

8. Legislação brasileira sobre drogas

história recente – a criminalização da diferença

Maria Lúcia Karam

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

KARAM, ML. Legislação brasileira sobre drogas: história recente – a criminalização da diferença. In: ACSELRAD, G. org. *Avessos do prazer: drogas, Aids e direitos humanos* [online]. 2nd ed. rev. and enl. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005, pp. 155-164. ISBN: 978-85-7541-536-8. Available from: doi: [10.7476/9788575415368](https://doi.org/10.7476/9788575415368). Also available in ePUB from: <http://books.scielo.org/id/bgqvf/epub/acselrad-9788575415368.epub>



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS: HISTÓRIA RECENTE – A CRIMINALIZAÇÃO DA DIFERENÇA

Maria Lúcia Karam



Desde sua fonte mais remota – o Decreto-Lei 891/38, incorporado na redação original do antigo artigo 281 do Código Penal –, às diversas alterações legislativas, que culminaram na Lei n. 6.368, vigente desde 1976, e, mais recentemente, na Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002,¹ a política de drogas traduzida em nossa legislação, fruto da opção pela criminalização de condutas relativas a determinadas substâncias daquela natureza qualificadas como ilícitas, tem na irracionalidade desta opção repressora o seu centro, irracionalidade cujo aprofundamento se reflete em cada um dos projetos supostamente inovadores, que, vez por outra, se apresentam para substituir as leis vigentes, como ocorre com o projeto de lei n. 7.134/02 (105/02 do Senado Federal), aprovado na Câmara dos Deputados e atualmente tramitando no Senado Federal.

A ampliação do poder do Estado de punir, alimentada pelos sentimentos de medo e insegurança, fortemente instalados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial, em que ao neoliberalismo econômico se soma um neoautoritarismo no campo do controle social, encontra campo especialmente fértil neste tema das drogas qualificadas de ilícitas, onde o mistério e a fantasia que as cercam, as falsas informações que apressadamente as associam às ameaças reais ou imaginárias do mal definido fenômeno da chamada criminalidade organizada, e o superdimensionamento das eventuais repercussões negativas da disseminação de suas oferta e demanda, comovendo e assustando, provocam a busca dos rigores da repressão, da maior intervenção do sistema penal, como alternativa tão palpável, quanto irreal, de solução.

¹ A Lei n. 10.409/02 resultou do projeto de lei 1.873/91 (que tomou o nº 105/96 no Senado Federal). Com o veto do presidente da República a inúmeros dispositivos do projeto aprovado pelo Poder Legislativo, inclusive a todo o capítulo III, que tratava das definições dos tipos de crimes e das penas, a Lei n. 6.368/76 permanece em vigor no que regula as matérias objeto do veto.

É neste tema das drogas qualificadas de ilícitas, que, hoje, mais fortemente atua a enganosa publicidade que consegue ‘vender’ o sistema penal como o produto destinado a fornecer as almejadas proteção e segurança, fazendo deste instrumento – na realidade, estimulante de situações delitivas e criador de maiores e mais graves conflitos – o centro de uma política supostamente destinada a conter, ou até mesmo acabar, com a irracionalmente temida circulação daquelas mercadorias, ao mesmo tempo que ensejando uma intensificação do controle do Estado sobre a generalidade dos indivíduos.

Objeto de uma internacionalizada política, que, ditada pelos países centrais, se concentra na investida contra os países produtores e exportadores, também são as criminalizadas condutas relativas a drogas qualificadas de ilícitas as que mais convenientemente atendem à necessidade das formações sociais do capitalismo pós-industrial de criação de novos inimigos e fantasmas, em substituição aos desaparecidos inimigos e fantasmas das derrotadas tentativas de realização do socialismo.

Neste ponto, é significativa, em nossa legislação, a utilização de linguagem característica da antiga doutrina de segurança nacional, que, neste tema das drogas qualificadas de ilícitas, insiste em sobreviver, aparecendo no estabelecimento de um dever geral de colaboração que, expresso no artigo 1º da Lei n. 6.368/76, ressurgiu no artigo 2º da Lei n. 10.409/02, que dispõe ser “dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, com domicílio ou sede no País, colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica”.

Esta solene e grave advertência, a consagrar um dever geral, a que, para pessoas físicas, não corresponde nenhuma sanção (sanção que, aliás, seria evidentemente incabível), talvez seja o mais explícito dos exemplos da irracionalidade repressora, manifestada nas inúmeras contradições que despontam, quer na legislação vigente, quer nos projetos que pretendem alterá-la, aquela, como estes, trabalhando com o simbolismo perverso que entrega à figura dos traficantes (da mesma forma que, nos países centrais, se entrega aos grupos marginalizados de aditos), o papel dos maus, dos inimigos, dos perigosos, para, neles concentrando a hostilidade da maioria, cumprir suas finalidades ocultas de proporcionar maior coesão social e contribuir para o conveniente desvio das atenções sobre outros problemas mais graves.

A irracionalidade da pretensão de controle da oferta e da demanda de determinadas drogas, qualificadas de ilícitas, através da proibição, atinge seu ápice, na vertente do consumo, com a criminalização da posse de tais substâncias para uso pessoal.

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal é claramente incompatível com os postulados de racionalidade que devem informar os atos de governo em um Estado democrático de direito, seja para punir tal conduta com pena privativa de liberdade, como prevê a lei vigente,² seja para impor penas de outra natureza, como sugerem projetos aparentemente mais liberais, como o referido projeto aprovado na Câmara dos Deputados, que, mantendo a indevida criminalização, prevê penas de advertência, prestação de serviços à comunidade ou comparecimento a programa ou curso educativo.

A simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado – e, portanto, ao Direito – penetrar. Assim como não se pode criminalizar e punir – como, de fato, não se pune – a tentativa de suicídio e a autolesão, não se podem criminalizar e punir condutas que, menos danosas do que aquelas, podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão.

A função geral da ordem jurídica de proteção da dignidade da pessoa, que, em nossa ordem constitucional, surge como um dos fundamentos da República, expresso no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, gera princípios limitadores do poder de punir, vinculantes do legislador. Tais princípios fazem do dano social ponto de referência obrigatório para a fixação de parâmetros, na confecção das normas incriminadoras. Reforçando esta obrigatória consideração do dano social, tem-se ainda a norma contida no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que, assegurando a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, desautoriza qualquer intervenção estatal sobre condutas que, restritas à esfera individual, não tenham potencialidade para atingir bens ou interesses de terceiros.

As modernas concepções em torno da tipicidade penal, trazendo-lhe um caráter material que é dado pelo bem jurídico objeto de tutela da norma incriminadora – concepções que se podem traduzir na fórmula *nullum crimen sine iniuria* e únicas compatíveis com aquela necessária consideração do dano social como ponto de referência para a fixação de parâmetros na confecção da

² Na regra do artigo 16 da Lei n. 6.368/76 são previstas penas de detenção de 6 meses a 2 anos e multa, para a indevidamente criminalizada posse para uso pessoal. No entanto, enquadrando-se na definição de infração penal de menor potencial ofensivo dada pela Lei n. 10.259/01, incidem aqui as regras contidas na Lei n. 9.099/95, que prevêem a aplicação antecipada e negociada de penas não privativas de liberdade, ou a suspensão do processo, por um prazo de dois a quatro anos, e sua extinção sem julgamento, desde que cumpridas condições em tudo semelhantes àquelas penas antecipadas não privativas de liberdade.

norma – impõem a assertiva de que a tipicidade de uma conduta não se esgota nos aspectos meramente descritivos encontrados na regra legal (com seus aspectos objetivos e subjetivos), só se revestindo de tipicidade penal a conduta que, descrita no tipo legal, afete o bem jurídico tutelado pela norma anteposta ao tipo, seja o lesando, seja provocando um perigo concreto de lesão àquele bem jurídico, que, naturalmente, há de ser um bem jurídico de titularidade de terceiros.

No que concerne a condutas relacionadas com drogas, enquanto houver destinação pessoal para a posse e enquanto seu consumo se fizer de modo que não ultrapasse o âmbito individual, não se poderá nelas enxergar tipicidade penal, na medida em que ausente a concreta afetação de qualquer bem jurídico de terceiros.

Aqui se têm condutas privadas, que, como tal, não podem ser objeto de criminalização, por constituir esta criminalização uma inautorizada intervenção do Estado sobre a liberdade individual, a intimidade e a vida privada.

A nocividade individual de uma conduta privada poderá ser uma boa razão para ponderações ou persuasões, mas nunca para que o supostamente prejudicado seja obrigado a deixar de praticá-la. Há mais de um século, já assim alertava Stuart Mill, ao discorrer sobre a liberdade, em afirmação que bem traduz o alcance da garantia constitucional que, assegurando os direitos concernentes à intimidade e à vida privada, faz com ela incompatíveis os dispositivos legais criminalizadores da posse de drogas para uso pessoal e de seu consumo em circunstâncias que não afetem terceiros, quaisquer que sejam as modalidades de pena atribuídas a tais condutas.

Se, deste ângulo, a descriminalização é um imperativo nascido do indispensável respeito à liberdade individual, é ainda na vertente do consumo que se encontra outra das mais fortes razões para o rompimento com a irracional política legislativa, que, explicitando a intenção de proteger a saúde pública, contraditoriamente cria, com a proibição, maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores daquelas substâncias proibidas.

Impondo a clandestinidade à distribuição e ao consumo, a criminalização favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando as possibilidades de adulteração, impureza e desconhecimento de sua potência, com os riscos maiores daí decorrentes. A clandestinidade também favorece a falta de higiene, questão especialmente preocupante, nestes tempos de disseminação da Aids, isto sem falar nas resistências e oposições à implementação de programas de redução de danos, consistentes na troca de seringas, na distribuição de cachimbos, na substituição de substâncias

psicoativas mais potentes por outras menos danosas, na manutenção de locais para consumo seguro e em outras ações informadas por análoga linha terapêutico-assistencial. Não obstante a firme posição do Ministério da Saúde, tais resistências e oposições ainda insistem em aparecer, fundadas na obtusa interpretação de dispositivos legais que, constantes da Lei n. 6.368/76, definem como criminosas as condutas de ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo drogas qualificadas de ilícitas; auxiliar alguém a usá-las; utilizar ou consentir que alguém se utilize de local sob sua posse para o consumo; ou, ainda, contribuir para sua difusão, dispositivos que, à exceção dos dois últimos, são repetidos no projeto aprovado na Câmara dos Deputados.

Há, neste aspecto, uma outra consideração a ser feita: a contradição da interpretação apontada com o comando emanado da norma traduzida no artigo 268 do Código Penal, a criminalizar a infringência de determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa, determinação que, certamente, se há de ver nos programas de redução de danos, adotados por órgãos públicos.

Ainda na vertente do consumo, deve-se mencionar que as condições clandestinas em que este se realiza acabam por gerar maiores tensões, podendo acentuar a problemática original sintomatizada por uma eventual adição, assim, freqüentemente, funcionando como um realimentador na busca da droga. A isso se somam as limitações ao controle terapêutico-assistencial, a clandestinidade do consumo, pela necessária revelação da prática de uma conduta tida como ilícita, sendo um natural complicador à procura do tratamento, cujo êxito, por outro lado, se condiciona, como é sabido, à voluntariedade de sua busca, o que é contrariado pela concepção expressada tanto na legislação vigente quanto nos projetos que pretendem alterá-la, todos trabalhando com a imposição do tratamento.

Na outra vertente – a da produção e distribuição, configuradoras do tráfico –, as contradições embutidas na opção pela proibição igualmente recomendam o rompimento com a política criminalizadora.

Nem se discute aqui a irracionalidade maior da equiparação da entrega gratuita às atividades econômicas da produção e distribuição das drogas feitas mercadorias. Este é um ponto que longe está de esgotar a irracionalidade da política repressora adotada, hoje, como nas propostas que pretendem trazer alterações à legislação vigente, irracionalidade que reside na própria opção pelo controle penal da oferta e da demanda destas substâncias tornadas ilícitas.

Somando-se à ineficácia da intervenção do sistema penal na contenção do mercado em que circulam tais substâncias, os pesados ônus que a ilegalidade

traz revelam-se nos altos custos sociais que em muito superam os raros e isolados êxitos que eventualmente possam advir desta irracional forma de controle.

A ineficácia da repressão é inevitável.

Todo o rigor que vem se manifestando nas legislações motivadas especialmente por este tema das drogas qualificadas de ilícitas, consagrando tendência caracterizada por um sistemático abandono de princípios de um Direito garantidor, em prol de uma repressão supostamente mais eficaz, se mostra inútil.

Esta tendência, que vem se aprofundando em todo o mundo, traz resultados que confirmam a advertência de Nils Christie (1993) de que o maior perigo da criminalidade nas sociedades modernas não é o crime em si mesmo, mas sim o de que a luta contra este acabe por conduzir tais sociedades ao totalitarismo.

Até mesmo em um país visto como tradicionalmente liberal, especialmente neste tema das drogas, como é a Holanda, registra-se, nos últimos anos, uma elevação na lotação do sistema penitenciário, motivada fundamentalmente pelo aumento no número de condenações a penas privativas de liberdade por tráfico de drogas.

Nos EUA, como mencionava Ethan Nadelmann (1991), registrou-se um assustador aumento, na década de 1990, do número de pessoas encarceradas. Eram então mais de um milhão de presos e outros dois milhões e meio submetidos a outras medidas penais, representando o mais alto percentual de pessoas encarceradas de qualquer país democrático, em toda a história da humanidade, das quais, nos Estados maiores, cerca de 30 a 45% condenadas por violação de leis penais concernentes a drogas. Hoje, este número cresceu ainda mais, já se computando mais de dois milhões de pessoas nas prisões norte-americanas e cerca do dobro submetidas a outras medidas penais, permanecendo as condenações relacionadas a drogas qualificadas de ilícitas como o principal fator deste crescimento.

No Brasil, basta lembrar que foi sob o pretexto da repressão às drogas e a uma suposta criminalidade organizada, com elas identificada, que, no final do ano de 1994, quando da chamada Operação Rio, se abriu espaço para que, desviando-se das funções que a Constituição Federal lhes atribui, fossem as Forças Armadas chamadas a intervir no Rio de Janeiro, para assumirem as tarefas de um alegado combate ao crime. O anestesiante quase consenso criado em torno da suposta necessidade desta intervenção militar criou também a tolerância com o desrespeito à Constituição Federal, que foi muito além daquele inicial desvio das funções atribuídas às Forças Armadas: restrições ao direito de locomoção, revistas violadoras da intimidade dirigidas até mesmo

contra crianças, exigências de identificação e conseqüentes prisões arbitrárias por falta de documentos ou para averiguações tornaram-se a inquestionada rotina da repressão militarizada.

A repressão às drogas e a uma suposta criminalidade organizada, com elas identificada, também serve de pretexto para a produção de leis, que, à semelhança das legislações excepcionais criadas para a repressão política das ditaduras, se afastam de princípios garantidores, em claro desrespeito a normas constitucionais, sem que sofram maiores questionamentos, quer por parte do conjunto da sociedade, quer por parte dos operadores jurídicos.

Eloqüentes exemplos dessas verdadeiras normas de exceção encontram-se na Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 – a chamada lei dos crimes hediondos – e na Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que, dispendo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, reafirmou a premiação da delação, já prevista na Lei n. 8072, ainda prevendo a irracional “ação controlada” de agentes policiais, com a troca da imediata interrupção de condutas delituosas por uma eventual obtenção de maiores informações e provas.

Prosseguindo nessa escalada repressiva, que caracteriza a legislação penal dos anos 90, veio ainda a Lei n. 9296, de 24 de julho de 1996, que, ampliando onde a Constituição Federal mandou restringir, regulamentou a interceptação de comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal, parecendo pretender fazer deste meio excepcional de busca de prova a regra investigatória, meio excepcional cuja verdadeira eficácia não é a de, como se anuncia, viabilizar um supostamente mais eficaz combate à criminalidade, mas sim uma maior intervenção sobre a intimidade e a liberdade de todos os cidadãos, como bem ilustra a experiência americana: dados vindos dos EUA registram números bastante pequenos de condenações fundadas em provas obtidas através de interceptações de comunicações telefônicas, ao mesmo tempo que demonstram a enorme quantidade de pessoas atingidas por tais interceptações – naturalmente, quando se realiza a escuta em telefone de alguém que está sendo investigado, não são ouvidas apenas as manifestações de seu pensamento, mas a de todos os que se utilizam daquela linha telefônica, sejam familiares, empregados ou outros moradores do local onde está instalada, sejam pessoas que com eles entram em contato através de tal linha telefônica –, indicando aqueles dados proporções de cerca de cem condenações para cem mil pessoas atingidas.

O projeto votado na Câmara dos Deputados, subscrito e aprovado por representantes de todos os partidos políticos, os mais progressistas acenando com a chamada política do possível, que, na realidade, acaba por sufocar

qualquer voz questionadora, voltada para o futuro, para a utopia, adere àquela tendência de abandono de princípios de um Direito garantidor, em prol de uma repressão mais rigorosa e supostamente mais eficaz, negociando os pequenos avanços no tratamento do consumo de drogas (avanços que, vale repetir, de todo modo, mantêm a inadmissível criminalização da posse para uso pessoal), ao preço do desmedido rigor repressivo no que concerne ao tráfico.

Assim é que o projeto propõe a elevação de penas, elevando os limites hoje previstos de 3 a 12 anos para 5 a 15 anos e somando novas causas de aumento de penas às hoje já previstas.

Mas, além disso, o projeto aumenta o autoritário rigor punitivo a ponto de pretender impor penas superiores às de um homicídio a quem financiar ou custear o 'tráfico', conduta que, inserida no âmbito de tal crime, poderia, em conformidade com o princípio constitucional da proporcionalidade, dar lugar tão-somente ao reconhecimento de uma circunstância agravante da pena àquele cominada, diante do papel mais importante desempenhado pelo agente, e não constituir tipo autônomo de crime, com pena delirantemente superior à do tipo básico.

Certamente, não será com o perigoso e nocivo abandono de princípios de um Direito garantidor que se irá obter o tão propagandeado, quanto irreal, objetivo de conter, ou até mesmo acabar, com a irracionalmente temida circulação das drogas qualificadas de ilícitas.

Suprindo as limitadas oportunidades oferecidas pela economia formal, o mercado das drogas ilícitas permanece abrindo espaço para a acumulação de capital e a geração de empregos, como já ocorreu em outras etapas do desenvolvimento capitalista. Em tais condições, os empresários – grandes ou pequenos – e os empregados das empresas produtoras e distribuidoras de drogas ilícitas, quando presos ou eliminados, são facilmente substituíveis por outros igualmente desejosos de oportunidades de emprego ou de acumulação de capital, oportunidades que, por maior que seja a repressão, subsistirão enquanto presentes as circunstâncias socioeconômicas favorecedoras da demanda criadora e incentivadora do mercado.

Mas, acaso se esgotasse apenas na ineficácia, talvez não fosse tão grave a irracionalidade da criminalização. Despejando-se sobre os consumidores, que, além de atingidos pelos maiores riscos à saúde, sofrem a superexploração decorrente dos preços artificialmente elevados, a, freqüentemente, levá-los a se empregar no tráfico ou a adotar a prática de outros comportamentos ilícitos para obter a droga, os altos custos sociais da criminalização se espriam pelo conjunto das sociedades que, sem perceber a irracionalidade de suas reivin-

dicações, clamam pela solução penal – na realidade, a própria criadora dos problemas que, enganosamente, anuncia poder resolver.

A criminalização introduz uma variável na estrutura do mercado, que, provocando a artificial elevação dos preços (aos custos normais de produção serão necessariamente adicionados os custos potenciais de perdas provocadas por eventuais apreensões, bem como as despesas com a segurança exigida pela ilegalidade do empreendimento, repercutindo sobre o preço do produto), irá gerar enormes lucros, assim paradoxalmente funcionando como um dos mais poderosos incentivos à produção e ao comércio de tais mercadorias.

Esses enormes lucros, estabelecendo uma relação funcional com a circulação legal do capital, trazem imenso poder de corrupção: o mercado das drogas ilícitas vai produzir graves desvios, perigosamente contaminando órgãos do aparelho estatal e do sistema financeiro.

Mas, há outro efeito ainda mais grave. 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.

Neste ponto, já se poderia ter um bom argumento a indicar o caminho da descriminalização. Bastaria olhar e seguir o exemplo da história, para lembrar que quem derrotou a violência da Chicago dos anos 20 e 30 não foram os Intocáveis de Eliot Ness, mas, tão-somente, o fim da Lei Seca.

A efetiva redução de danos, eventualmente decorrentes da produção, distribuição e consumo de drogas, impõe o afastamento da enganosamente salvadora intervenção do sistema penal, de modo a afastar uma forma de controle que pouco controla; que, paradoxalmente, estimula o lucro incentivador da produção e distribuição das mercadorias que proíbe; que cria violência e corrupção; que, direta ou indiretamente, torna mais problemático o consumo das substâncias que diz querer evitar.

Por outro lado, faz-se indispensável uma maior tolerância com as diferenças, uma maior compreensão de que nem tudo que se desconhece ou que majoritariamente se rejeita é necessariamente mau, uma maior percepção de que eventuais adições – não só a drogas – são fatos da vida que devem ser

enfrentados com soluções nascidas da convivência, da solidariedade e da aproximação ao conflito.

Afastados os negativos efeitos da criminalização, respeitadas e compreendidas as diferenças, estarão dados os primeiros passos para que possam ser criadas condições para uma efetiva redução dos problemas que eventualmente cercam o consumo de drogas, sejam as hoje tidas como lícitas, sejam as ainda qualificadas de ilícitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CHRISTIE, N. *La Industria del Control del Delito: la nueva forma del holocausto?* Trad. Sara Costa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- NADELMANN, E. America's drug problems. *Bulletin of the America Academy of Arts and Sciences*, dez. 1991.