

CONSERVADORISMO E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Uma reflexão crítica acerca do tratamento penal do usuário de drogas no Direito brasileiro

CONSERVATISM AND DRUG'S CRIMINAL POLICY IN THE DEMOCRATIC STATE: A critical analysis of the criminal treatment of the drug user in Brazilian Law

Fernando Antonio da Silva Alves (Doutor em Direito pela UNISINOS/RS. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da UNINASSAU/RN).

Resumo: Este estudo trata de uma breve análise crítica sobre a política criminal antidrogas adotada no Brasil, a partir da perspectiva da evolução do ordenamento jurídico brasileiro sob influência do pensamento conservador. Busca-se analisar o conceito histórico de conservadorismo, em sua forma clássica até atingir sua dimensão moderna, estabelecendo-se uma ligação entre o conservadorismo e a doutrina juspositivista. No assunto abordado, demonstra-se que é a partir da combinação entre conservadorismo e positivismo no século XIX, que será desenvolvida na intelectualidade jurídica brasileira, através do fenômeno do bacharelismo, uma concepção autoritária do direito, que irá redundar na aplicação de soluções penais para o problema social das drogas no país, servindo como obstáculo ao desenvolvimento de discursos despenalizantes ou descriminalizantes no que tange ao consumo de drogas neste país. A partir da crítica a uma concepção conservadora, presente no meio jurídico, acerca da figura do consumidor de drogas, observa-se que a aplicação do direito por meio de medidas coercitivas de caráter penal, apenas serve como elemento de estigmatização da figura do viciado em drogas, contribuindo para sua exclusão social, mais do que solucionar o efetivo problema do consumo e tráfico de drogas no país. Por fim, elaborando-se um enfoque crítico acerca dos principais dispositivos da Lei nº 11.343, de 2006, entende-se que somente a partir de uma ruptura do pensamento jurídico nacional com as amarras do conservadorismo, será possível conceber e efetivar medidas jurídicas solucionadoras da questão das drogas, através de formas não criminalizantes, ou ao menos na perspectiva de uma intervenção pena mínima.

Palavras-chave: Conservadorismo. Política Criminal. Drogas. Direito Penal.

Abstract: This study is a brief critical analysis of criminal drug policy adopted in Brazil, from the perspective of the evolution of the Brazilian legal under the influence of

conservative thought. Seeks to analyze the historical concept of conservatism, in his classical form until its modern dimension, establishing a link between conservatism and juspositivism doctrine. In subject matter, shows that it is from the combination of conservatism and positivism in the nineteenth century, which will be developed in the Brazilian legal intelligentsia, through the phenomenon of “bacharelismo”, an authoritarian conception of law, which will result in the implementation of solutions to criminal the social problem of drugs in the country, serving as an obstacle to the development of speeches for not penalize or not criminalize regarding the drugs consuming in this country. From the criticism of a conservative design, present in the legal community, figure about consumer of drugs, it is observed that the application of law through coercive measures of criminal character, only serves as a form of stigmatization of figure addict drugs, contributing to their social exclusion, rather than solving the actual problem of drug trafficking and consumption in the country. Finally, preparing to be a critical focus on the main provisions of Law No. 11,343, of 2006, it is understood that only after a break of thought national legal with the shackles of conservatism, you can design and implement legal measures solvers of drug issue, through non not criminalization, or at least from the perspective of an intervention minimum sentence.

Keywords: Conservatism. Criminal Policy. Drugs. Criminal Law.

INTRODUÇÃO

No documentário “Quebrando o Tabu”, exibido nos cinemas nacionais no ano de 2011 e dirigido pelo cineasta brasileiro Fernando Grostein Andrade¹, obtém-se por meio da sétima arte, um importante panorama de discursos sobre a questão das drogas, através de entrevistas com personalidades da política (como o ex-presidente da república brasileiro, Fernando Henrique Cardoso e o ex-presidente norte-americano Bill Clinton), da medicina (com profissionais conhecidos na mídia, como o médico Draúsio Varela), da polícia e de diversos outros segmentos da ciência, das letras e da academia (como o escritor Paulo Coelho). No filme, discute-se a possibilidade do Estado impor políticas alternativas ao tratamento legal das drogas e de seus usuários, levando em conta o fracasso do modelo atual, que prima pela criminalização. O filme polemiza com os tradicionais jargões governamentais de “guerra às drogas” e propõe medidas alternativas que não passem pelo crivo de soluções

¹ O documentário, filmado no ano de 2011, contou com grande contribuição do ex-presidente brasileiro, Fernando Henrique Cardoso, que, não obstante não ter pregado um discurso descriminalizante, no tocante à questão das drogas, durante seu governo, no filme realiza uma *mea culpa*, acreditando que, somente após ter passado anos observando que a política outrora adotada não era eficiente, decidiu por abordar tal questão sob um enfoque não criminalizante.

penais para o problema da drogadição. Certamente, não obstante a grande contribuição para o debate acerca do dilema do uso de drogas na sociedade moderna, o documentário de Andrade não esteve a salvo de críticas, e até mesmo do repúdio de integrantes dos segmentos mais conservadores da sociedade brasileira, encontrados em diversos setores, tais como: instituições religiosas, integrantes do aparato policial e do Judiciário, bem como de setores que ainda consideram o emprego de drogas ilícitas não como um problema de saúde pública, mas sim como caso de polícia.

No momento em que é discutido no Congresso Nacional um novo Código Penal, e são propostas alternativas à legislação vigente como a descriminalização do uso de drogas, o objetivo deste escrito é analisar até que ponto a política criminal adotada no Brasil (a exemplo de outras nações que adotaram mecanismos parecidos) encontra-se comprometida na sua gênese por uma forte influência do pensamento conservador, presente na doutrina jurídica brasileira e na forma como, politicamente, os gestores públicos tratam da questão do uso de drogas no país. Busca-se entender até que ponto o conservadorismo presente na comunidade jurídica nacional tem suas raízes no fenômeno do bacharelismo e sua referência teórica no positivismo (tanto o criminológico quanto o jurídico), ao ver o consumidor de drogas como um anormal, numa conduta tão aberrante quanto a do delinquente comum ou, se ao invés disso; é possível firmar uma compreensão de que o emprego de uso de drogas não consiste, por si só, num alto fator criminógeno, que leve a justificar sua severa punição por meio de sanções penais.

Naturalmente, o trabalho não se exaure nestas breves linhas, mas serve de contribuição teórica para o intenso debate acerca da criminalização ou da descriminalização do uso de drogas no Brasil, podendo-se estabelecer inicialmente nestas linhas os primeiros passos de novas reflexões ou ao menos o prosseguimento de velhas (e necessárias) discussões. Para isso, é preciso entender as bases históricas do pensamento conservador, seus desdobramentos na sociedade moderna e como e porque esta forma de desenvolvimento do pensamento tem se tornado ainda tão relevante, numa sociedade que passa constantemente por bruscas e nem sempre harmônicas mudanças no tratamento legal de problemas sociais como a drogadição; seja por aderir abertamente a programas repressivos, criminalizantes e estigmatizantes, seja por adotar uma linha de intervenção estatal mais terapêutica, não repressiva, mais consentânea a um discurso de manutenção dos direitos humanos, vislumbrando o problema das drogas como uma questão de saúde pública e assistência a dependentes químicos.

A agenda conservadora não é apenas seguida por representantes de segmentos institucionais tradicionais da sociedade, tais como os integrantes do meio religioso, mas também, principalmente, por atores jurídicos inseridos no debate sobre a política criminal de drogas no país. Isso revela traços de uma intervenção conservadora que vem desde a formação do Estado brasileiro, com o advento do bacharelismo, até a vasta adesão de setores de uma elite intelectual, oriunda da comunidade jurídica, que abraçou as teses positivistas (o braço científico do discurso conservador), contribuindo para um histórico de práticas repressivas e o emprego do aparato repressivo estatal, utilizado para propor soluções penais para problemas sociais graves, como o do aumento do consumo de substâncias entorpecentes e viciantes no âmbito de uma sociedade fraturada por diversos conflitos sociais.

É isso que se pretende demonstrar nas próximas linhas deste estudo, na tentativa de uma aproximação das teorias sociais que analisam o conservadorismo com a discussão jurídica e criminológica acerca do fenômeno da drogadição em nosso país. A tentativa do debate constitui num ponto de partida, como já foi asseverado, senão o prólogo de uma reflexão mais acentuada, sobre uma eficaz política de combate às drogas no Brasil, que pode colaborar para que mais operadores jurídicos dispam-se de preconceitos herdados pelo ideário conservador, na sua recusa contumaz às mudanças e transformações normativas, ao analisar a figura estigmatizada do drogado ou viciado em drogas como um enfermo e não como um delinquente, propiciando uma nova abordagem acerca desse fascinante, porém terrível fenômeno social.

1. O QUE É O CONSERVADORISMO?

Inicialmente, em termos sociológicos, entende-se por conservadorismo uma doutrina política e social baseada na defesa da tradição e na conservação de uma determinada situação ou período histórico referente à manutenção das condições sociais de pessoas e bens. A origem política do conservadorismo pode estar associada ao início do século XIX nos Estados Unidos da América, onde o Partido Nacional Republicano se intitulou conservador, ou no jornal criado por Chateaubriand, *Le Conservateur*, na França, no mesmo século, que defendia a restauração política e clerical do Antigo Regime, derrubado pela Revolução Francesa (NETTO, 2011, p.37).

Burke é indicado como o grande precursor do pensamento conservador, revelado em sua crítica à Revolução Francesa e em todo processo de transformação social desencadeado por aquele fato histórico (NETTO, 2011, p.44). Sua obra acerca do impacto da Revolução,

ocorrida nas décadas finais do século XVIII, é considerada o marco inicial do pensamento conservador. Burke não repudiava o capitalismo e nem a ascensão da burguesia como classe social que viria a se tornar dominante no século vindouro; mas sim estabelecia sua rejeição a um processo de revolução que empregava as massas, movidas por uma racionalidade antitradicionalista (NETTO, 2011, p. 45).

O apego à tradição é um dos principais traços do pensamento conservador. Trata-se de uma visão do processo evolutivo de uma sociedade sem rupturas com as instituições já estabelecidas. Por apresentar as características de um “anticapitalismo romântico”, o conservadorismo clássico defendido por Burke pretendia preconizar o contínuo desenvolvimento da sociedade capitalista, mas sem a ruptura com as instituições pré-capitalistas cuja crise fomentou o projeto revolucionário que eclodiu na França. Assim, a manutenção da organização familiar, o acentuado clericalismo com o reconhecimento do poder religioso da Igreja, o forte papel das corporações e a manutenção da hierarquia social são temas caros ao pensamento conservador em seus primórdios, sendo muito presente o emprego hoje, na sociedade moderna, de alguns desses temas a legitimar uma intervenção repressiva do Estado, principalmente nos discursos de Guerra às Drogas, como poderá ser visto adiante, onde uma das principais instituições a ser duramente atingida pela mercancia e uso de drogas seria justamente a família, ensejando a aplicação de sanções penais para protegê-la.

Entretanto, o conceito de conservadorismo torna-se problemático, por ser polissêmico, levando em conta que nessa polissemia não existe uma atemporalidade do pensamento conservador, de modo que ele pode ser encontrado da mesma forma em qualquer período histórico e em qualquer sociedade. Nesse sentido, estudiosos como Leila Escorsim Netto (2011, p. 46) esclarecem que, historicamente, o pensamento conservador surgiu como uma expressão cultural particular de um determinado tempo sócio-histórico, considerando a configuração em cada período e o desenvolvimento da sociedade burguesa. Se Burke defendia um pensamento conservador quase que saudoso do Antigo Regime, repleto de apego à tradição, à manutenção da desigualdade de classes e o respeito à autoridade eclesiástica, o conservadorismo moderno vai se estabelecer como uma reação da emergente classe burguesa (agora galgada à condição de classe dominante) ao crescente movimento operário e socialista que irá se desenvolver após a Revolução Industrial do século XIX, sepultando uma cultura progressista de transformação social, para se dedicar a defesa da manutenção de seu *status quo*, enquanto classe social. Desta forma, o rompimento com a tradição progressista é um dos

traços identificadores do conservadorismo, que estará presente tanto na sua fase clássica, pré-Revolução Industrial, como também na sua faceta moderna, com o advento da burguesia como classe detentora do poder político e econômico. O pensamento jurídico acompanha o pensamento conservador, tanto na sua fase restauradora e antiburguesa, numa perspectiva contrarrevolucionária de breçar os avanços conquistados com a revolução burguesa, como passa a ser um conservadorismo burguês que continua contrarrevolucionário, agora na perspectiva de combater o discurso revolucionário dos representantes da classe operária. No âmbito do direito, o sistema jurídico sempre será organizado como sistema legitimador da ordem política dominante, e isso não deixa de acontecer (mas, ao contrário, reforça-se) no período histórico de ascensão e consolidação da burguesia como classe dominante.

Chama-se, portanto, de conservadorismo clássico o período que vai de Burke até Comte, quando, numa virada histórica, o pensamento conservador se despe quase que completamente de seu clericalismo, e numa nova sociedade eminentemente burguesa, fortemente impulsionada pelo expansionismo industrial e o futuro surgimento do capitalismo financeiro, os militantes do conservadorismo irão entoar novos discursos, sem perceber algumas de suas características básicas, associando-se ao reacionarismo e ao pessimismo quanto à modernidade.

Na relação entre conservadorismo e reacionarismo, Netto observa que após a Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa, nas primeiras décadas do século passado, principalmente a partir da obra de Spengler (NETTO, 2011, p. 56), o conservadorismo deixa de apresentar o otimismo de sua fase histórica anterior, passando a ser impregnado por um pessimismo que vai marcar até hoje os discursos dos neoconservadores. Desta forma, pode-se dizer que o reacionarismo moderno é a face do pessimismo conservador, que irá redundar em movimentos políticos extremistas com o surgimento de grupos nitidamente reacionários, como o fascismo na Itália ou o franquismo na Europa.

Dentre as características presentes no conservadorismo, a defesa imprescritível da família (NETTO, p. 67) serve como uma das bases do discurso de intervenção punitiva ao fenômeno do consumo de drogas, levando em conta que a defesa da repressão penal aos usuários de drogas tem como uma de suas finalidades, segundo a propaganda governamental, o de evitar a destruição de famílias com filhos ou pais a deixar seus familiares em troca do vício, numa tétrica visão de completa desintegração social do indivíduo. Trata-se de uma das facetas pessimistas, características do conservadorismo, que irá impregnar a política criminal

de drogas, que será melhor observada no decorrer deste texto, mediante uma análise crítica de dispositivos da atual Lei nº 11.343, em relação aos usuários de drogas. Por hora, resta saber que, ao surgir como a promessa de revitalizar a legislação, revogando a antiga e anacrônica Lei 6.368, de 1976, no tocante à adoção de um novo tratamento penal da questão de drogas, na verdade, a Lei 11.343 apresentou tímidos avanços, no que tange ao afastamento da intervenção penal sobre o uso dessas substâncias, não indo além sobre a discussão acerca da descriminalização, permanecendo alterações normativas significativas nesse tema, apenas no que toca a despenalização.

Voltando aos caminhos adotados pelo conservadorismo na passagem do século XIX para o XX, alguns traços do conservadorismo clássico ainda irão influenciar o conservadorismo moderno até chegar a sua nova expressão no século XXI: o neoconservadorismo². Neste, podemos destacar a permanência da defesa da legitimidade da autoridade, fundada na tradição, onde o espírito desregulado da liberdade que pode levar a excessos individuais está sempre suscetível às moderações por parte da autoridade. Nesse sentido, conforme entende Giddens (1996, p. 40) a liberdade deve ser sempre concebida como uma liberdade restrita.

Como o homem é visto como um ser moralmente corrompido, como poderia ele ser livre em sua vontade, senão sendo governado? Por conta de ver no homem uma perversidade intrínseca a sua natureza, o que levaria a uma necessária contenção de sua vontade, a democracia é vista pelos conservadores como perigosa (e até mesmo destrutiva), no momento em que se permitir que cidadãos livres, a mercê de suas vontades, estabeleçam suas próprias regras a disciplinar sua liberdade individual em prol dos votos de uma suposta maioria, isso poderia fazer com que as mais cruéis opressões fossem direcionadas contra a minoria discordante. Daí a necessidade de dominação baseada num homem sobre os demais (princípio da autoridade), mantendo-se a desigualdade como necessária e natural num ambiente social. Para o pensamento de conservadores como Burke, a pregação da igualdade, na verdade, subverteria a ordem natural das coisas, pois a felicidade só seria encontrada através da virtude, considerada como verdadeiro vetor e referencial da igualdade, que seria encontrada não numa igualdade de condições sociais, mas sim numa igualdade de ideais, onde os verdadeiros homens bons e virtuosos encontrariam a sua satisfação, independente de suas

² Sobre isso, Giddens irá externar suas considerações críticas, afirmando que o chamado “neoconservadorismo” para ele é um conceito muito mais sociológico do que filosófico, aceitando influência do capitalismo e da democracia liberal, ao mesmo tempo em que questionam a ordem burguesa, como destruidora dos símbolos e práticas consagrados pela tradição.

condições materiais (NETTO, 2011, p. 61). É um típico discurso que ainda pode ser encontrado tanto em bairros tradicionais de grandes centros urbanos como em grotões nas regiões interioranas do país, articulado inadvertidamente por agentes políticos conservadores, em períodos de campanha eleitoral. Nesse sentido, jovens estudantes, intelectuais e artistas que pregassem uma igualdade de tratamento legal para usuários e não usuários de drogas, por exemplo, distinta da diferenciação penal entre consumidores e traficantes (CALEIRO, 2002, p. 328), teriam sérios problemas em enfrentar o pensamento conservador, que consideraria que protestos reivindicatórios como a “Marcha da Maconha” nas capitais do país, seriam mais um atentado dos corrompidos pela democracia, que nada teriam a acrescentar à política criminal, tendo em vista que a massa, efetivamente, não contribui para a criação política da autoridade estatal, mas sim é apenas manipulada pelos inimigos dessa autoridade, por uma maioria barbarizada, que necessita de autoridade e ordem para não destruir uma determinada coesão social.

Um dos poucos aspectos do conservadorismo clássico que não vai estar presente no conservadorismo moderno é o forte componente religioso. Na verdade, o clericalismo inicial do pensamento conservador vai ser substituído pelo positivismo, que terá larga influência nos desdobramentos do conservadorismo no século XX em diante, principalmente na formação do direito moderno. O direito penal não escapou dessa influência, principalmente no que tange a um certo princípio de invariabilidade de leis (NETTO, 2011, p. 68), que irá encontrar em Comte seus traços primordiais, mas que será introduzido fortemente nas ciências sociais a partir da teoria de Durkheim. O conceito de fato social do pensador francês será associado ao formalismo juspositivista germânico, que bem poderá ser observado no decorrer desse texto, a partir da análise aprofundada de Bobbio (1995, p. 51) sobre o tema. Por enquanto, importa saber que conservadorismo e positivismo caminharão de mãos dadas num processo histórico de afirmação de um direito penal que já nasce vetusto, em diversos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, desde o século XIX até as primeiras reformas penais do século XX, colocando óbices a projetos de transformação legislativa relacionados com as transformações da realidade social, como ocorre com a legislação antidrogas.

Hoje, para teóricos como Giddens (1996, p. 40), há mesmo de se falar em um neoconservadorismo, onde questões econômicas e políticas como o capitalismo e a democracia liberal são plenamente aceitos pelos neoconservadores, que se atém a uma crítica cultural e moral das instituições modernas. Como defensores da tradição, os conservadores, em sua versão moderna, acreditam numa manutenção da moralidade nos padrões dominantes

de uma velha sociedade dividida em classes e que tem como núcleo central a família. Os conservadores dessa nova época, entendem que fenômenos sociais que, de alguma forma, atingem essa organização social, tais como as drogas e a prostituição, devem ser combatidos através de sanções penais e não por meio de ações assistenciais do Estado. Predomina uma visão do ordenamento jurídico enquanto um corpo de normas que representa a autoridade estatal, enquanto representante dos interesses mais caros à tradição, na defesa de instituições tradicionais, tais como a família e a propriedade. Daí a necessidade da existência de um direito penal, e com ele todo um corpo de sanções endereçadas a todos aqueles que queiram de alguma forma, causar desestabilização social a organizações e instituições sociais que devem ser permanentemente conservadas.

2. CONSERVADORISMO E POSITIVISMO: uma relação de proximidade e complementação

Segundo Bobbio (1996, p.131-133), o positivismo jurídico tem, pelo menos, sete pontos fundamentais que estruturam sua doutrina do direito: 1) quanto ao modo de abordar o direito (teoria da validade do direito); 2) quanto a definir o direito (teoria da coatividade do direito); 3) quanto às fontes do direito (teoria da legislação como fonte preeminente do direito); 4) quanto à norma jurídica (teoria imperativista do direito); 5) quanto ao ordenamento jurídico (teoria da coerência e completude do ordenamento); 6) quanto ao método da ciência jurídica (teoria da interpretação mecanicista); 7) quanto à obediência ao direito (teoria da obediência absoluta à lei enquanto tal). Em cada um de seus problemas ou pontos fundamentais, a doutrina juspositivista buscou extrair os juízos de valor caros ao jusnaturalismo, permanecendo apenas com juízos de fato, a fim de estabelecer critérios de validade e invalidade para as normas jurídicas, nas suas definições avalorativas do que seria do campo do direito e do que não seria. Desta forma, em suas origens históricas, o juspositivismo desenvolveu uma definição do direito baseado na coerção.

Um direito definido em termos de coerção significa, para Bobbio, um direito estabelecido do ponto de vista do Estado. Nesse sentido, o positivismo jurídico encontra sua proximidade com o conservadorismo, sobretudo na teoria da autoridade (NETTO, 2011, p. 65), presente no pensamento conservador, que resvala na autoridade da tradição. Se o direito se desenvolve pelas relações da lei com o costume, a lei, enquanto fonte do direito, resulta da autoridade da tradição, e para mantê-la, utiliza-se do aparato do Estado para legitimar e fazer aplicar suas leis. Firma-se uma ideologia que combina traços conservadores com traços do

positivismo jurídico, para se estabelecer uma doutrina do direito presente durante os últimos dois séculos e que irá preponderar, sobretudo, na América Latina, em países de modernidade tardia como o Brasil, sujeitos a períodos históricos politicamente marcados pelo autoritarismo em sua trajetória política, e pelo emprego de um direito eminentemente coativo.

Na distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* feita por Thomasius, no século XVIII, separou-se a faculdade de se cumprir um dever que é recomendado (típico das normas éticas) e a obrigatoriedade de se cumprir um dever estabelecido obrigatoriamente por algo ou alguém que tem o poder de exigir à força seu cumprimento (BOBBIO, 1996, p.148). Assim, os imperativos da tradição, tão consagrada pelo pensamento conservador, tornam-se obrigatórios e marcam a passagem do positivismo ético para um positivismo jurídico, quando existe o poder do Estado de fazer com que os deveres perante a tradição (agora consolidados sob a forma de leis), sejam cumpridos pelos destinatários desses deveres. Imagina-se, portanto, como foi previsível a saída legislativa utilizada pelo poder executivo municipal, na cidade de São Paulo, no ano de 2011, quando foram internados à força consumidores de drogas de um conhecido ponto da cidade, conhecido pela venda de drogas (principalmente a droga conhecida como *crack*), na célebre “Cracolândia”. A controvertida operação policial que resultou numa série de críticas por parte de setores responsáveis pela defesa dos direitos humanos e do cidadão, onde a truculência policial, sob o pretexto do uso legal da força, resultou em diversos prejuízos a direitos individuais, teve embasamento no discurso punitivo de uma legislação que se arvora no império da lei, consagrada à condição de fonte principal do direito pelo positivismo jurídico, e proposta como única solução para os malefícios do uso de drogas, sob o argumento conservador do respeito à autoridade, fundada numa tradição que reforça a intervenção coercitiva do Estado.

Direito e conservadorismo por vezes se aproximam, portanto, e até se complementam, por meio da definição do direito enquanto coerção. A tradição precisa do direito para legitimar-se, e uma das formas dessa legitimação é por meio da coerção estatal. O Estado, na condição de detentor do direito oficial, emana autoridade, e é dessa autoridade que se vale o pensamento conservador para lidar com determinados problemas sociais. Torna-se simples, então, conceber o problema das drogas como um dilema da autoridade, uma vez que o poder tradicional da família não foi suficiente para conter o avanço de uma conduta que é considerada nociva, conforme os padrões da tradição. Compete ao direito a função reguladora que tanto agrada ao pensamento conservador, por meio do exercício da coerção, e essa coerção torna-se inerente às normas jurídicas, para resolver problemas sociais como o

consumo de substâncias que causam dependência físico-psíquica numa sociedade, onde prevalece a concepção de que esses problemas devem ser resolvidos pelo uso da força, na obrigatoriedade ou internamento compulsório de viciados, por exemplo. É desta forma que se delinea a teoria de Ross, onde o direito tem a função precípua de regular o exercício da força nessa sociedade (BOBBIO, 1996, p. 157). Através da força coercitiva da sanção, e, mais ainda, da força de uma sanção baseada na aplicação de penas; ao menos para os defensores do positivismo jurídico, a repressão penal aos consumidores de drogas ainda parece ser a solução mais adequada para os problemas do uso de drogas ou da narcodependência.

Em relação ao positivismo jurídico, e suas diferenças com o positivismo sociológico e o criminológico, pode-se dizer que, enquanto na sociologia o positivismo lida com fatos sociais numa perspectiva de uma ordem necessariamente coesa, onde, pela divisão do trabalho, cada um exerce uma determinada função; no positivismo jurídico essa necessidade da ordem repousa num conjunto de normas jurídicas válidas, que compõem o ordenamento jurídico. O critério da validade é sustentado pela eficácia na aplicação da norma que, no caso da norma penal, materializa-se com o emprego efetivo da força. Força e autoridade tornam-se um binômio interesse a respaldar o pensamento conservador no direito, a partir de sua vinculação ao positivismo jurídico.

O pensamento conservador ainda tem vários nexos de proximidade com o positivismo, tendo em conta que tanto um quanto o outro se amparam no problema da ordem e do controle para se obter uma coesão social (NETTO, 2011, p. 68). No caso do combate ao tráfico e consumo de drogas, como já foi comentado acima, a saída coercitiva para o problema da drogadição, seja pela aplicação direta de sanções penais com base na restrição de direitos, ou sob a forma de medidas coercitivas baseadas na imposição de multas para consumidores de drogas (como hoje prevê a Lei 11.343) e de prisão para traficantes, consiste na opção por duas soluções punitivas que se dirigem a condutas aparentemente distintas, mas que convergem em seu núcleo típico (a presença de drogas) para a mesma definição de crimes relacionados com substâncias ilícitas, mudando apenas sua forma de punição, onde um dos infratores é mantido preso e o outro não. Nesse sentido, o positivismo terá auxílio do pensamento conservador no tocante à fundamentação científica da necessidade de manutenção da coerção, em respeito à autoridade tradicional do Estado de impor a força nas condutas indevidas de supostos indivíduos indesejáveis, situados à margem do ambiente social por conta de seu vício.

No positivismo, o conservadorismo se cientificiza através da obra de Comte (NETTO, 2011, p.52), que busca desenvolver uma teoria social de estabilização da sociedade onde o problema da ordem torna-se uma questão crucial no desenvolvimento dessa sociedade. O positivismo complementa o conservadorismo ao propor uma ciência social que controle as crises da sociedade, restabelecendo uma ordem social fragilizada por suas próprias crises internas. Nesse sentido, a obra de Durkheim terá papel preponderante, ao propor uma integração social que incorpore os valores defendidos pelo conservadorismo (NETTO, 2011, p. 53). A existência de uma consciência coletiva, uma divisão social do trabalho em diversas funções sociais que devem ser mantidas e respeitadas, além da necessidade de certa ordem, mantida através de instâncias moderadoras dos conflitos na sociedade (regidas pelo direito), faz com que a sociologia positivista de Durkheim aproxima-se frontalmente do positivismo jurídico, aliançados sob uma base conservadora de valores que irão influenciar boa parte do ordenamento jurídico ocidental nos séculos XIX e XX.

Se os critérios para definir o direito são os de validade e a invalidade, como querem os positivistas, no lugar de valor e desvalor, como concebia o jusnaturalismo (BOBBIO, 1996, p.137), não interessa discutir qual a solução mais justa, para o problema do consumo de substâncias ilícitas que fazem mal a saúde humana, mas sim qual a solução válida apontada pela norma jurídica. Se uma norma válida não precisa ser justa para ser considerada válida, também a sanção coercitiva inerente à norma passa por um critério de validade e não de valor. A sanção é avaliativa, e desta forma, ela predomina nos ordenamentos jurídicos por influência do conservadorismo ligado ao respeito à autoridade da tradição, que considera as normas válidas não porque sejam justas, mas sim porque são respaldadas pela autoridade do Estado. A difusão dessa concepção sobre o direito através do positivismo jurídico, sobretudo na comunidade dos operadores do direito, terá fortes repercussões na formação dos doutrinadores e legisladores no Brasil, por meio do bacharelismo liberal que, apesar de qualificado como “liberal”, aparecerá na realidade jurídica brasileira com fortes traços conservadores.

3. O BACHARELISMO E A MANUTENÇÃO DE UM MODELO DE INTERVENÇÃO PENAL AUTORITÁRIO, COM FUNDAMENTOS CONSERVADORES

Chama-se de bacharelismo o fenômeno histórico surgido com a fundação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil e o surgimento da figura do bacharel em Direito, oriundo

de uma cultura marcada pelo individualismo político da sociedade burguesa e pelo formalismo legalista (WOLKMER, 2002, p.98). Nesse contexto, seja como forma de compor os cargos da burocracia do Império no século XIX, e na nascente República no final do mesmo século no país, ou como forma de realizar um ideal de vida voltado para a segurança de uma boa profissão e conseqüente ascensão social, a formação dos bacharéis em Direito nas academias jurídicas visava principalmente fornecer quadros na elite nacional, seja nos segmentos culturais, no periodismo, seja na formação de novos atores sociais na política do período. O discurso tecnicista, influenciado pelo positivismo, e o abuso do palavreado pomposo e ritualístico fez com que os discursos dos bacharéis em Direito afastassem-se dos reclames populares, revelando a existência de atores políticos cuja práxis revelava uma combinação de ideais conservadores e liberais.³

Nesse sentido, há muito da contribuição da postura conservadora dos bacharéis para se firmar um modelo jurídico cada vez mais excludente de indivíduos considerados à margem de uma moralidade conservadora, colocando a figura do negro escravizado ou do desocupado e vadio incorrigível que perambulava pelas ruas, envolto no vício do alcoolismo face ao profundo consumo de cachaça ou maconha, como párias, verdadeiros monstros sociais à mercê de suas próprias monstruosidades (FOUCAULT, 2002, p. 38). Na visão conservadora das elites locais, quaisquer indivíduos considerados à margem do sistema social deveriam ser tratados ora como criminosos, ora como destinatários de medidas sanitárias ou passíveis de internação para espaços destinados aos indivíduos considerados anormais, prevalecendo para eles a privação da liberdade em instituições médicas ou carcerárias.⁴ O fundamento conservador do autoritarismo de medidas penais destinadas a esse tipo de indivíduos encontra-se presente no discurso médico acerca da figura do consumidor de drogas, tido como um indivíduo anormal, perturbado ou, até mesmo, propenso à ilegalidades. É o mecanismo descrito por Foucault (2002, p. 25) de estigmatização e responsabilização penal do indivíduo por meio do exame psiquiátrico em matéria penal.

³ Muito mais conservadores do que liberais seriam os primeiros precursores das letras jurídicas no Brasil, segundo Antonio Wolkmer. Acentua-se que no contexto das instituições jurídico-políticas havidas no Brasil no decorrer do Império até o começo da República, a visão supostamente liberal dos operadores jurídicos brasileiros passou a se valer de uma roupagem nitidamente conservadora. Assinala Wolkmer que “com efeito, a especificidade do processo demonstra que a consagração do liberalismo como a principal ideologia do Estado Burguês nacional não chega a destruir, como poderia acontecer, o legado societário de cunho burocrático-patrimonial”.

⁴ Nos estudos de Michel Foucault sobre o crime e a sociedade disciplinar, há inúmeros estudos de caso, onde, através do exame psiquiátrico, desvela-se o discurso conservador de manutenção da autoridade contra aqueles indivíduos entendidos como monstro ou anormal, simbolizado pela figura do indivíduo perigoso.

O discurso médico-psiquiátrico contribuiu para a formação de um modelo penal responsável pela repressão aos consumidores de substâncias alteradoras de estados pessoais de percepção e, por isso, consideradas ilícitas. A visão do consumidor de drogas como delinquente passa pelo exame psiquiátrico, onde é buscado o comportamento por detrás do delito e não mais o delito em si, enquanto uma conduta violadora de normas. A gravidade do crime, no exame psiquiátrico, não se encontra mais na gravidade da conduta, e sim na própria pessoa do doente, na sua condição de anormal ou desviado. Na concepção de Foucault (2002, p. 21), por meio do exame psiquiátrico não é mais o juiz que julga, mas sim o médico; pois, ao final, não se buscará punir a infração, mas sim punir a doença que levou o suposto delinquente a praticar a infração. Num Judiciário baseado em laudos, a visão da punição como cura é muito empregada pelo modelo penal atual, em países da América Latina como o Brasil, por conta do predomínio da concepção (fundamentadamente conservadora) de que a punição penal pode servir como cura, um expediente terapêutico para o problema do consumo e vício em drogas.

Assim, o indivíduo perigoso poderia ser encontrado na figura do consumidor de drogas, justificando sanções penais, por ser ele a causa da anormalidade e não a conduta em si, praticada por ele, que é tida por anormal. Aqueles que são considerados perigosos adotam condutas que, segundo os padrões traçados pela tradição, vão de encontro às regras que respaldam a autoridade estatal tradicional, fugindo dos padrões de normalidade aceitos pelo conservadorismo, agindo conforme padrões próprios, ditados por sua própria individualidade, que acabam por ser interpretados como sintomas de anormalidade, que, por sua vez, os transforma em potenciais agentes de perigos. O indivíduo perigoso não é necessariamente um delinquente, pois pode nem ter praticado ainda um crime, mas é sobre ele que irá se debruçar o aparato penal (FOUCAULT, 2002, p.43). Afinal, no conhecimento médico sobre o crime, a droga, para a medicina, será um potencial indutor de moléstias, e como no saber psiquiátrico, a punição se deslocou da infração para a moléstia, será possível ver como presente no ordenamento jurídico brasileiro uma visão do consumidor de drogas como um indivíduo perigoso, cuja periculosidade encontra-se centrada na sua própria condição de drogado, e não nas condutas que dele possam ser associadas. Assim, como indivíduo perigoso, o consumidor de drogas, concebido como um indivíduo drogado, alucinado, desprovido de freios mentais e emocionais, será considerado um destinatário ideal das normas e sanções penais, tendo em vista o caráter terapêutico de um direito legitimado pelo conservadorismo, e cujas normas terão sua autoridade chancelada pelo positivismo jurídico.

Apropriando-se do discurso psiquiátrico através dos estudos da medicinal legal, todo um contingente de bacharéis passou a lidar com o fenômeno das drogas como se fosse um fenômeno criminal a assolar instituições sagradas mantidas pela tradição, como a família, apregoando soluções penais para um problema que só se avolumou no decorrer das décadas. Durante o decorrer do século passado, os legisladores do período procuraram tratar das drogas através de uma normatização que passava por sanções severas, destinadas tanto a usuários quanto aos fornecedores de drogas ilícitas. O magistrado, bacharel em direito, torna-se, então, guiado pelo discurso médico, um pretense paladino da saúde geral, do bem estar coletivo, e do interesse comum, quando se vale do aparato normativo de normas repressivas a fim de tipificar condutas tidas como anormais, e, conseqüente, qualificadas como condutas delituosas. Por influência do bacharelismo, o direito passou a exercer sua usual função de regulação social, não mais se materializando como instrumento de emancipação de camadas sociais e segmentos que buscavam o reconhecimento de direitos, mas sim de regulação, mesmo durante a evolução do direito de um Estado Liberal para um Estado Providência (SANTOS, 2001, p. 160). Durante esse período, que se estendeu nos últimos dois séculos, no âmbito penal, o posicionamento dos integrantes da comunidade jurídica acerca da questão das drogas pareceu permanecer o mesmo: uma completa intolerância quanto à propostas descriminalizantes que levassem a discussão sobre a drogadição a um ponto de vista muito mais administrativo-terapêutico voltado para um doente que voluntariamente procura ajuda, do que médico-penal, centrado na internação compulsória do viciado. Daí que, durante a vigência da Lei 6.368/76, a visão coercitiva da norma jurídica do positivismo jurídico predominava na aplicação da lei, fixando a obrigatoriedade do tratamento médico de drogaditos por conta de sua dependência (CARVALHO, 2006, p.19).

Segundo Boaventura Santos (2001, p. 163), a ciência do direito passou nos últimos séculos, de acordo com o processo histórico de transformação social e ruptura política iniciado com a revolução burguesa, de um conhecimento-emancipação para um conhecimento regulação, em que a modernidade passou a exibir traços de um direito que, ora se convertia em instrumento de luta e reivindicação social dos explorados; ora se manifestava como instrumento de manutenção de esquemas de dominação de uma classe ou categoria social sobre outras, na preservação de um determinado *status quo*.⁵ Nesse sentido, o

⁵ Algumas das principais características do direito moderno seria o cientificismo e o estatismo; ambos legados do pensamento positivista. Para uma regulação racional é necessário um corpo racional de leis abstratas, emanadas do Estado, que garantam a função regulatória do direito, que é, em última instância, a preservação da ordem e da regularidade das relações sociais.

conservadorismo contribuiu para essa consolidação do direito enquanto instrumento de regulação, no lugar de emancipação (SANTOS, 2001, p.151), quando o positivismo passa a se constituir na fundamentação filosófica do direito estatal. Como se trata de uma doutrina filosófica assentada na compreensão de uma sociedade enquanto ordem, a preservação dessa ordem será fundamental para o discurso conservador, valendo-se, inclusive de um direito sob a forma coercitiva, como forma de fazer valer essa desejada ordem a preservar, muitas vezes mantida por meio da aplicação de sanções aos violadores da ordem. Assim, uma série de condutas e comportamentos considerados como anomalias a uma determinada ordem social, será objeto de sanções e intervenções jurídico-penais, dentro do papel regulador que agora compete ao direito moderno, segundo o pensamento positivista, vindo por consagrar o ideário conservador de preservação da ordem, e da manutenção da autoridade da tradição.

4. DESTINATÁRIOS PREFERENCIAIS DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS CONFORME A ESTIGMATIZAÇÃO CONSERVADORA: O calvário legislativo do usuário de drogas

Uma política conservadora, sobretudo no âmbito penal, pode partir de esquemas de estigmatização guiados por um pessimismo (característica própria do conservadorismo moderno do século XX) que tende a identificar o usuário de drogas como criminoso e não como um indivíduo que necessite de uma prestação social do Estado, sob a forma de serviços de saúde pública. Por mais de um século, o conservadorismo presente no pensamento jurídico nacional legitimou uma estrutura autoritária do ordenamento, por meio da definição do direito enquanto coerção, criando o mito de uma segurança jurídica baseada no controle penal. Sobre isto, Vera Regina Andrade (2003, p. 268) aduz, informando que, nos últimos anos, determinadas variáveis, como posição social, etnia e condição familiar, condicionam a ação dos agentes do sistema penal, que operam, por sua vez, por meio de uma seletividade, onde são escolhidos os destinatários da coerção, definida esta como estrutura básica do direito e componente indissociável da norma, como quer o pensamento conservador. Nesse sentido, o usuário de drogas não está imune à seletividade forçada do sistema penal, e, ao contrário, figura ele como destinatário peculiar da coerção normativa, materializada na aplicação da norma penal e na adequação da conduta do usuário a tipo penal correspondente, a partir de uma subsunção da atividade do usuário de drogas pelo uso ou dependência de uma determinada substância à definição de um crime previsto na lei penal.

Segundo Alba Zaluar (2004, p. 171), no inquérito policial o Estado utiliza-se de uma construção simbólica, em que a confissão exerce um papel preponderante para afirmar o caráter delituoso de condutas relacionadas com o uso de drogas. É criada a imagem do infrator, bastando apenas uma mínima relação com o emprego ou fornecimento de drogas ilícitas para que alguém seja considerado traficante. A confissão, nesses casos, permite que o usuário diferencie-se do traficante, que, por sua vez, sempre nega sua conduta, por medo de receber uma punição mais severa. Na dúvida acerca da conduta do acusado, para a definição de uma conduta como tráfico ou apenas uso de drogas, os julgadores acabam por levar em conta a palavra do policial, que nos dizeres recortados por Zaluar, afirmariam que “morador de favela não mereceria o mesmo respeito”; ou seja, na falta de traficantes a serem autuados nos inquéritos, aproveitam-se os usuários. Na ausência de uma definição cabal de quem seja traficante, a distinção entre usuários e traficantes de drogas passa a ser dada discricionariamente pelo agente público, somente pela avaliação empírica da quantidade de droga que é encontrada com determinado indivíduo, mesmo que o uso da substância fosse supostamente direcionado ao consumo individual.

A dificuldade dos setores conservadores na discussão sobre uma política criminal de drogas, desviando o consumidor de drogas do alvo da repressão penal destinada a traficantes, diz respeito à negação da ruptura com o velho modelo autoritário, de cunho penal. A alternativa penalizante, dentro da estrutura em que foi se consolidando o arcabouço jurídico sobre o tema das drogas dificulta, por meio do discurso conservador, à transformação dos mecanismos de tratamento legal do usuário de drogas. Prevalece na visão conservadora a figura do drogado como um delinquente, e essa estigmatização parte de uma concepção do universo jurídico dividida entre destinatários da norma que cumprem com o mandamento proibitivo, evitando a sanção, e aqueles que insistem em descumprir o comando normativo, tornando-se, por isso, sujeitos à aplicação da sanção, sob a forma de pena, aplicada a transgressores definidos como autores de um fato típico, e portanto, entendidos consequentemente como criminosos.

Para os conservadores, se são perigosos, como deixar de atribuir sanções penais aos usuários e consumidores contumazes de drogas ilícitas? Equiparados à condição de monstros, muito mais por conta de sua definição jurídica (FOUCAULT, p. 72), do que por sua condição médica, o consumidor de drogas é concebido em sua anormalidade pelo pensamento conservador, como adepto de uma conduta que somente pode ser reprimida por meio da intervenção coercitiva do Estado. Para Foucault (2002, p. 91), a inteligibilidade do monstro

humano passa por sua condição de indivíduo a ser corrigido, cujo limite de correção encontra-se na família. Ora, a família é o principal grupo social exortado pelo pensamento conservador, na sua defesa da tradição. Como monstros são raros ou somente aparecem nos contos de fada para crianças, sobram os indivíduos incorrigíveis, que são muitos na sociedade. É para evitar que indivíduos a serem corrigidos tornem-se monstros, que o discurso punitivo através do direito ganha força, prevalecendo o direito penal, como opção para o tratamento estatal dos viciados em drogas, diante da monstruosidade de seu vício. Em sua relação com o vício, a norma penal acaba se transformando num instrumento dos conservadores para combater os monstros sociais. A lei penal torna-se a “espada de São Jorge” contra o “dragão” das drogas.

Separando-se a sociedade entre sadios e viciados, o sistema jurídico acaba sendo utilizado pelos conservadores como uma forma de manutenção de desigualdade de classes; uma vez que compete aos mais sadios as melhores condições econômico-sociais, enquanto que aos monstros, resta a punição à transgressão pelo fato de serem monstros. Afinal, a monstruosidade deixa de ser um desvio da natureza para se tornar um desvio legal, na definição jurídica do monstro estabelecida por Foucault (p.90), que passa a se delinear no direito moderno. A monstruosidade pode surgir em decorrência da enfermidade, que, por não ter sido controlada pelo direito, acabou por se transformar em infração. A monstruosidade gerada pelo vício das drogas, por exemplo, passa a ser concebida como uma mera irregularidade, um desvio, mais que ainda pode ser tipificado como um ilícito penal, como bem dispõe a redação do artigo 28 da Lei 11.343/2006. É curioso como os meios de comunicação contribuem para essa visão alegórica do viciado em drogas como um monstro, um anormal, concebendo os viciados em drogas como seres desumanizados e de fisionomia despedaçada, que enveredaram pelo caminho sem retorno do vício e da perdição.⁶ Seja em anúncios televisionados, propagandas ou mesmo em novelas reproduzidas no horário nobre na televisão brasileira, a imagem do usuário de drogas é sempre pincelada como a de um indivíduo degenerado pelo vício, incapaz de controlar seus próprios impulsos e, por isso mesmo, alguém que, pela sua periculosidade, precisa ser contido pelo Estado através de normas e sanções penais (CALEIRO, 2002, p. 325). A associação das drogas com caso de polícia mantém-se durante décadas na literatura criminal brasileira, seja na figura do malandro

⁶ Na novela *O Clone*, apresentada na Rede Globo de Televisão de 2001, e reprisada recentemente, dez anos depois, teve entre seu núcleo de protagonistas, a personagem Mel, interpretada pela atriz Débora Falabella, que na obra de teledramaturgia interpretava uma jovem de família abastada, que acabava se envolvendo num crescente e decadente vício em drogas pesadas. A forma quase caricatural, que o universo dos consumidores de drogas foi retratado, rendeu críticas no meio acadêmico, entre os defensores da tese de que a abordagem da novela, além de simplista, pecava pelo reducionismo ao discutir a complexa realidade do consumo de drogas.

de morro, com seu cigarro de maconha a desafiar a ordem dominante vigente, seja na sofisticada visão do crime organizado, com seus chefes do tráfico mantenedores de bocas de fumo, por sua vez guardadas por sentinelas munidos de metralhadoras à espera de uma legião de consumidores de classe média, que sobem até os pontos de venda de droga, a fim de suportar o seu vício. Diante de tais cenas, o discurso conservador impede a evolução de novas práticas descriminalizantes, na tentativa de adotar soluções pedagógicas ou clínicas, em caráter preventivo, a fim de retirar do vício milhares de indivíduos que, por conta de suas escolhas, agora são colocados no rol comum dos culpados, juntamente com traficantes e outros componentes do crime organizado, a lotar o ambiente carcerário.

Esse sistema legal tende não apenas a criminalizar o usuário de drogas, como também faz com que ele faça parte da extensa massa da população carcerária do país, assim como se dá nos estabelecimentos prisionais em outros continentes, como na Europa (WACQUANT, 2001, p. 114). Na realidade do hemisfério norte, onde é comum no cárcere a presença de consumidores de drogas, classificados como delinquentes comuns, o problema da criminalização encontra-se diretamente relacionado com o problema da superlotação carcerária, fazendo com que as prisões, ao invés dos hospitais, sejam lugares recorrentes para todos aqueles que tiveram sua enfermidade transformada em anormalidade, a ponto de o vício ser compreendido como uma infração, a violar padrões de normalidade concebidos pelo direito vigente, e que somente pode ser coibida através da severa sanção estatal, seja através da obrigatoriedade de tratamento, seja pela alternativa da prisão.

Um dos exemplos clássicos de manutenção do conservadorismo, no seu traço distintivo de legitimar as desigualdades de classe, por acreditar que tais desigualdades são inerentes à formação social é o estabelecimento da prisão especial na legislação processual brasileira (artigo 295 do Código de Processo Penal), diz respeito ao instituto processual da prisão especial, conforme é observado na crítica de Eugênio Pacelli de Oliveira, quanto à manutenção estatal da desigualdade social nos estabelecimentos prisionais brasileiros, destinados preferencialmente aos menos favorecidos, dos quais, dentre eles, podemos destacar consumidores de drogas, de baixa renda (OLIVEIRA, 2012). Lá se percebe que, mediante uma abordagem da criminologia crítica, o mito da igualdade penal desaba conforme se observa a manutenção de um sistema prisional, onde determinadas pessoas ficam separadas de outras, em função de sua escolaridade, cargo que ocupa ou condição social, revelando traços indeléveis do paradigma conservador ainda a vigorar no direito processual penal. A estigmatização conservadora coloca os representantes das classes sociais menos favorecidas

como os destinatários preferenciais de um sistema que, propositadamente, pois seleciona aqueles a quem serão aplicadas as normas punitivas. Nesse sentido, os consumidores de drogas tem um mesmo lugar reservado aos traficantes e demais criminosos, contemplados pela mesma lei (a 11.343), que em sua ementa, adota uma linguagem contraditória quanto ao que pretende a lei no que tange ao tratamento penal do usuário de drogas, e o que efetivamente acontece, com a tipificação da conduta de uso de entorpecentes como conduta criminosa. Ora, a ementa diz em um de seus trechos: “... prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, mas, ao mesmo tempo, mantém a conduta de uso como conduta delituosa. Parece que a resistência conservadora à concessão de um novo status normativo ao usuário de drogas, de infrator a mero consumidor, ainda não surtiu efeito na reforma legislativa, permanecendo os usuários presos a uma condição de criminosos, mesmo que sua conduta tenha sido despenalizada.

5. DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO NA DISCUSSÃO SOBRE AS DROGAS NO BRASIL: Algumas considerações críticas sobre a Lei nº 11.343 e as investidas conservadoras para a redação de seu texto

Descriminalização e despenalização são fenômenos inerentes ao direito penal enquanto um subsistema do direito que, numa sociedade democrática, surge e atua sob os moldes de um princípio da intervenção mínima, que conclui pela aplicação da norma penal como *ultima ratio* diante de situações sociais que não dispensam a aplicação de sanções, para garantir a efetividade de normas jurídicas.

Na verdade, o discurso da descriminalização está voltado, igualmente, para o vislumbre do comportamento singular do usuário de drogas, voltado para o mero consumo de uma substância considerada entorpecente, como um exercício do direito de liberdade; pois esse direito se remete, inclusive, ao direito de ser livre para consumir o que bem desejar. Tal direito está esculpido em dispositivos constitucionais, mormente no artigo 5º, II, da Constituição Federal, que estabelece como único limite a essa liberdade aquele estabelecido pela própria lei. Portanto, não se trata de punir uma conduta como proibida em si, como ocorre com as condutas típicas; mas sim o de proibir determinada substância, cujo conteúdo é considerado ilícito, e, doravante, proibir seu consumo, o que deveria implicar, no máximo, em uma sanção administrativa pelo consumo de substância ilícita e não em ter como ilícita a própria conduta de consumir, quanto mais criar um ilícito penal por conta do mero consumo de uma determinada substância, considerada ilegal.

Salo de Carvalho (2006, p.108) denuncia o juspositivismo dogmático no direito penal, que tende a produzir, segundo ele, uma ignorância acerca da força normativa da Constituição na discussão sobre a descriminalização. Ora, uma suposta recusa à constitucionalização das leis penais repousa na formação conservadora do bacharelismo no Brasil, fortemente vinculado à concepção positivista de se entender o problema da norma como um problema de coerção. Assim, o respeito às liberdades individuais é, por vezes, ignorado ou relegado a segundo plano, em prol de uma visão punitivista do ordenamento infraconstitucional. Assim, iniciativas que visem a minimizar o intervencionismo penal, tais como políticas de descriminalização de condutas outrora tidas como delituosas, encontram situações de resistência, debaixo de uma saraivada de críticas conservadoras, como, por exemplo, naquelas críticas centradas em argumentos de que, incentivar a descriminalização das drogas implicaria, forçadamente, num aumento automático de seu consumo e numa conseqüente desagregação da organização familiar. Questiona-se, portanto, pelo argumento conservador, a efetividade de políticas não criminalizantes a respeitar liberdades individuais, mesmo que consagradas constitucionalmente.

Sobre a efetividade do texto constitucional na defesa das liberdades, movimentos teóricos identificados com o neoconstitucionalismo de ordem garantista, como o expressado por Ferrajoli (2008, p.202), debatem sobre essa efetividade, sobretudo no que tange ao processo de despenalização. Para o teórico italiano, o tema da despenalização passa por duas questões básicas: a) a primeira, relacionada entre um direito penal mínimo e sua eficiência, onde o Estado pode se valer de um aparato judicial que concilie respeito às garantias individuais, ao mesmo tempo em que combate as ofensas mais graves a essas garantias, mediante a repressão penal a grande criminalidade; b) a segunda questão, relacionada com o vínculo entre o direito penal mínimo e a credibilidade do direito penal, por onde se questiona se uma inflação legislativa em matéria penal não contribuiria para gerar uma maior incerteza e insegurança jurídica, quando aos perigos de uma expansão punitiva, baseada no desaparecimento dos confins do que seria ou não seria um ilícito penal, contribuindo não apenas para uma restrição indevida de liberdades, mas também para a geração de uma cultura de corrupção e arbítrio na aplicação de leis penais. Essas questões tratam dos graves problemas relacionados com a manutenção conservadora de um modelo penal, baseado na criminalização e na categorização do indivíduo consumidor de drogas como um mero infrator, sujeito às medidas coercitivas, de natureza penal, como única forma de combater o seu vício.

É assim que se materializa a legislação vigente sobre drogas no país, à espera de uma eventual atualização legislativa.

Ora, observa-se que na redação do projeto de lei que antecedeu a publicação da Lei 11.343, foram vetados dispositivos que compunham o Capítulo III do Título II da Lei de Drogas, e que se referiam a atribuições específicas dos órgãos que compõem o SISNAJ (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas). Ora, nas atribuições desses órgãos previstas no texto revogado, era possível indicar os responsáveis por medidas de caráter terapêutico voltadas ao atendimento de usuários e dependentes pelo Sistema Único de Saúde (SUS), além da regulamentar ações que visassem reduzir danos e riscos sociais à saúde, de maneira bem distinta daquela destinada aos órgãos responsáveis pela repressão penal (BIZOTTO, 2010, p. 23). Observe-se ainda que, não obstante o art. 1º da 11.346, ao ter instituído o SISNAJ, ter estabelecido diferença entre usuários (consumidor eventual de drogas) e dependentes (o doente por drogas), o vigente art. 28, que criminaliza a posse para consumo, não estabelece qualquer diferença entre as duas modalidades de consumidores de drogas descritos no art.1º da lei, estando ambos sujeitos às medidas coercitivas previstas no texto legal.

O pessimismo reacionário típico do pensamento conservador, em relação às propostas não punitivas relacionadas ao emprego do aparato estatal na questão das drogas, serve como obstáculo para que propostas descriminalizantes avancem, no sentido de apontar para reformas na legislação antidrogas, a ponto de evitar soluções eminentemente penais para o problema da drogadição. Assim, os discursos de descriminalização cedem lugar à despenalização, como alternativa à resistência legislativa de desvincular, em definitivo, a discussão sobre drogas do âmbito penal. Por meio da despenalização, a manutenção da conduta do consumidor de drogas (usuário ou dependente) como crime, não apenas agrada ao pensamento conservador, que o vê como um destinatário natural de medidas coercitivas (sejam elas através de um tratamento médico obrigatório, ou, se for o usuário tratado como traficante, pela prisão), mas também como forma de exercer o caráter de prevenção geral da norma penal, no momento em que a função da norma não seria a de curar o consumidor de drogas, mas sim apenas de alertá-lo para as consequências legais decorrentes de sua conduta relacionada com o vício. Assim, até mesmo condutas como a de integrantes de movimentos sociais que defendem a legalização das drogas, podem ser vistas como incitação ou apologia ao crime, na forma dos artigos 286 e 287 do Código Penal, respectivamente, incidindo a norma penal contra os defensores de movimentos de legalização como a “A Marcha para a

Maconha”. Afinal, o art. 28 da Lei 11.343, apesar de não prever sanções penais como a privação de liberdade (livrando-se o consumidor de drogas, autuado pela polícia, da prisão), ainda estabelece que a conduta descrita no dispositivo legal seja crime, estando ela inserida no Capítulo III, Título III, que trata dos crimes e das penas.

Apesar da permanência do consumo de drogas como um tipo penal no ordenamento jurídico vigente, Carvalho (2006, p.152) afirma a insustentabilidade jurídica da criminalização das drogas no Brasil, quando afirma que a permanência da criminalização nesse tema, implica numa violação a princípios presentes no ordenamento e previstos constitucionalmente, como os da lesividade, intimidade e inviolabilidade da vida privada. A manutenção do modelo punitivo, centrado na anormalidade médico-psiquiátrica do consumidor de drogas, interessa apenas para um determinado padrão moral de conduta: aquele relacionado com a defesa da tradição, tão cara ao pensamento conservador, que, não obstante os profundos gastos estatais na preservação de práticas criminalizantes, ainda opta por este modelo, em prol de uma sociedade dos mais saudáveis, no lugar dos mais enfermos ou anormalizados pelo efeito das drogas. O direito penal fica então, na triste posição de referendar um modelo jurídico excludente, que pune alguém pelo que ele é e não pelo que faz, intervindo sobre a condição pessoal de alguém que escolheu consumir esta ou aquela substância, seja em caráter experimental, seja por que dela desenvolveu dependência, e cujos riscos, que são de seu conhecimento, implicam na busca ou não por um subsequente tratamento médico voluntário, e não como uma obrigação imposta pelo Estado, sob pena de sujeitar-se a multas ou a qualquer outras formas de sanções aparentemente não punitivas, mas que conservam as características de sanção penal, mesmo no âmbito de uma despenalização.

A redação do artigo 28 da Lei nº 11.343, por sua vez, não impede que este seja criticado por sua inconstitucionalidade, tendo em vista que não há, na conduta do usuário ou dependente de drogas, qualquer violação à liberdade, interesse ou bem jurídico de terceiro, o que configuraria aplicação do princípio da lesividade, previsto no direito penal (BIZOTTO, 2010, p. 45). Em sua escolha pelo vício, o consumidor de drogas só lesa a si mesmo, no comprometimento futuro de sua saúde e vida, por conta da sua opção individual pelo uso de substâncias que, além de alterarem a percepção, também alteram morbidamente o funcionamento do organismo humano. Assim como o suicídio, a autolesão, ou o dano à coisa própria, o maior interessado em sua recuperação é o próprio drogado e não o legislador, prevalecendo constitucionalmente, ao invés do coletivismo da organização familiar, de

orientação tipicamente conservadora, o individualismo em seu lugar, com todos os seus ônus e bônus próprios do liberalismo progressista e anticonservador.

CONCLUSÃO

Se, até o momento, foi possível identificar que o problema da inércia legislativa, no sentido de avançar mais profundamente na perspectiva de uma reforma radical do tratamento legal do usuário de drogas no Brasil, no sentido de sua completa descriminalização, é resultante do peso do pensamento conservador, deve-se verificar agora quais seriam as alternativas possíveis para a introdução de uma nova política legislativa, que leve em conta soluções não penais para a questão das drogas no país. Uma vez firmada a conclusão de que muitas das iniciativas de reforma da legislação sobre drogas não foram adiante no Congresso Nacional, por força das imposições e recusas de segmentos conservadores do parlamento, cabe a indagação de como políticas alternativas podem ser traçadas, por caminhos não mais tão somente despenalizantes, mas também descriminalizantes, com fins de se estabelecer um novo marco jurídico da discussão da questão das drogas no Brasil.

O conservadorismo em si, como já foi observado, é uma característica intrínseca da sociedade moderna, tanto quanto os discursos revolucionários ou de transformação. Sua importância já foi destacada e sua presença no debate legislativo é mais do que esperada, é até previsível e necessária. Por mais que padecesse de transformações contínuas e constantes, uma sociedade tida como moderna jamais poderia prescindir de seus conservadores. Portanto, a questão crucial não passa por expulsar os conservadores do debate sobre a questão das drogas, mas sim de como derrotá-los no cenário argumentativo. Nesse sentido, resta saber até que ponto o peso dos posicionamentos conservadores no processo legislativo pode influenciar ou não no debate, ao ponto de questões cruciais, como o tratamento jurídico do uso de drogas e seus usuários, não permaneçam paralisadas. Na verdade, um dos pontos mais importantes da discussão é de como os discursos conservadores podem ser enfrentados, no que tange à confrontação de dois modelos: a) um apoiado pelo segmento conservador, baseado na atual política criminal e suas conseqüentes falhas no que tange à resolução do problema principal; b) o outro modelo, ainda não experimentado, baseado em iniciativas influenciadas pelo direito

comparado, onde surge a possibilidade de descriminalização como uma perspectiva revolucionária, diante do imobilismo constatado no atual modelo conservador.

Como em sua versão positivista, o conservadorismo presente na tradição jurídica brasileira vê preferencialmente o direito como coerção, é natural que a saída coercitiva seja a alternativa normativa mais aplicada ao problema das drogas, com conseqüente internação e tratamento compulsório de consumidores dessas substâncias, tratados como infratores, ainda que sejam meros viciados habituais ou mesmo enfermos em situação de dependência, sob a égide da legislação penal. Como a conduta do usuário de drogas é vista como uma anormalidade, prevalece o discurso médico-psiquiátrico, embalado pela defesa conservadora da tradição, impondo penalizações a condutas não tradicionais, ou contrárias às instituições tradicionais protegidas pelo pensamento conservador, como a família. A lei penal serve, nessa perspectiva, como forma de afastar as drogas desse núcleo social, sob o pretexto intimidatório da norma penal, na punição tanto de traficantes como de consumidores.

A saída pela descriminalização ainda não encontra eco no pensamento conservador em função dos argumentos já apresentados, sendo difícil para o movimento conservador propor soluções normativas menos severas, dentro do aspecto de um direito terapêutico, uma vez que a perspectiva conservadora da norma inibe ímpetus mais libertários por parte do segmento conservador responsável pela elaboração de normas penais. Mesmo assim, é possível que entre os defensores da liberdade de expressão, presentes no Parlamento, ecoem vozes de milhares de indivíduos submetidos a uma grave e injusta situação de tolhimento de sua liberdade individual, secundarizados em seus interesses em prol das razões de Estado no lugar da razão do indivíduo. Sob o jargão de defesa da saúde pública como bem jurídico, o que se tutela na norma penal, na verdade, é o interesse singular do Estado, distanciado do interesse público, preso ideologicamente a um paradigma conservador, dominante na cena legislativa e na comunidade jurídica brasileira. A defesa da saúde pública no combate às drogas pela lei penal, apenas disfarça mecanismos autoritários embutidos no discurso conservador de manutenção da tradição e de emprego do direito como instrumento de coerção, simbolizado na autoridade estatal responsável pela punição de consumidores de drogas, concebidos como indivíduos infratores.

Portanto, é possível que, a partir da confrontação de modelos, explorando seus resultados no tocante à eficácia (criminalização X descriminalização) seja possível vislumbrar uma alternativa pragmática na reforma da legislação vigente, a desafiar o conservadorismo

reinante, no que tange à reforma do modelo normativo vigente acerca da questão das drogas no país. A busca legislativa de experimentos normativos, no âmbito de criar alternativas legislativas possíveis, de cunho terapêutico, ao problema das drogas, como a criação de órgãos ou a delegação de atribuições à entidades da sociedade civil, no sentido de buscar medidas preventivas no âmbito da saúde pública, bem como uma política de redução de danos destinada àqueles que já se encontram em situação de drogadição, talvez colabore para a construção de um modelo que, no futuro, supere o ultrapassado e desgastado modelo punitivo, baseado na normatização do problema das drogas, sob um ponto de vista eminentemente coercitivo ou sancionador.

Por fim, é importante salientar, nos dizeres de Ripollés (2007, p.95), que movimentos como os dos defensores de políticas de lei e ordem, que impulsionam novas políticas expansivas no direito penal, devem ser vistos com cautela, uma vez que muitos desses movimentos, ao surgirem com propostas de modernização do ordenamento jurídico diante do fenômeno criminal, por repetidas vezes contribuem mais para uma desarrazoada expansão punitiva, que, por pecar em sua falta racionalidade, ocorre em prejuízo da manutenção de direitos fundamentais, como a liberdade individual. Entende-se que, nesse sentido, tais movimentos mantêm uma íntima relação com o conservadorismo dominante no pensamento jurídico brasileiro de linha positivista, responsável por uma visão, sobretudo, coercitiva de problemas sociais como o consumo de substâncias que implicam no malefício, a curto ou longo prazo da saúde humana, mas que não deixam de ser resultado de uma escolha, ou opção individual.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BIZOTTO, Alexandre, RODRIGUES, Andreia de Brito, QUEIROZ, Paulo. **Comentários críticos à lei de drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CALEIRO, Maurício de Medeiros. O clone: mistificação, omissão e o marketing social como discurso totalitário. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUIDDENS, Antony. **Para além da esquerda e da direita**. Tradução Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996.

NETO, Leila Escorsim. **O conservadorismo clássico**. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

QUEBRANDO O TABU, Produção de Fernando Gronstein de Andrade. São Paulo: Spray Filmes, 2011. Filme (74 min).

RIPOLLÉS, José Diez. De la sociedade del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.