

# Jornal Eletrônico

Faculdades Integradas Vianna Júnior

ISSN 2176-1035

Ano V – Edição I – Maio 2013

## **A DESCRIMINALIZAÇÃO OU LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS? uma breve análise com base nos princípios filosóficos do utilitarismo e o princípio da intervenção mínima**

Carlos Leonardo Costa Alvarenga<sup>1</sup>

Nathália Christina Caputo Gomes<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O intuito deste trabalho é fazer um breve estudo acerca do assunto da descriminalização e a legalização das drogas no Brasil. Para isso será demonstrado pontos positivos e negativos da adoção das políticas supracitadas, tendo em vista que o tema discutido no presente estudo demonstra que a forma com que os usuários de drogas são tratados no país não tem solucionado ou amenizado o consumo excessivo de entorpecentes. Todo este processo de uma síntese análise sobre a questão levantada será embasado em pesquisa bibliográfica e documental a partir de princípios filosóficos, doutrinários e jurídicos.

**PALAVRAS CHAVE: DESCRIMINALIZAÇÃO. LEGALIZAÇÃO. DROGAS. UTILITARISMO. INTERVENÇÃO MÍNIMA.**

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior

<sup>2</sup> Acadêmica do 7º período do curso de Direito nas Faculdades Integradas Vianna Júnior

## **INTRODUÇÃO**

Com o passar do tempo, cada vez mais se torna evidente que a guerra contra as drogas foi um fracasso, tanto no que se refere à corrupção por parte dos traficantes e governantes, como quando se faz uma análise quantitativa dos usuários de drogas. Observa-se que cresce o número de adolescente que vão contra à lei quando se trata dessa questão, sendo assim, resta claro que política adotada deve ser mudada para surtir os efeitos pretendidos, qual seja, reduzir o consumo de entorpecentes.

Desse modo, pretende-se com este trabalho, fazer uma apreciação acerca do consumo de drogas no Brasil, em busca de uma solução para o consumo indiscriminado e sem critério desses entorpecentes. Todo este processo de uma síntese análise sobre a questão levantada será embasado em pesquisa bibliográfica e documental a partir de princípios filosóficos, doutrinários e jurídicos, levando-se em consideração a felicidade da maioria, sem dispor dos Direitos Individuais, que foi denominado por Bentham como Utilitarismo; bem como princípio do dano defendido por Stuart Mill e o posicionamento de Devlin acerca do banimento de certas práticas antes mesmo que o fato se torne lesivo a alguém.

Ademais, o presente estudo irá tratar da tolerância liberal defendida por Dworkin, Princípio da Insignificância defendido por Roxin e Minimalismo Penal alegado por Zaffaroni, relacionando-se ao tema da política mais eficaz para controle das drogas comercializadas no país.

### **1 DESCRIMINALIZAR OU LEGALIZAR?**

Antes de qualquer posicionamento crítico ou argumentação, é preciso definir claramente o significado, a abrangência e a intenção das alternativas apresentadas em debates sobre a “Descriminalização ou Legalização das Drogas”.

Segundo o Dr. José Theodoro Corrêa de Carvalho, Promotor do Ministério Público do Distrito Federal, algumas alternativas são importantes para solução do combate as drogas no Brasil. Segundo ele:

A primeira e mais radical das propostas em voga é a liberação total da venda e do consumo de drogas. Ao argumento que a guerra contra as drogas é um fracasso, devido ao aumento do consumo e da traficância, além da ineficácia do sistema ressocializador (...) A segunda proposta é a de legalização e regulação da venda de todas as drogas, como forma de combater as máfias destinadas ao tráfico e garantir a qualidade do material oferecido para evitar overdoses. (...) Outra hipótese seria a legalização apenas do consumo individual de todas as drogas, que seriam tratadas como o álcool ou o tabaco. (...) Outra solução seria a descriminalização do uso, com a manutenção da proibição somente na esfera administrativa. Deixaria de ser crime, mas continuaria sendo proibido. (...) Liberação da maconha para uso medicinal (CARVALHO,2010).

Coadunante com as propostas, as alternativas aparecem em parâmetros bem semelhantes no texto do Doutorado da UFMG, Paulo César de Campos Morais (2001) pesquisador da Fundação João Pinheiro, defende algumas alternativas para solução do problema enfrentado atualmente com o uso das drogas. São quatro opções: a) a primeira opção seria a legalização, no sentido de que o Estado submetesse o uso de drogas a alguma legislação para regulamentar sua venda, composição química e quantidade; b) a descriminalização, a fim de retirar o controle do Estado total ou parcialmente; c) a alternativa de utilizar a droga como modelo de prescrição e manutenção médica; d) como quarta alternativa, efetuar o tratamento e reabilitação de dependentes e usuários.

O mesmo pesquisador traz a tona algumas afirmativas feitas pelos defensores da anti-criminalização das drogas, como as alegações de que, a ilegalidade acarreta a elevação de seu valor de mercado, o que por consequência atrai os traficantes para um negócio altamente lucrativo, ao passo que com a legalização o lucro do tráfico seria eliminado. Ademais, as drogas legais, atualmente, são mais nocivas do que as ilegais, e a proibição por si só não é capaz de impedir o abuso na utilização dos entorpecentes, bem como a legalização também por si só não eleva o consumo, pelo contrário, a proibição é que estimula a distribuição e o uso de drogas, principalmente, as mais perigosas. Outro ponto ocorre com as drogas mais

perigosas, que são mais lucrativas, sem controle da pureza e da sua potencialidade. Por fim, cumpre ressaltar que os defensores da legalização afirmam que a persistência em prender os traficantes vem acarretando violação de liberdade civil de cidadãos e, o custo da repressão é altíssimo e não vem atingindo êxito.

A princípio, no Brasil são defendidos alguns modelos de descriminalização das drogas no âmbito mundial, como na Suíça, Holanda e Portugal, este último defendido com maior intensidade pelo ex-presidente e sociólogo Fernando Henrique Cardoso.

## **2 “QUEBRANDO O TABU” E O COMBATE ÀS DROGAS**

Respaldado em pesquisas mundiais e opinião técnica e política, principalmente do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, foi lançado um documentário denominado “Quebrando o Tabu” de Fernando Andrade (2011), no qual o ponto central era encontrar argumentos e alternativas de combate as drogas anteriormente citadas, com intuito de iniciar um debate sobre o assunto e formar opiniões na sociedade brasileira para que o cenário atual das drogas, em nosso País, seja alterado.

O início do filme tem intuito de demonstrar o ponto de vista do ex presidente Fernando Henrique Cardoso sobre políticas de combate as drogas no período de seu mandato. No entanto, naquela época ele não tinha as informações necessárias para tratar o problema das drogas como hoje, pois, de acordo com suas próprias palavras, antes “o homem médio acreditava que se combatia as drogas com a ação da polícia”, e nos dias atuais o referido sociólogo acredita que o combate deve ser feito de forma diferente.

A partir desse ponto, o filme se desenvolve descrevendo o fracasso da política americana de “guerra as drogas”, a qual não funcionou e não funciona, visto que tais práticas facilitaram a corrupção dos governantes e traficantes. Nesse mesmo diapasão, os usuários de drogas notaram uma contradição no

posicionamento estatal frente ao combate a utilização de entorpecentes, principalmente no que tange a questão do álcool, visto que este é mais prejudicial a saúde em comparação a maconha, e ainda assim o fumo de “*cannabis sativa*” não é permitido nos ditames da lei, enquanto o consumo de bebida alcoólica não possui nenhum impedimento e nem está submetido a sanção penal. Tal percepção causou um descrédito populacional nas práticas estatais de regulamentação e controle sobre o uso de entorpecentes. Essa descredibilidade fez com que os usuários continuassem a financiar o tráfico, aumentando conseqüentemente a utilização das drogas.

Assim, o filme, leva ao entendimento de que a política de “guerras contra as drogas” deve ser alterada, mesmo que para isto seja necessária profundas mudanças no âmbito penal e nos costumes e tradições da sociedade, ao ponto de recorrermos a legalização ou descriminalização das drogas para obter êxito nesse combate.

Um depoimento muito importante é do ex presidente dos EUA, Jimmy Carter, quando relata:

Você precisa entender que, muitas vezes, esses esforços que dependemos para acabar com a produção da coca (Plan Colômbia ou Plano Colômbia – Cashing In on the Drug War Failure), esbarra no uso tradicional da folha de coca, de cunho privado, pessoal (v.g. os indígenas colombianos em seus rituais). Este é um dos motivos pelos quais o gasto de enormes quantias de dinheiro com aviões pulverizadores e armas não tem sido eficaz (ANDRADE, 2011).

O que corrobora com tal depoimento é o relato seguinte apresentado no filme, acerca dos prejuízos da política de combate as plantações de coca na Colômbia, que afetam as demais plantações de alimentos (v.g. milho), quais são também exterminadas com as fumigações aéreas.

Ademais, vale ressaltar que apesar de tanta exposição de idéias, inúmeras argumentações e fundamentações, não há posicionamento doutrinário ou jurisprudencial com relação a tal fato; até porque inexistente até o momento uma definição nacional quanto ao uso das drogas, o que há em nosso país atualmente é um debate polêmico e de grande repercussão em nossa sociedade.

Assim, resta necessariamente, uma fundamentação filosófico-jurídica acerca do assunto “Descriminalização ou Legalização das Drogas”, baseada nesses breves relatos, com intuito de aprofundar a ideia, porém com diferentes ângulos, quais sejam, ideologias do Utilitarismo de Bentham, princípio do dano de Mill, críticas ao utilitarismo de Dworkin, paternalismo de Devlin, todas conjugadas com o princípio da intervenção mínima de Roxin.

### **3 O UTILITARISMO DE BENTHAM SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO DE DANO DE MILL**

Para iniciar essa parte do estudo é necessário trazer a informação de que na exegese do estudo histórico-filosófico do utilitarismo, a intenção primordial deste ideal é de buscar o equilíbrio e o melhor caminho para o bem estar da sociedade, com base em parâmetros de certo e errado que só o comportamento racional humano é capaz de atingir. Consequentemente, tais ideias influenciaram de forma revolucionária as decisões e posicionamentos das sociedades por onde passaram, pois é fato que os utilitaristas buscavam eliminar elementos que, em tese, seria a solução para o sofrimento de todo indivíduo, qual seja, o fim do mal e sobreposição do bem.

Primordialmente, a ideia Utilitarista de Bentham defendia que a humanidade era regida sob o comando de dois preceitos: dor e prazer. E só eles poderiam apontar o que deveríamos fazer, bem como determinar o que faremos.

O princípio da utilidade descreve esta subordinação, ou seja, qualquer ação tem a tendência de aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão, tendo em vista que é em vão falar do interesse da comunidade sem entender o que é o interesse do indivíduo, já que o interesse deste terá significativa influencia naquele. É o que encontramos nos dizeres de Juarez de Freitas (1986):

A primeira lei de natureza, para Bentham, consistiria em buscar o prazer e evitar a dor, sendo necessário para alcançar tal escopo que a felicidade pessoal fosse alcançada pela felicidade alheia. (...) A solução para encontrar a cooperação entre os homens, ele a aponta

na e identificação de interesses, factível através da atividade legislativa do governo.

Para Bentham (apud BRYCH, 2005) a relação de obediência entre o cidadão e o Estado é regida por “uma equação”, na qual, pela soma dos prazeres e dores de cada um, se extrai um resultado de felicidade geral da comunidade com base na contribuição do indivíduo. O referido autor defendia que as leis deveriam satisfazer os pleitos da sociedade, e não serem utilizadas como objetos que não se prendem a representação de uma realidade possível de se atingir. Assim, para se chegar a essa “equação”, Bentham utilizava o método do “cálculo”, o qual, embora não se distanciasse da matemática, determinava critérios que atribuíam valores diferenciados segundo comportamentos de indivíduos componentes de uma sociedade. Nos seus dizeres, “*in verbis*”:

A natureza colocou o género humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é recto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. Os dois senhores de que falamos governam-nos em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos, sendo que qualquer tentativa que façamos para sacudir esse senhorio outra coisa não faz senão demonstrá-lo e confirmá-lo. Através das suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida (BENTHAM, apud BRYCH, 2005).

Bentham, mal sabia, mas viria a formar uma escola de vários filósofos que influenciariam seus ideais, porém com pontos de vista diferentes. Entre estes, estava o filósofo John Stuart Mill.

Ao dissertar-se sobre os ideais de Mill, devemos mencionar necessariamente duas questões indispensáveis e com pontos de vista diversos de Bentham: Utilitarismo Qualitativo e o Princípio de Dano.

No primeiro ponto, Mill defende que a definição de dor e prazer deve ser analisada de forma qualitativa e não quantitativa como afirmava Bentham. Nos dizeres do próprio filósofo:

Poucas criaturas humanas consentiriam ser transformadas em qualquer dos animais inferiores em troca da promessa do mais pleno acesso aos seus prazeres bestiais; nenhum ser humano inteligente consentiria tornar-se um tolo, nenhuma pessoa instruída, um ignorante, ninguém de sensibilidade e consciência, um ser egoísta e reles, e isso mesmo que eles fossem persuadidos de que o tolo, o beócio ou o infame estavam mais satisfeitos com a sua sorte do que eles estão com a deles. (...) É melhor ser um ser humano insatisfeito que um porco satisfeito; melhor ser um Sócrates insatisfeito que um tolo satisfeito; e, se o tolo ou o porco tem uma opinião distinta, é porque eles só conhecem o seu próprio lado da questão (MILL, apud SIMÕES, 2006, p. 75-77)

Em um primeiro momento, nota-se nitidamente quanto o posicionamento de Stuart Mill é distinto de Bentham, pois para aquele não basta atingir a satisfação ou a felicidade em si, mas como se atinge essa plenitude é que deve ser levado em consideração. Nesse mesmo raciocínio, Mill segue com a ideia de que a felicidade que tanto se defende é aquela que está baseada em um raciocínio humano, e não no simples sentimento de vontade que o indivíduo deseja intensamente saciar, pois na visão deste filósofo, a segunda forma é própria do extinto animal, que quer simplesmente satisfazer suas necessidades sem o diferencial que o Homem detém de questionar o porquê de seus atos. Assim já dizia Fabio Brych, sobre a distinção do certo e do errado, afirmando que “O fundamental é a afirmação da capacidade do ser humano de exercer a liberdade, escolhendo e decidindo entre o bem e o mal.” (BRYCH, 2005).

Em um segundo momento, Mill defende o princípio do dano, o qual estabelece que buscar a felicidade e/ou a satisfação é algo necessário e devido, no entanto, não pode e não deve prejudicar terceiros, ou seja, o indivíduo somente deve ser impedido de satisfazer-se, se causar dano a um terceiro qualquer. Posicionamento que é muito bem explicado nos dizeres de Stuart Mill:

O fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um esteja obrigado a observar uma linha de conduta para com os demais. Tal conduta consiste, primeiro, em não prejudicar os interesses uns dos outros ou, antes, certos interesses, que se devem considerar, seja por expresso dispositivo legal, seja por acordo tácito, como direitos; e, segundo, em cada um arcar com sua parte (a ser fixada de acordo com algum princípio eqüitativo) nos esforços e sacrifícios

necessários para a defesa da sociedade ou de seus membros contra o dano e o molestamento.<sup>3</sup> (apud SIMÕES, 2007, p. 39)

O que se justifica pela busca do bem estar social, boa convivência e consequente uma sociedade pacífica e harmoniosa.

Marca-se assim um posicionamento que tem a intenção de “combater o mal pela raiz”. Em outros termos, na visão de Bentham a felicidade é legítima se a maioria dos indivíduos a atingem por uma determinada forma, assim como se alcança o mal ou o sofrimento por determinado caminho que a maioria definiu. Sendo assim, chegamos à conclusão de que na visão de Mill, seguimos o mesmo raciocínio, mas embasado na qualidade ou intensidade dessa dor ou prazer. Assim, em um raciocínio a contrario sensu, notamos que somente iremos eliminar o mal ou o sofrimento se e somente se conseguirmos fazer com que todos os atos individuais sejam legitimados e correspondentes a intenção de ser feliz através do raciocínio humano e com a cautela devida, para que não cause nenhum prejuízo a terceiros. Só assim teremos uma sociedade pacífica e harmoniosa nos conformes da Constituição brasileira, que é em sua formação, democrática.

Por fim, passamos a analisar a relação dos pontos de vista anteriormente definidos com a legalização e descriminalização das drogas no Brasil.

Tendo em vista o exposto no primeiro item, momento em que determinamos as posições quais, em tese, são as soluções para nosso país, no que tange ao combate a utilização de drogas, observa-se claramente que Bentham, salvo melhor juízo, partiria do princípio que o indivíduo possui liberdade de pensar e agir, e no momento que utiliza as drogas está em busca do prazer. Assim, os usuários buscam

---

<sup>3</sup> MILL. On Liberty, pp. 75-76: “The fact of living in society renders it indispensable that each should be bound to observe a certain line of conduct towards the rest. This conduct consist first, in not injuring the interests of another; or rather certain interests, which, either by express legal provision or by tacit understanding, ought to be considered as rights; and secondly, in each person’s bearing his share (to be fixed on some equitable principle) of the labours and sacrifices incurred for defending the society or its members from injury and molestation. This condition society is justified in enforcing at all costs to those who endeavour to withhold fulfilment. Nor is this all that society may do. The acts of an individual may be hurtful to others, length of violation any of their constituted rights. The offender may then be justly punished by opinion, though not by law. As soon as any part of a person’s conduct affects prejudicially the interests of others, society has jurisdiction over it, and the question whether the general welfare will or will not be promoted by interfering with it, becomes open to discussion. But there is no room for entertaining any such question when a person’s conduct affects the interests of no persons besides himself, or needs not affect them unless they like (all the persons concerned being of full age, and the ordinary amount of understanding). In all such cases there should be perfect freedom, legal and social, to do the action and stand the consequences”.

cada vez mais as drogas e há cada vez mais adeptos a utilização destas por acreditarem que nelas está a felicidade ou a solução para acabar com a dor e sofrimento. Portanto, já que na sociedade descrita por Bentham, a maioria determina qual rumo a ser seguido, o indivíduo tem plena liberdade sob seus atos e responde por eles isoladamente, a solução que mais se adequaria ao ideal de Bentham seria o tratamento equânime para todas as drogas, ou seja, legalizá-las para o consumo individual, ao exemplo do tabaco e do álcool. Dessa forma, o Estado só deve intervir se a sociedade consentir, e esta só concordará se a quantidade de sofrimento for superior a de felicidade.

Já na visão de Mill, partindo pelo princípio do dano, a solução mais adequada ao ideal do autor é a de legalização das drogas para maior controle estatal na venda destas, na utilização dos entorpecentes pelos usuários, na qualidade do produto oferecido e bem como evitar o comércio desordenado das mesmas, o que evitaria maior dano social. Portanto, coadunando com estes termos, o Estado só deve intervir se a conduta do usuário prejudicar a vida de terceiro.

Nota-se assim que, conforme afirmado pelo próprio filósofo, e em comparação aos dias atuais, o indivíduo prefere ser “um porco satisfeito” ou “um tolo satisfeito” na busca de se satisfazer, pois é capaz de se submeter a lastimável dependência das drogas para sentir, mesmo que de forma ilusória, o prazer.

Ato contínuo, denota-se da filosofia de Mill essa conclusão comparativa, tendo em vista que, atualmente, o indivíduo consente em tornar-se usuário de drogas por crer na opinião de terceiros de que a utilização dessas o trará uma vida mais feliz, harmoniosa e pacífica, sem levar em consideração, na maioria das vezes, as consequências psico-fisiológicas para seu organismo e muito menos os prejuízos que trará para a vida dos que compartilham de seu convívio social e/ou familiar.

Com o intuito de trabalharmos a ideia de descriminalização e/ou legalização das drogas, faz-se necessário analisarmos outras ideias também influenciadoras e revolucionárias, como as de Devlin e Dworkin. Passar-se-á a fazer a referida análise.

#### **4 RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DE DANO DE MILL COM PATERNALISMO DE DEVLIN E LIBERALISMO DE DWORKIN**

Diferentemente do ideal de Stuart Mill, na concepção de Devlin, às vezes é preciso banir certas condutas, ou seja, criminaliza-las, mesmo que não causem lesões ou ofensas a terceiros. Sua opinião se fundamenta devido ao fato de serem tais atos imorais por si sós. Desse modo, o Estado pode intervir na conduta do agente se um ato é considerado meramente imoral, já que a alteração das tradições acarreta uma ruptura na identidade social, levando a sociedade a se desintegrar.

Segundo o autor, uma sociedade possui composição política e outra moral, julgadas pela própria sociedade. Sendo assim, devia haver leis para que as pessoas não explorem outras quando se analisa o estado psicológico que elas se encontram. Apesar disso, destaca a necessidade de se observar o caso com proporcionalidade, a fim de se preocupar com a moralidade, no que se refere a valores que não podem ser ignorados ou alterados, sem perder de vista a prevenção da autonomia.

No que tange ao assunto Devlin defende que a “lei sem moralidade”, “destrói a liberdade de consciência e é a estrada pavimentada à tirania.” (DEVLIN, 2012) . Dessa forma, o paternalista impõe comportamentos, obrigando e proibindo determinadas condutas, sob o argumento de que sabe o que é melhor para o indivíduo a fim de evitar-lhe o mal.

Portanto, novamente retomando o exposto no primeiro capítulo, se racionalizarmos a situação atual do Brasil de combate as drogas com base no ideal de Devlin temos que, salvo melhor juízo, o indivíduo possui certa autonomia na prática de seus atos, porém se sua conduta for de encontro ao moralismo, ou seja, às tradições da sociedade, de forma razoável, será imposta conduta, proibindo ou impondo comportamentos.

Assim, temos que os usuários estão em momento de fraqueza moral e uns acabam por influenciar outros, devendo haver intervenção do Estado. Dessa forma, partindo do princípio de que o Estado sabe o que é melhor para a sociedade e para o indivíduo em determinados momentos, a solução que mais se adéqua ao ideal de Devlin é a de “Liberação da maconha para uso medicinal”, continuando como crime nas outras circunstâncias, já que para ele deve haver conciliação entre a autonomia do indivíduo e a moralidade, e, o Estado sabendo o que é melhor para o indivíduo, bane certas práticas, criminalizando-as, a fim de prevalecer as tradições morais e

descriminaliza apenas no ponto no qual trará benefícios à sociedade. Para o filósofo deve-se criminalizar o consumo de drogas já que é necessário haver leis para que as pessoas não explorem outras quando se analisar o estado psicológico que elas se encontram.

Dworkin critica as opiniões de Devlin, já que, fundado no Liberalismo, dentre outros pontos, desconfia do Direito criminal e almeja impor limites aos seus dispositivos, reduzindo-os no que se refere à conduta cuja moralidade é controvertida, a fim de dificultar a obtenção de condenações criminais. No dizeres do supracitado filósofo, *“in verbis”*:

(...) O liberal desaprova a imposição da moralidade por meio do Direito criminal. Isso sugere que o liberalismo se opõe a formação de um senso comum de decência? Ou o liberalismo é hostil apenas ao uso do Direito criminal para assegurar esse senso comum? Devo dizer, talvez por precaução desnecessária, que essas questões não podem ser resolvidas, no final das contas, insistir em que separadamente da história da teoria social desenvolvida; mas não contradiz esse truísmo a análise filosófica da idéia de liberalismo é uma parte essencial desse processo (DWORKIN, 2001, p. 277)

Dessa forma, entende Dworkin que não pode ser criada uma norma tendo como base uma moralidade pessoal, devendo haver tolerância com um governo neutro, já que cada indivíduo deve responder por suas escolhas e decisões, tendo liberdade ao buscar seus interesses.

Segundo o filósofo, a tolerância liberal é importante uma vez que quando são impostas certas condutas, a decisão é tomada pela maioria, não deixando espaço para que certa pessoa faça suas escolhas. Turno outro, Dworkin descreve que o paternalismo seria um atraso, nos fazendo entender que condutas impostas ferem por completo o ideal liberal, nos trazendo a um patamar igual ao período aristocrata.

Assim tais condutas devem ser toleradas, dentro de um certo limite, pela sociedade, de forma que se justifique, de maneira plausível, o motivo de determinada lei. Portanto, na visão do filósofo supracitado, a melhor saída no que se refere ao uso de drogas, seria a liberação total da venda e do consumo de drogas, haja vista que a guerra contra as essas é um fracasso, devido ao aumento do consumo e da traficância.

Neste diapasão, a realidade social demonstra claramente ineficácia do sistema ressocializador, pois entendemos que a imposição de condutas sem uma razoável explicação, gera intolerância, fato que não deve existir. Mesmo se assim não fosse, crê Dworkin que o indivíduo deve ser livre em suas escolhas e ocorrendo, portanto, a descriminalização dos delitos morais.

## **5 UTILITARISMO PARA HART: até que ponto a felicidade de maioria não anula o indivíduo?**

Para Hart (2010), ter um direito significa ter uma justificação moral para limitar a liberdade de outra pessoa e determinar como ela deve atuar. Dessa forma, deve haver uma justificação do exercício de coerção estatal, porém deve sempre ter respeito aos direitos individuais.

Atualmente há um problema na relação entre direitos e governo, e na forma como estes se apresentam, levando em conta a possibilidade de conceber uma teoria dos direitos naturais com o caráter relativo, cujo as limitações se justificam em ordem de realização de fins públicos e interesses coletivos, entendendo ser justificável o que é razoável.

Neste ponto encontra-se uma crítica de Hart ao Utilitarismo, uma vez que para ele, aquele não reconhece a separação entre as pessoas, ou se abstém disso quando opta para que os governantes busquem o bem-estar total ou média do povo de uma sociedade.

Sendo assim, suas principais críticas a Bentham e Mill se referem, respectivamente, às dificuldades teóricas e praticas que enfrentam no calculo utilitario e a estimacao do total de redes de felicidade, prazeres e bem estar, fazendo com que sofrimentos e prazeres de diferentes pessoas fossem comparados, adicionados e roubados com o objetivo de determinar qual conduta produziria maior intensidade de felicidade geral. Ademais, são encontradas ambiguidades e dificuldades na análise da obra, muitas delas devido ao caracter “vago” do conceito “danos a outros”.

Portanto, para Hart (2010) embora se tenha que levar em conta a tolerância, liberdade, não devemos ter uma “anulação” do indivíduo visto separadamente. Nos dizeres de Hart, “*in verbis*”:

Decorre daí que a felicidade ou o prazer de uma pessoa, por mais inocente que ela seja, pode ser sacrificado em favor de um prazer ou felicidade maior localizados em outras pessoas, e essas substituições de uma pessoa por outra não são apenas permitidas, mas também exigidas pelo utilitarismo sem qualificação quando não há restrições impostas por princípios distributivos distintos (HART, 2010, p. 226).

## **6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA de ROXIN E MINIMALISMO PENAL DE ZAFFARONI**

Claus Roxin (1998) apresenta um posicionamento no qual, fundado no Princípio da Insignificância, entende também pela não criminalização das drogas, porém o argumento que utiliza para sustentar essa tese é a de que o Direito Penal só deve ser utilizado para proteger bem muito relevantes, considerando a reação penal a “*ultima ratio*”.

Sendo assim, nota-se que Roxin apresenta certos posicionamentos que vão ao encontro dos ideais de Stuart Mill, já que entende ser adequado punir apenas quando a conduta for efetivamente lesiva a terceiros. É o que leciona Claus Roxin: “*in verbis*”:

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o Direito Penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos. (BATISTA, 1990, p. 91.)

Entretanto, é importante ressaltar que o fato não deve ser considerado crime quando não trazer dano a um bem jurídico penalmente tutelado. Porém, nota-se

que, na visão de Roxin, pode ser que certo fato, embora não tutelado pelo Direito Penal, pode não ser legalizado, tendo em conta outras áreas extrapenais.

Assim, determina que se medidas administrativas ou civis forem suficientes, as penais não devem ser aplicadas. No caso das drogas, então, deve-se utilizar medidas administrativas, tais como a utilização de métodos socioeducativas. Nos dizeres de Francisco de Assis Toledo, “*in verbis*”:

Se a intervenção do Direito Penal só se faz diante da ofensa de um bem jurídico, nem todos os bens jurídicos se colocam a tutela específica do Direito Penal. Do ângulo penalístico, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito da norma penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais (TOLEDO, 1994. p.17.)

Frisa Claus Roxin, “*in verbis*”:

Somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se (ROXIN, 1998, p. 28.)

Dessa forma, salvo melhor juízo, ao relacionar os ideais de Claus Roxin com as alternativas para a solução do combate as drogas no Brasil, apresentadas no primeiro capítulo, tem-se que a que mais se adequa ao seu posicionamento é a descriminalização do uso de drogas, com a manutenção da proibição somente na esfera administrativa. Deixaria de ser crime, mas continuaria sendo proibido, tendo em conta que o Direito Penal só deve sancionar as condutas mais graves e mais perigosas, sendo que a utilização de drogas, apesar de considerada uma conduta imoral, não faz necessário o tratamento do usuário de entorpecentes como criminoso.

Já Zaffaroni (1989), de acordo com o minimalismo penal, afirma que os danos causados a bens jurídicos, exigidos pela tipicidade penal, deve ter certa gravidade. Porém, o minimalismo penal não deve ocorrer com uma intervenção mínima, já que a intervenção do Estado é uma garantia do Estado Democrático de Direito, uma vez que o poder punitivo é um instrumento legítimo para garantia penal. Entretanto, na

visão de Zaffaroni, o direito de punir do Estado deve ser mínimo no que se refere a quantitativa da punição.

O Professor afirma, ainda, a deslegitimação do sistema penal vigente, sendo que deveria haver o princípio de reação mínima penal, a fim de “minimizar a violência gerada pelo sistema de justiça criminal”<sup>4</sup>, para que imponha freios à arbitrariedade estatal. Nas palavras do próprio criminalista, “in verbis”:

O minimalismo penal legitima-se unicamente por razões utilitárias, que são a prevenção de uma reação formal ou informal mais violenta contra o delito, quer dizer, para o Direito Penal mínimo o fim da pena seria a minimização da reação violenta contra o delito. Esse Direito Penal se justificaria como instrumento apto a impedir a vingança (ZAFFARONI, 1989, p.36.)

No que tange a questão de uso de drogas, o posicionamento da Zaffaroni seria no sentido de continuar sendo crime, porém devia ser aplicada penas alternativas, menos abusivas, levando em conta a proporcionalidade entre a conduta efetuada e a sanção aplicável ao caso concreto.

## **7 COMO DEVERIAM SER IMPLANTADAS AS LEIS DE DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DO USO DE ENTORPECENTES NO BRASIL**

Legalizar significa liberar o acesso. É notável que a legalização das drogas, com a cobrança de impostos por parte do Estado, iria trazer um maior controle estatal sobre esta, garantindo a qualidade do material que fosse posto à venda. Ademais, seria mais fácil a identificação de usuários, já que eles não se sentiriam marginalizados.

Ocorre que se estaria tornando legal o uso de um produto que faz mal à saúde, podendo vir a influenciar outras gerações. Mesmo se assim não fosse, não se pode prever qual seria a reação da sociedade, até que ponto melhoraria a situação, reduziria a violência e doenças provocadas pelo consumo de entorpecentes. A legalização de drogas acarretaria uma maior oferta dessas, e,

portanto, sujeitaria um número maior de pessoas ao consumo levando, às suas complicações. Sendo assim, essa política analisa o comportamento individual do uso de drogas, sem considerar o nível do dano quando se pensa na coletividade.

Dessa forma, as leis teriam que ser no sentido de buscar os anseios da sociedade no momento em que fosse aplicada a nova política. Ademais, teriam que ser elaboradas leis que controlassem os locais de consumo, da mesma forma que existem leis proibindo o fumo de tabaco em determinados ambientes. Outro ponto a se tocar seria a redução ou proibição de propagandas em meios de comunicação que influencie as pessoas ao consumo, à exemplo da bebida alcoólica.

Turno outro, quando se fala em Descriminalização, pensa-se em um termo intermediário, no qual não há uma liberação total do uso de entorpecentes, mas também não são os usuários de drogas tratados como criminosos. Busca-se um equilíbrio, no qual entende os danos que os entorpecentes trazem para a saúde, não devendo ser considerado legal o seu uso, ao passo que também não deve ser caracterizado como crime, que precisa da intervenção do sistema penal.

Neste caso, deviam ser implantadas políticas públicas com medidas socioeducativas, na medida em que a pessoa não sentiria ameaçada por um sistema repressor como o Direito Penal, que deve ser utilizado como “*ultima ratio*”. Deveria o usuário ser tratado não como um delinquente, mas sim como um ser que precisa de tratamentos e de conscientização dos danos que as drogas trazem para sua saúde. As leis deveriam ser feitas de forma a eliminar as barreiras entre o Estado e o consumidor de entorpecentes, demonstrando não haver uma “guerra”, já que essa se demonstrou fracassada, mas sim uma busca pela redução do uso de drogas a fim de se buscar o bem estar social, pensando, inclusive, no usuário isoladamente.

## **8 A MARCHA DA MACONHA**

Com intuito de demonstrar à sociedade mundial que o tratamento criminoso aos usuários da *cannabis sativa* é feito de forma exagerada e, portanto errônea, foi criado um movimento chamado “Global Marijuana March” que desde 1994, mais de 485 cidades participam deste evento, o qual ocorre no Brasil, com o nome de

“Marcha da Maconha”, pelo menos desde 2002. O referido movimento defende, *in verbis*:

A Marcha da Maconha Brasil é um movimento social, cultural e político, cujo objetivo é levantar a proibição hoje vigente em nosso país em relação ao plantio e consumo da cannabis, tanto para fins medicinais como recreativos. Também é nosso entendimento que o potencial econômico dos produtos feitos de cânhamo deve ser explorado, especialmente quando isto for adequado sob o ponto de vista ambiental.

A Marcha da Maconha Brasil não é um movimento de apologia ou incentivo ao uso de qualquer droga, o que inclui a cannabis. No entanto, partilhamos do entendimento de que a política proibicionista radical hoje vigente no Brasil e na esmagadora maioria dos países do mundo é um completo fracasso, que cobra um alto preço em vidas humanas e recursos públicos desperdiçados.

A Marcha da Maconha Brasil não tem posição sobre a legalização de qualquer outra substância além da cannabis, a favor ou contra. O nosso objetivo limita-se a promover o debate sobre a planta em questão e demonstrar para a sociedade brasileira a inadequação de sua proibição.

A Marcha da Maconha Brasil tem como objetivo agregar todos aqueles que comunguem dessa visão, usuários da erva ou não, que desejem colaborar de alguma forma para que a proibição seja derrubada. Os que estão presos pelo simples fato de plantar a cannabis para uso pessoal são considerados presos políticos, assim como todos aqueles que estão atrás das grades sem ter cometido violência nenhuma contra ninguém, por delitos relacionados a esse vegetal que o conservadorismo obscurantista teima em banir.

Para atingir os seus objetivos, a Marcha da Maconha Brasil atuará estritamente dentro da Constituição e das leis. Não abrimos mão da liberdade de expressão, mas também não promovemos a desobediência a nenhuma lei. Entretanto, reconhecemos que se a sociedade tem o dever de cumprir a lei elaborada e aprovada por seus representantes eleitos, os legisladores devem exercer a sua função em sintonia com a evolução da sociedade. ( [blog.marchadamaconha.org](http://blog.marchadamaconha.org). )

Nota-se, em concordância com os termos acima aduzidos que a realização do movimento, apesar dos reflexos midiáticos, foi declarado em 15 de junho de 2011 legítimo pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que “não faz apologia a droga e sua proibição é uma ameaça a liberdade de expressão, garantida pela Constituição.”.

Assim, o movimento, declaradamente um protesto, frente aos abusos estatais de punição de indivíduos que plantam a maconha e/ou dela fazem uso, vão ao encontro dos ideais defendidos por Mill, Bentham e Dworkin.

Ademais, o referido protesto tem como escopo não permitir que o Estado interfira, quando ainda mais, puna o indivíduo que faz uso de substâncias para si sem prejudicar o próximo, lembrando que a legalização da referida droga permitirá que, inclusive o próprio Estado, utilize a citada droga para fins medicinais, o que trará benefícios imensuráveis a sociedade.

Na visão de Daniel Sarmiento (2012), procurador do Ministério Público Federal e Professor da Faculdade de Direito da UERJ, deve-se prezar pela liberdade de expressão e, para ele, o pedido de veto à marcha feito pelo Ministério Público é extremamente injustificado. Nos seus dizeres, “in verbis”:

Como professor de direito, creio que foi a barbárie constitucional mais grave desde a promulgação da Constituição em 1988". O procurador definiu o tom do protesto ao afirmar que o Poder Judiciário "não pode se converter em um árbitro paternalista do que as pessoas podem ou não ouvir. Não pode se configurar como crime de apologia a defesa de uma idéia, por mais impopular que seja.

No entanto, deve-se lembrar que nos preceitos defendidos pelos supracitados filósofos o ideal é permitir ao indivíduo que faça o que bem desejar, sem que cause prejuízo a terceiros. Acredita-se que é esse o intuito, seja da descriminalização ou legalização das drogas, pois sabe-se muito bem que caso qualquer indivíduo utilize da droga para prejudicar alguém, ele será responsabilizado civil e penalmente pelo fato, tendo em vista que nosso Direito nunca deixará de proteger o dano físico, moral, psíquico e estético. Nem por isso deve-se privar o indivíduo de usufruir dos produtos que em outras situações trarão benefícios, não só ao indivíduo como a toda coletividade.

Em breve análise e conclusivamente, percebe-se que em caráter subsidiário, a “Marcha da Maconha” ou “Global Marijuana March”, vem sendo um meio político-social para demonstrar a realidade mundial e nacional, tendo em vista que defende a liberdade de expressão, o direito de ir e vir e fazer o que a liberdade Constitucional lhe permitir, sem ameaçar ou prejudicar ninguém, com intuito tão somente de expor

a opinião de que o Estado está agindo de forma errada em tratar o usuário de drogas como criminoso.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Estando nossa sociedade sempre em mudança, de acordo com as concepções da época, nos deparamos, frequentemente, com situações diferentes que nos levam a raciocinar sobre o melhor caminho a ser seguido. Deve-se considerar a felicidade da maioria, sem dispor dos Direitos Individuais, o que foi bem definido por Bentham como Utilitarismo; sem esquecer do princípio do dano defendido por Stuart Mill ou, até mesmo, a declaração de Devlin, que aduz ser necessário banir certas práticas antes mesmo que o fato se torne lesivo a alguém.

É necessário dar ênfase, conjuntamente, à tolerância liberal defendida por Dworkin, ao Princípio da Insignificância defendido por Roxin e ao Minimalismo Penal alegado por Zaffaroni, considerando sempre os demais inúmeros filósofos e criminalistas que influenciaram e influenciam até hoje a nossa história.

Ao fazer uma breve passagem por posicionamentos e ideais defendidos pelos filósofos e criminalistas supracitados, entende-se que a descriminalização das drogas, salvo melhor juízo, seria a saída mais viável para o problema de consumo de entorpecentes no nosso país, já que como defendido por Roxin, o Sistema Penal deve ser adotado em “ultima rãtio”.

É evidente que é mais simples e acarreta menos desgaste de tempo para o Estado criminalizar certa conduta ao invés de educar o sujeito e incentivá-lo a agir de forma distinta, porém, quando nos atemos a argumentar sob o pálio do Direito e da Justiça não podemos nos contentar em buscar a saída mais fácil, mas sim em atingir a paz social para que tenhamos uma sociedade mais harmônica.

Dessa forma, deve-se prezar sempre pelo bem estar social, pela dignidade da pessoa humana, tendo como nosso guia os parâmetros determinados no art. 1º da nossa Carta Magna, se valendo de métodos mais amenos para solução de conflitos e punições dos que vão de encontro aos nossos anseios.

É necessário ser mostrado aos consumidores de drogas, meios para ressocializá-los, através de políticas públicas para seu tratamento, agindo com tolerância conforme defendido por Dworkin.

Ademais, ao indivíduo deve ser reservado o direito de fazer suas escolhas, e, caso tome uma decisão equivocada, é preciso que a ele seja disponibilizado meios para se curar e não dar um tratamento repressor, considerando-o como criminoso.

Enfim, mesmo que o entendimento da maioria não vá ao encontro do aqui afirmado, em “ultima ratio”, certo é que o método atual de tratamento aos que utilizam dos entorpecentes para buscar sua felicidade, mesmo que de forma ilusória, está errado, e trata-los como criminosos, definitivamente não é a melhor solução para que cheguemos a um cenário de uma sociedade mais pacífica e harmoniosa.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Grostein. **Quebrando o tabu**. [Filme-vídeo]. Produção de Fernando Menocci, Silvana Tinelli e Luciano Huck, direção de Fernando Grostein Andrade. São Paulo, Spray Filmes, 2011. DVD / NTSC, color. son.)

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Revan, 1990.

BRYCH, Fabio. **Ética utilitarista de Jeremy Bentham**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 23, 30/11/2005[Internet]. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=155](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=155).

CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. Descriminalização das Drogas: Será o que a sociedade quer?. In: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Distrito Federal, 27/04/2010 [Internet]. Disponível em: [http://www.mpdft.gov.br/portal/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=2524](http://www.mpdft.gov.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2524).

DEVLIN, Patrick. **The Enforcement of Morals**. In: Sixth Form Law, [Internet]. Disponível em: [http://sixthformlaw.info/01\\_modules/other\\_material/law\\_and\\_morality/08\\_hart\\_devlin.htm](http://sixthformlaw.info/01_modules/other_material/law_and_morality/08_hart_devlin.htm)

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Broges São Paulo: Martin Fontes, 2001.

FREITAS, Juarez. **As grandes linhas da filosofia do direito**. Caxias do Sul : UCS, 1986.

HART, H. L. A, **Ensaio sobre teoria do Direito e Filosofia**. Campus, 2010.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **Liberdade e Paternalismo Segundo John Stuart Mill: uma Análise das Teses de On Liberty**, 2007.

MORAIS, Paulo César de Campos. **Drogas: criminalização, alternativas e tendência Legislativa Brasileira**. 2001 [Internet] Disponível em: [http://www.crisp.ufmg.br/arquivos/artigos\\_publicacoes/art\\_drogas\\_criminalizacao.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/arquivos/artigos_publicacoes/art_drogas_criminalizacao.pdf).

NINO, Santiago. **Debate entre Santiago Nino e Zaffaroni**. Publicado originalmente em No hay derecho, II, 4, 1991, pp. 4-8; II, 5, 1992, pp. 5-8; y III, 8, 1993, pp. 25-26.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**, Lisboa: Ed. Veja, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En Busca de las Penas Perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989.