, camponeses entre outros “ameaçadores” (RODRIGUES, 2008). Aprofundar a crítica à atual política criminal defendida pelo Estado destinada a coibir produtores, distribuidores e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, que, em razão da proibição, são qualificadas de drogas ilícitas é fundamental nesse contexto de atual ampliação do debate público acerca dessas questões nas esferas nacionais e internacionais, aumentando a responsabilidade da ciência jurídica em debruçar-se sobre a temática e contribuir para o desenvolvimento teórico e científico da discussão.

Discutir os horizontes da política criminal e pensar novos modelos que abarquem a realidade e não terminem por agravar a situação de exclusão vivenciada por grupos é um dever da ciência do direito que se torna mais premente a cada dia. Constatada a retirada de direitos fundamentais e a situação das minorias que segue agravada pela ótica de repressão da atual política de drogas por serem seus alvos prediletos e o crescente comércio ilícito de entorpecentes e seus lucros exorbitantes, é demonstrado o fracasso do proibicionismo. A conclusão a que se chegou é a de que o proibicionismo acarreta maiores riscos à sociedade e à saúde pública do que protege esses mesmos fins, motivo pelo qual deve ser substituído por um modelo alternativo mais humanitário, realista e que despenalize o tratamento estatal dado às drogas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROUET, Oliver. Drogues et relations internationales. Bruxelas, Edition Complexe. 1991, p. 96. CARNEIRO, Henrique. Autonomia ou heteronomia nos estados alterados de consciência. In: Labate, Beatriz Caiuby (Org.) Drogas e Cultura: novas perspectivas. UFBA. 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai., 1999.

CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06). 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. _____ . Antimanual de Criminologia. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIETER, Vitor Stegemann. O proibicionismo nos Estados Unidos. 2013. 90p. Monografia de Especialização – ICPC. Curitiba, 2013. _____. O bem jurídico do Proibicionismo. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 3, n. 5, p. 211-236, jul/dez. 2011.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

_____. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. Edições Loyola. São Paulo. Brasil. 2002, pág. 165.

KAHN, Túlio. Cidades Blindadas: ensaios de criminologia. São Paulo: Sicurezza, 2002. p. 14.

KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. In: Labate, Beatriz Caiuby (Org.) Drogas e Cultura: novas perspectivas. UFBA. 2008.

_____. Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas - Vol. 3 – 2009.

_____. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. 2010.

KINTU (boletín Andino sobre Coca, Guerra contra las Drogas y Setores Populares 01, 02 e 03. Bogota, Cochabamba y Lima: Aprodeh, ILSA Y C. Balderrama, 1993.

RIGAUX, François. A lei dos juízes. Trad. Edmir Missio, Ver. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-graduação em Direito. Área de concentração: Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: Labate, Beatriz Caiuby (Org.) Drogas e Cultura: novas perspectivas. UFBA. 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.

SILVA, Edivalda de Andrade; Teixeira, e João Paulo Allain. Direitos fundamentais como moralidade democrática. Disponível em <http://www.ascs.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/20111/Direitos%20Fundamentais%20como%20Moralidade%20Democr%C3%A1tica.pdf>. Acessado em 13.01.2015

SILVA, Jorge da. Militarização da segurança pública e a Reforma da Polícia: um depoimento. In: BUSTAMANTE, Ricardo & Sodré, Paulo César. Ensaios Jurídicos: o Direito em Revista. Rio de Janeiro: IBAJ, 1996, p. 501.

WACQUANT, Loïc. Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. Revista de Sociologia e Política. Curitiba. n. 13. nov. 1999, p. 4

_____. As Prisões da Miséria. Tradução: André Telles. 1999, Pág. 98.

WASELISZ, Julio Jacobo. O Mapa da Violência: Os Jovens do Brasil. Unesco: Brasília, 2006. ZACCONE, Orlando. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas. In.: Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Vol.: 14. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 181 a 194.).

ZALUAR, Alba. Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 76, citando CARLINI, 1993 e COTRIM, 1991.