

## Punctum Diabolicum: A Nova Lei de Drogas

Warley Belo\*

Sumário: 1. Introdução 2. Conceito de droga ilícita 3. Drogas: um problema extra-penal? 4. O bem jurídico tutelado 5. A demonização do usuário e a sentença como exorcismo 6. Guerra às drogas: violência contra a sociedade 7. Propostas 8. Conclusão 9. Bibliografia

Resumo: Com a nova lei de drogas, reabre-se a discussão em torno do polêmico assunto. A criminalização do uso tem como objeto jurídico a saúde pública, mas não há preocupação em demonstrar se o grau de lesão é aceitável ou mesmo existente em condutas como o simples porte de substância. O grave problema social apresentado pelo uso de drogas seria em decorrência de sua ilegalidade aleatória e ausência de políticas públicas. Conclui apresentando propostas para minimizar o problema.

Palavras-chave: Drogas. Criminalização. Bem jurídico. Política repressiva. Violência.

### 1. Introdução

A nova lei de drogas (Lei 11.343/06) mudou o cenário político-repressivo da legislação penal ao despenalizar o uso de drogas. Em si, trata-se de medida salutar que coaduna com as modernas políticas européias. Entretanto, a *novatio legis in melius* em quase nada resolverá o problema que aniquila a sociedade. Esse mal, que temos aprendido a conviver e, principalmente, racionalizar, não diz conta à Justiça penal, mas, sim, à Justiça social.

### 2. Conceito de droga ilícita

A droga, para nós, juristas, é subdivida em lícita e ilícita . Sendo que a única diferença é que as drogas ilícitas são ilícitas, com duas agravantes: o cérebro humano não consegue distingui-las e a lei não faz distinção entre as próprias drogas ilícitas, de forma que o usuário de heroína é punido nos moldes do usuário de cloreto de etila .

Para a escolha das substâncias ilícitas, os legisladores apóiam-se nas agências internacionais do sistema penal, como a ONU e a OMS. Entretanto, em rápida pesquisa pelos sítios desses órgãos, observa-se que os conceitos de drogas não indicam o porquê, v.g., a nicotina é lícita e o tetrahydrocannabinol é ilícito.

A par do conceito de droga ilícita inexistir no âmbito científico, o que nos resta claro é que há uma demonização conceitual das drogas pelas agências políticas. É uma política bem próxima da pretendida pela inquisição medieval quando se matavam bruxas para “purificar” a sociedade. Hoje, pretensamente, pune-se para salvar, a todos nós, de uma vida de escolhas contrárias ao sistema de produção. Este tipo de espaço foi analisado por Foucault quando estudou a objetivação do sujeito. O discurso conservador é o mesmo para fenômenos diferentes, como o uso de drogas, a obesidade ou o crime violento.

Constata-se, assim, um preconceito ao empregar o substantivo droga, narcótico, entorpecente, tóxico. Ou mesmo discutir o assunto. Nunca ouvimos alguém dizer que o álcool é um narcótico ou que a cerveja é um entorpecente, apesar de sê-los. Isso porque as adjetivações desses termos induzem a uma concepção de algo intrinsecamente ruim, naturalmente viciante, demonicamente fatal. Essas denominações, portanto, para as substâncias aceitas socialmente, soam desproporcionais ou exageradas.

Mas, as drogas, em si, tanto as lícitas quanto as ilícitas, não são boas ou ruins. Apenas são da natureza (Hipócrates). Bom ou ruim é o que se faz delas. Quem fuma quem? De forma que não existem drogas que produzem dependência, mas, sim, indivíduos dependentes de drogas. A dicção é uma espécie de escravização que segue o princípio do prazer (Freud). A morfina, desse modo, pode ser um remédio ou um veneno... Nada mais correto etiológicamente: a palavra droga, tanto em grego, como no inglês, significa substância nociva à saúde ou veneno.

Os venenos (propriamente ditos) são vendidos livremente. O álcool, seguramente uma droga pesada porque leva à dependência física, encontra pouquíssimas barreiras e, ainda, menores fiscalizações... Mas, nicotina, álcool, chumbo, arsênico, tudo, é tóxico, alguns até mais letais do que a cannabis lineu sativa. Mas, isso é-nos totalmente irrelevante. Amanhã ou depois apreciaremos um bom vinho sem nos preocuparmos se é droga. A pecha pejorativa (gíria) não alcança alguns entorpecentes lícitos, pois pessoas bebem e não têm maiores problemas, a não ser, às vezes, uma ressaca ocasional. Esquecem-se de que o álcool se relaciona com a cirrose hepática e diversas outras doenças, a nicotina se relaciona com o câncer. Não queremos, com isso, pedir a criminalização dessas drogas, apenas ressaltar que ambas substâncias viciam fisicamente. Mesmo porque não se pode “criminalizar substâncias” porque essas substâncias não são réis, é seu uso que é criminalizado. De qualquer forma, a lista de malefícios das substâncias lícitas é enorme. Mesmo assim, não são consideradas drogas ilícitas no sentido popular ou legal.

### 3. Drogas: um problema extra-penal?

O que se conclui é que a droga não é a nicotina ou a raiz ayahuasca. É evidente que existem pessoas viciadas em heroína, como existem pessoas viciadas em cafeína, cocaína. Há preconceito e informações absolutamente distorcidas próprias do nosso fundamentalismo judaico-cristão (Boaventura), já que no mundo muçulmano há países que permitem o uso do cânhamo, mas proíbem o álcool. Os nossos vizinhos argentinos permitem a utilização do cloreto de etila (lança-perfume)... Tratar-se-ia, então, a definição de droga ilícita, de uma questão extra-penal (moral ou cultural)? Se a resposta for positiva, é evidente que a sobrevivência da moral judaico-cristã não deve se condizer com a política de repressão penal.

Ao contrário, se é a saúde pública o bem a ser tutelado (ou o perigo social, como queiram) também deveríamos criminalizar a expedição do monóxido de carbono resultante do transporte? Afinal de contas, aumenta de maneira significativa o risco de problemas pulmonares. Também deveríamos criminalizar o abuso de comida gordurosa? E as drogas lícitas? Acaso não afetam a saúde pública?

Pontuado desse modo, o supermercado colocaria em maior risco de perigo a sociedade do que o usuário de maconha eventual.

A disseminação do álcool ou nicotina afeta não apenas ao usuário, como também a toda a sociedade, todavia, há tolerância com essas substâncias em evidente opção política.

Inexoravelmente só resta o argumento extra-penal preservado pelo desrespeito à individualidade. Não se pune porque se afetou a saúde coletiva, pune-se porque se desobedeceu (mala quia prohibita).

### 4. O bem jurídico tutelado

A política de punição ao usuário com fundamento no bem jurídico saúde coletiva é, assim, de difícil, senão impossível, resolução pela criminalização primária. Há inúmeros outros fatores em nossa sociedade de risco que não necessitam de criminalização. De forma a só se conceber o uso de drogas como crime se aceite como disfunção social (Jakobs). Nesse funcionalismo radical, esquece-se, como aponta Hassemer, que violência, risco e ameaça constituem hoje fenômenos centrais da percepção social. Por outro lado, na sociedade convivem vários agrupamentos normativos e o Direito penal nunca é igual a nenhum deles,

senão compartilha valores da parte politicamente mais influente (Baratta). Lesado deve ser o bem jurídico e não o direito.

A sociedade de risco existiu ontem e existirá hoje e amanhã. Na verdade, nunca, em tempo algum, mesmo antes do homo habilis, se pôde falar em sociedade de segurança. Ademais, o direito penal não se presta a extirpar riscos eventuais da sociedade porque esses riscos são condições existenciais da mesma.

A novatio legis, desse modo, nasce velha porque é meramente proibitiva e visa controlar a sociedade criminalizando comportamento instituído por instância extra-penal porque não lesa bem jurídico. Paulo Queiroz ensina-nos:

Conseqüentemente, somente podem ser erigidos à categoria de criminosos fatos lesivos de bem jurídico alheio, e não atos que representem uma 'má disposição' de direito próprio. Nesse sentido, aliás, é o 'núcleo' do Direito penal brasileiro, visto que não se pune o suicídio tentado, a automutilação, o dano à coisa própria etc., mesmo porque semelhante intervenção seria de todo inútil, isto é, desprovida de capacidade inovadora. E é também por isso que soam claramente inconstitucionais disposições como a do art. 16 da Lei 6.368/76 (porte ilegal de entorpecentes) ou a contravenção de mendicância (LCP, art. 60). Também por isso são condenáveis os chamados crimes de perigo abstrato, de mera conduta etc., por consagrarem uma ficção, relativamente ao resultado.

A incriminação do uso de drogas, cuja danosidade social é de difícil comprovação, viola o princípio da lesividade e da intervenção mínima e não importa em garantias de uma sociedade utopicamente mais segura. O que há é uma presunção de que a simples realização gramatical do preceito penal coloca em risco o bem jurídico. Não se perquiri se houve, efetivamente, na conduta de, v.g., portar maconha uma lesão à saúde coletiva, há uma presunção iure et de iure que sim, uma periculosidade ex ante, generalista, sem chances a uma discussão sobre a imputação objetiva, ou antes, a prova da causalidade.

## 5. A demonização do usuário e a sentença como exorcismo

O maior benefício da lei é começar a trilhar o caminho contra a idéia de que o usuário de drogas ilícitas seja inferior ao usuário de drogas lícitas. Tanto o maconheiro ou o fumante quanto o alcoólatra merecem apóio e tratamento médico e não uma resposta penal. O usuário de drogas é sua própria vítima a partir que se torna toxicômano (doença) e passa a não poder escolher entre usar ou não a droga.

Todavia, o maconheiro não é uma entidade demoníaca, não vende sua alma ao Diabo, não é um inimigo público ou um malandro a merecer resposta do direito penal do inimigo, mas, apenas, um usuário afetado por um vício maléfico a si próprio que precisa ser debelado com informação e ajuda profissional.

O usuário de drogas (lícitas ou não) não pode ser considerado criminoso. A tipificação dessa conduta vai contra os ditames do moderno direito penal. O bem jurídico tutelado (a saúde coletiva) rivaliza com a esfera privada da pessoa, no direito a ter suas intimidades preservadas, cujo âmbito, deveria ser vedado, ao Estado, intrometer-se.

Se podemos suicidar-nos, tomando veneno, ou cortarmos os dedos e o Estado não nos pune, não se percebe, analogamente, por que não podemos intoxicar-nos com determinadas substâncias?

A concepção de Cesare Lombroso de criminoso ainda ressoa em alto tom, pois ainda hoje muitos acreditam que o usuário de droga se inseriria no terceiro grupo de criminosos. Ao lado do ser atávico e do epilético, existiria o afetado pela “loucura moral”, cujo senso ético é suprimido. Até hoje divindades são capazes de perceber esse punctum diabolicum. O positivismo tem como base a evolução natural das espécies e como ápice o nazismo que se equivocou com a política social pública comprometendo de maneira mortal a liberdade dos diferentes.

Aplica-se, assim, o direito penal do autor, pois esse é um ser inferior moralmente e poderá praticar crimes mais graves. O desvio de usar drogas é um pecado jurídico que as agências morais não aceitam. O crime do maconheiro ou viciado em heroína é ter um defeito moral, tal como o adúltero ou o homossexual. Há uma seleção criminalizante, orientada por empresa extra-penal e estereotipada, perseguidora de grupos vulneráveis, no caso, em sua maioria, os pobres e os jovens.

Por outra vertente, em última análise seguindo o pensamento lombrosiano, o drogado que fez uso de substância também disseminou o seu modo de ser, pensar e agir colocando igualmente em risco a sociedade. Há em seu comportamento uma periculosidade inerente. Chegará, pois o dia em que se punirá o uso pretérito de drogas, pois a saúde pública nada mais é do que o conjunto das saúdes individuais. Como a questão se posta relevante, também poder-se-ia abrir margem às pesquisas a fim de se saber se o indivíduo usou drogas nos últimos 30, 60, 90 ou 120 dias como o fez Nixon exigindo o exame de todos os funcionários públicos norte-americanos... A discussão parece levar-nos a Saramago, quando em seu premiado livro “Ensaio sobre a Cegueira” nos ensina que somos diferentes, mas essa diferença não pode ser vista como um obstáculo para compreender o outro.

## 6. Guerra às drogas: violência contra a sociedade

Além do mais, a criminalização de drogas provoca ônus financeiro de grande proporção não só pelo enorme aparato policial, mas pelas vítimas mortas pelo tráfico, pelo encarceramento das substâncias e procura tardia das pessoas ao tratamento médico especializado em decorrência do medo de serem descobertas como usuárias. O aflito se vê mais aflito com a política repressiva, pois, se punido, sua situação se agrava ainda mais perante a família, a sociedade e o trabalho. Nem se argumente que não há mais pena de prisão, pois é cediço que o sistema penal não reabilita ninguém, pior, condena perpetuamente.

A criminalização não fez obstar a crescente utilização das substâncias, provando-se ineficaz a prevenção geral. A história é testemunha, pois se engana quem pensa que foi Eliot Ness quem venceu Alcapone. Quem venceu o mafioso de Chicago foi a lei. Precisamente a lei que revogou a Lei Seca e legalizou o álcool. É preciso ter consciência de que a legalização do álcool deu certa.

Certamente, aqui no Brasil, pela falta de políticas sociais, o problema do álcool ainda é grave. Todavia, a retirada do usuário de álcool da agenda policial diminuiu a violência dos traficantes de álcool, diminuiu também o seu preço para os usuários (e problemas decorrentes) e evitou um colapso maior do nosso já falido sistema prisional. É o que expõe Maria Lúcia Karam :

Ao tornar ilegais determinados bens e serviços, como ocorre também em relação ao jogo, o sistema penal funciona como o real criador da criminalidade e da violência. Ao contrário do que se costuma propagar, não são as drogas em si que geram criminalidade e violência, mas é o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminosas – mais ou menos organizadas – simultaneamente trazendo, além da corrupção, a violência como outro dos subprodutos necessários das atividades econômicas assim desenvolvidas, com isso provocando conseqüências muito mais graves do que eventuais malefícios causados pela natureza daquelas mercadorias tornadas ilegais.

Os cartéis colombianos existem por causa da cocaína, assim como a máfia nigeriana. A máfia russa dedica-se ao comércio de heroína nos Bálcãs. Essas organizações criminosas podem chegar a movimentar um trilhão de dólares/ano . Teme-se que muitas economias mundiais quebrariam com a legalização das drogas, já que o crime organizado encontra facilidades econômicas na lavagem de dinheiro por meio de coação, corrupção ou conveniências.

É claro, como a luz solar, que não é a droga o maior problema. É a sua definição e sua criminalização que faz surgir e fortalece os Alcapones Tupiniquins, chefes de conhecidas organizações criminosas que sobrevivem à custa da ilegalidade e conseqüente valorização dos seus produtos ilícitos. Assim como é de conclusão matemática que a ilegalidade da maconha é a responsável pelo número vertiginoso de homicídios e escravos na região do conhecido polígono nordestino.

A criminalização primária da droga é a mãe da maioria dos crimes violentos nas favelas. Observa-se que os moradores desses aglomerados não são criminosos. São pessoas desprovidas de condição financeira. A guerra entre os traficantes e entre esses e a polícia é que gera essa calamidade social. A ilegalidade das drogas conjugada com a ausência de políticas racionais produz e insere no mercado verdadeiras empresas ilegais. Essas são as mais visíveis conseqüências da inútil guerra contra as drogas.

## 7. Propostas

Como penalista, não poderíamos apontar críticas sem apresentar propostas concretas, eis que é o móvel do jurista a busca pela paz social. Seguem algumas idéias:

- a) Fim da dicotomia droga lícita / ilícita;
- b) Intervenção do Estado na relação consumo / oferta de drogas;
- c) Retirada da repressão penal para o uso privado de drogas;
- d) Punição administrativa para o tráfico ilegal e o uso público de drogas;
- e) Prevenção primária quanto aos sujeitos (família, escola, sociedade, trabalho);
- f) Prevenção secundária aos usuários (efeitos das drogas);
- g) Prevenção terciária aos usuários (reintegração).

## 8. Conclusão

Fernando Pessoa já afirmava no início do século passado, ao criticar a Lei Seca dos EUA, que

se o Estado nos indica o que devemos de beber, porque não decretar o que devemos de comer, de vestir, de fazer? Por que não prescrever onde devemos de morar, com quem devemos de casar ou não casar, com quem devemos de dar-nos ou não dar-nos? Todas

essas coisas têm importância para a nossa saúde física e moral (...) As leis [radicais] nascem mortas; e, como no caso dos monstros, o melhor é que assim aconteça, pois, se vivem, vivem a vida inútil e daninha da Lei Seca do Estados Unidos.

A par de reconhecermos que, cientificamente, a criminalização do uso de drogas está morta, talvez, o que nos falte ainda é reconhecer que a terapia pretendida é pior do que a doença a ser debelada. O problema das drogas não se resolve com repressão ou polícia ou exército, mas, tão somente, com educação e saúde. A política repressiva, há quase um século, mostra-se falha. Nunca funcionou. Não vai funcionar.

## 9. Bibliografia

Batista, Nilo. Punidos e Mal Pagos: violência, justiça. Segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 65.

Cascini, Giuseppe. in Stupefacenti e repressione penale (Diritto Penale Mínimo, Roma: Donzelli editore, 2002, p. 54).

Foucault, Michael. Sujeito e poder. In: Dreyfus, H; Rabinow, P. Uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

Hassemer. Crítica al derecho penal de hoy, Bogotá: UEC, 1998, p. 47.

Iennaco, Rodrigo. Abrandamento jurídico-penal da “posse de droga ilícita para consumo pessoal” na Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: primeiras impressões quanto à não-ocorrência de abolitio criminis. Disponível na internet [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 14.09.2006.

Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel. Derecho penal del enemigo, Madrid: Civitas, 2003.

Júnior, José Silva. Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, (Alberto Silva Franco, org.), 7ª. ed., vol. 2, p. 3242.

Karam, Maria Lúcia. Artigo do Boletim IBCCRIM nº 45 - Agosto Esp. / 1996, Drogas: A irracionalidade da criminalização.

Leal, João José. Política criminal e a lei Nº 11.343/2006: Nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: . Acesso em: 12 out. 2006.

Machado, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do Risco e Direito Penal, SP: IBCCRIM, 2005, p. 123.

Pessoa, Fernando. Obras em Prosas, Lisboa: Nova Aguilar, p. 636.

Queiroz, Paulo. Direito penal e liberdade, Boletim IBCCRIM no. 90, maio/2000.

\_\_\_\_\_. Direito Penal: Parte Geral. SP: Saraiva, 2004.

Ribeiro, Maurides de Melo in Artigo do Boletim IBCCRIM nº 151 - Junho / 2005, Afinal, o que é droga?, p. 9.

Rosa, Fábio Bittencourt da. Legitimação do ato de criminalizar, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 80.

Saramago, José. Ensaio sobre a Cegueira, 2ª ed., Lisboa, Editorial Caminho, 1995.

Terance D. Miethe, Hong Lu. Punishment: a comparative historical perspective. Cambridge: The University of Cambridge, p. 167.

Zaffaroni, E. Raúl, Batista, Nilo et all. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª. edição, p. 131.

Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.. SP: RT, 1997, p. 359.

\*Advogado Criminalista em Belo Horizonte, Mestre em Ciências Penais / UFMG, Professor de Pós-graduação / UFJF

Disponível em: < <http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/punctum-diabolicum:-a-nova-lei-de-drogas-3278/artigo/>> Acesso em: 17 mar. 2008.