



PARECER

PARTE I^{1*}

POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS

Por João Carlos Castellar^{2*}

Tal como nos foi imposta, a vida resulta demasiado pesada, nos fazendo deparar-nos com sofrimentos, decepções, empreendimentos impossíveis. Para poder suportá-la, não podemos prescindir de paliativos. Existem três tipos: os entretenimentos intensos, que fazem a nossa miséria parecer menor; as satisfações substitutivas, que a reduzem; e os narcóticos, que nos tornam insensíveis a ela. Qualquer um desses remédios acaba sendo indispensável.

(Sigmund Freud, *Mal-estar na cultura*)³

1 – INTRODUÇÃO

Como sempre esteve nos últimos 90 anos, o atual discurso das autoridades brasileiras sobre política criminal para drogas está em perfeita consonância com o que é recomendado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Esse órgão, todavia, padece de indiscutível influência norte-americana, emitindo seus regramentos em submissão aos anseios internos desse país, os quais finirão por se projetar nos ordenamentos jurídicos positivos de cada um dos países membros, notadamente em face dos chamados países periféricos.

Conforme palavras de Bernard Audit, “estamos envolvidos em um movimento chamado de mundialização, cuja iniciativa deve-se principalmente aos EUA. O aspecto principal deste movimento é a liberalização do mercado; mas em razão do peso econômico dos EUA, ele é acompanhado de uma forte influência cultural, no sentido mais amplo da palavra. No que diz respeito ao direito, isto se traduz principal e diretamente por uma implantação de práticas americanas. Mas também por fenômenos

sociológicos mais amplos: uma nova propensão a invocar-se o direito e a recorrer aos tribunais.⁴

Assim sendo, assinala Ana Lyra Tavares, a “introdução em nosso sistema jurídico de regras, noções ou institutos pertencentes a um outro sistema”⁵, deveria merecer acurada atenção no ato da elaboração legislativa subsequente, na medida em que, no dizer de Piña Rochefort, “fazer *direito comparado* é uma tarefa titânica, pois assim como fácil resulta a comparação isolada de instituições, inútil resulta comparar dois sistemas deste modo”. Ademais, lembra o autor, as consequências de se carrear “comparações descontextualizadas” de um sistema para outro podem ser extremamente perniciosas⁶.

No entanto, não se pode afirmar que a recepção de conceitos de matriz norte-americana tenha sido decorrência de atos impositivos de potências colonizadoras, mas sim de atos voluntários do Governo brasileiro, que vem assinando e promulgando as normativas internacionais que evocam a necessidade de se criminalizar com severidade cada vez maior a participação em delitos envolvendo o assim chamado “combate às drogas”.

2 – ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Com efeito, o tratamento político-criminal para drogas que nos últimos tempos vem sendo implementado no Brasil é remanescente da ideologia da segurança nacional, desenvolvida a partir dos anos cinquenta na Escola Superior de Guerra norte-americana. Essa doutrina foi expressamente adotada na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar, sendo intensamente vivenciada pelos operadores policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos, mas que transbordou para o sistema penal em geral, sobrevivendo à própria guerra fria⁷.

Não custa lembrar que os interesses norte-americanos para que fossem editadas normas internacionais que obrigassem os Estados a perseguir não só o tráfico, mas qualquer forma de implicação com “drogas nocivas”,

1 * Este parecer foi apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros com a finalidade de fornecer subsídios à comissão constituída no Congresso Nacional para fins de alteração da atual Lei de Drogas.

2 * O autor é advogado criminal, mestre em ciências penais (UCAM), doutor em direito constitucional e teoria do estado (PUC-Rio) e diretor cultural da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro (SACERJ).

3 *Apud* CESAROTTO. *Um affair freudiano*: os escritos de Freud sobre a cocaína. São Paulo: Iluminuras, 1989, p. 122.

4 AUDIT, Bernard. *L'américanisation du droit. Introduction*. Paris: Dalloz, 2001. p. 7 (tradução livre por José Guilherme Bermman).

5 LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Estudo das recepções de direito*. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 46.

6 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del 'Common Law'*. Granada: Colmares, 2002. p. 5 (tradução livre).

7 BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, ano 3, nº 5/6, 1998. p. 85.



vêm do início do século passado com a Convenção sobre a Repressão de Drogas Nocivas de 1936, exatamente com esta orientação: proibir terminantemente todos os atos de comércio e também o consumo de drogas que fossem consideradas nocivas. A partir de então, para lidar com essas substâncias somente poderiam ter autorização os médicos, os farmacêuticos ou outros profissionais dotados de habilitação e autorização governamental específica. As demais hipóteses eram incumbência da polícia dar solução, a qual, ainda de acordo com a normativa internacional, deveria dispor de um serviço especializado para cuidar do assunto, formando-se aí o embrião do que mais tarde se transformou na *Drug Enforcement Agency* – a poderosa DEA.

Nas décadas que se seguiram aos anos trinta, com a enorme força suplementar – tanto moral quanto econômica e militar – adquirida depois da participação em duas guerras mundiais estando sempre do lado vitorioso, os Estados Unidos continuaram mantendo sua hegemonia bélica e econômica nas relações internacionais, agindo, porém, de forma ainda mais imperativa, especialmente no que diz respeito ao controle do comércio e do consumo de substâncias psicoativas, pois participar da repressão ao tráfico lhe permitia manter intensa proximidade com os aparelhos de segurança interna dos demais países membros.

Assim, em 1961, em plena guerra fria, quando a Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção Única sobre Entorpecentes (Convenção de Nova Iorque), manifestando em seu preâmbulo a preocupação com a “saúde física e moral da humanidade” e reconhecendo não só a necessidade do “uso médico dos entorpecentes”, mas também que a “toxicomania é um mal grave” que se constitui num “perigo social e econômico”, conscientizando-se, então, de que deveria “prevenir e combater esse mal”, não há dúvidas de que os Estados Unidos, indisfarçavelmente, estavam exercitando sua potência política e econômica, bem como sua supremacia militar perante aquele órgão internacional e as nações que o compunham.

Ao mesmo tempo (1962) o presidente Kennedy convocou uma conferência na Casa Branca sobre o uso indevido de drogas, criando posteriormente o “Comitê Assessor do Presidente sobre Estupefacientes e Uso Indevido de Drogas”.

Propunha-se nessa época uma diferenciação entre o usuário e o traficante, figurando-se uma “luta entre o bem e o mal”, sendo demonizados os últimos e vitimi-

zados os primeiros, como se aqueles fossem “vampiros” que atacavam os “filhos de boa família”. O discurso jurídico enfatizava o estereótipo do criminoso, enquanto o discurso médico difundia o estereótipo da dependência. “Deste modo, pode-se afirmar que na década de sessenta se observava um duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de ‘discurso médico-jurídico’, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes [...], o qual serviria para estabelecer a “ideologia da diferenciação, tão necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer, entre doente e delinquente”. Essa década, que se notabilizou pela rebeldia juvenil e pela “contracultura”, pontuada por manifestações contra a corrida armamentista, contra a guerra do Vietnam, a favor da paz e do amor livre, tinha na droga, largamente utilizada no movimento hippie, uma forma até então não usual de protesto, que necessitava, todavia, ser controlada, pois ameaçava o status quo, seja moral ou politicamente.

Tanto é assim que a Organização das Nações Unidas, na década que se seguiu, os anos setenta, não arrefeceu na sua luta contra o abuso das substâncias psicotrópicas e, expondo sua determinação em prevenir e combater esse mal que vinha de atingir a saúde e o bem-estar da humanidade (já não mais a moral), aprovou, em 21/02/71, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, conhecida por Convenção de Viena.

Nos mesmos moldes do que sucedera no decênio antecedente, a droga também teve uma função política nos anos setenta, com a diferença de que não mais se prestou como uma forma de contestação por parte de jovens pacifistas cabeludos e liberados sexualmente, mas sim, paradoxalmente, foi o próprio *establishment* que dela lançou mão, como uma das melhores vias para neutralizar o “inimigo interno” (representado precisamente por aqueles rebeldes psicodélicos consumidores de maconha e LSD da década anterior) e também como uma forma indireta de conservação da ordem.

Essa política só daria certo, porém, se a droga em questão implicasse uma atitude “contrarrevolucionária” e para essa finalidade, nada melhor do que a heroína, que se constitui num potente narcótico extraído do ópio, que entorpece os sentidos e induz ao sono, sedando possíveis e indesejáveis manifestações de inconformismo político. Essa cruel estratégia, que praticamente arruinou movimentos que contavam com forte apelo popular, como o dos *Black Panthers*, findou, no entanto, por implicar o aumento da criminalidade de uma maneira geral e o



aparecimento de um outro inimigo: o “inimigo externo”.

Por tais motivos, ainda nos últimos anos desse período, na administração do presidente Gerald Ford implementa-se um discurso legitimando a busca, fora das fronteiras norte-americanas, dos responsáveis pelos problemas ocasionados com o desenfreado aumento do consumo de drogas, especialmente da heroína, como se esse fenômeno não tivesse sido “fabricado” no próprio país. De toda sorte, nos moldes do discurso oficial, estando os produtores de droga no exterior, começou-se a difundir através dos meios de comunicação de massa que o uso e o comércio de droga estavam afetando a “Segurança Nacional”, razão pela qual seu tratamento político-criminal, tanto mais externamente, deveria ser de cunho eminentemente militar.

Segundo Bustos Ramíres, a doutrina de segurança nacional implica que o cidadão passa a ser um inimigo, o inimigo interno e, portanto, se devem aplicar relativamente a ele os princípios da guerra, isto é, vencê-lo, eliminá-lo, sem consideração aos princípios democráticos que regem o sistema”⁸.

Na década de oitenta, mais do que em qualquer outro período anterior, o capitalismo se solidificou e sua radicalidade ganhou ímpeto jamais visto. Esse momento histórico apresenta bem demarcadas características, que podem ser resumidas na “*transnacionalização* da economia e na sujeição férrea dos países periféricos e semi-periféricos às exigências do capitalismo multinacional e das suas instituições de suporte – o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional; na consagração mundial da lógica econômica capitalista sob a forma neoliberal e na consequente apologia do mercado, da livre iniciativa, do Estado mínimo, e da mercantilização das relações sociais; no fortalecimento sem precedentes da cultura de massas e na celebração nela de estilos de vida e de imaginários sociais individualistas, privatistas e consumistas, militantemente relapsos a pensar a possibilidade de uma sociedade alternativa ao capitalismo ou sequer a exercer a solidariedade, a compaixão ou a revolta perante a injustiça social”⁹.

Ocorre que, de um ponto de vista estritamente liberal, ou seja, da economia de livre mercado, parece evidente que foi justamente a orientação político-criminal que pro-

pugnava pelo forte “combate” a tudo que se relacionasse com a droga que propiciou este enorme enriquecimento dos traficantes. Afinal, sendo maior a repressão, ao invés de baixar, o preço da droga irá subir. Desse modo, a proibição, mais ainda que a “guerra”, não permitiu que o preço da droga se determinasse em conformidade com a lei da oferta e da procura e isso acarretou uma série de efeitos que são próprios dos mercados não transparentes.

No final dos anos oitenta (1988) as Nações Unidas, lideradas pelos Estados Unidos e seguindo sua agenda política para o trato da matéria, aprovaram a chamada Convenção de Viena sobre *lavagem* de dinheiro, com o escopo de considerar como um delito específico a conduta de quem, num momento posterior à produção, comércio e consumo, ocultasse, dissimulasse e reingressasse no sistema formal os ganhos aí obtidos.

Aqui, com o início da criminalização da *lavagem* de dinheiro, que antes de mais nada visa “garantir o monopólio da especulação financeira nacional e internacional e a criminalização da economia informal”¹⁰, tem ocorrido uma profunda modificação nas legislações dos países signatários da Convenção, os quais, mais além de tipificarem as condutas afetas ao tráfico de drogas, estenderam as recomendações constantes da normativa a todos os delitos, resultando numa onda punitiva bastante intensa, mas de cunho político-criminal marcadamente simbólico.

3 – POLÍTICA PARA DROGAS E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em meio a esse embalo punitivo, a doutrina alemã dos anos noventa, pelas mãos de Günther Jakobs, construiu para a dogmática penal o chamado “Direito Penal do Inimigo”. Seus fundamentos se pautam na necessidade de reconhecer e admitir que nas atuais sociedades, junto a um Direito penal cuja única tarefa é a de resolver, através da sanção punitiva, a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadãos no Direito (segurança normativa), há um outro Direito penal, um “Direito penal do inimigo”. Nesse o Estado, diante de determinados sujeitos que de forma grave e reiterada se comportam contra as normas básicas que regem a sociedade, se constituem em uma ameaça para a mesma, tem que reagir de maneira muito mais contundente para restabelecer, não mais a segurança e a confiança normativa,

8 BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Coca cocaína: entre el derecho y la guerra* (política para drogas en los países andinos). Bogotá: Themis, 1996.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 29.

10 BATISTA, Nilo. *Tudo é crime político*. Entrevista à revista *Caros Amigos*. São Paulo: Editora Casa Amarela, ano I, nº 77, agosto de 2003. p. 29.



mas sim a “segurança cognitiva”¹¹.

Na concepção de Jakobs, para lutar eficazmente contra esse “inimigo”, o Estado pode impor penas desproporcionais e draconianas, penalizar condutas em si mesmas inócuas ou muito distantes de se constituírem numa ameaça ou perigo para um bem jurídico e, o que é mais grave, eliminar ou reduzir ao mínimo certas garantias e direitos do imputado no processo penal, levando à obsolescência o princípio da responsabilidade individual, a ser substituído por critérios de responsabilização objetiva e consolidando a edificação de um ordenamento penal desatento aos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo do Estado, destinando-se, a olhos vistos e com assustadora exclusividade, a “punir os pobres”.

Esse suposto *Estado de Guerra*¹² é artificialmente criado por meio de uma sutil “instilação do medo do ‘inimigo interno’”¹³, que na ausência do subversivo que prega

a revolução socialista, do guerrilheiro que se embrenha nas matas ou, mais recentemente, do terrorista que explode bombas, passa a ser o traficante, o delinquente comum, que com essa nova roupagem ganha *status* mais elevado, pois se supõe esteja organizado em quadrilhas hierarquicamente estruturadas, as quais, para adquirir armas, *lavar* seus lucros e até corromper autoridades governamentais, estreitam laços, aí sim, com aqueles mesmos subversivos, guerrilheiros e terroristas.

Pior que isso, no entanto, é que essa postura sob todos os aspectos intervencionista vem a público habilmente trabalhada, sendo “vendida” à população como um produto garantidor de segurança pessoal e nacional pronto para ser consumido, pois chega ao coração e à mente do comum dos mortais travestida de eficiente medida de política criminal, cientificamente elaborada por profissionais do ramo, findando por merecer seu aplauso e aprovação, sem que maiores indagações possam ser feitas.

Mas essa não é uma guerra convencional, ainda que a ela se queira dar tal caráter. É uma guerra interna contra os próprios cidadãos nacionais, sendo desse modo uma guerra “suja”. Dentro dessa perspectiva, se autoriza que qualquer meio de persecução penal seja lícito, mesmo que com ele se eliminem as garantias constitucionais e a proteção dos direitos humanos.

Nessa linha, nosso ordenamento jurídico é rico em leis que derogam garantias constitucionais em nome da eficiência de investigações sobre comércio de drogas ou outros crimes considerados graves. Crimes hediondos, prisão temporária, organizações criminosas (delação premiada, infiltração de agentes) e *lavagem* de capitais, estatuto do desarmamento, por exemplo, são conjuntos normativos que criam mecanismos investigatórios e estabelecem crimes e sanções que barateiam princípios universalmente cristalizados no que tange ao processo, bem como ao Direito penal: isonomia, liberdade de ir e vir, silêncio, inversão do ônus da prova; reserva legal, proporcionalidade, funções da pena.

4 – CONCLUSÃO PARCIAL

As medidas político-criminais que o Brasil vem adotando nas últimas décadas têm sido marcadamente *bélicas*. O *combate* ao tráfico de drogas e às organizações criminosas instituídas pelos *inimigos* tem sido a marca desses

11 JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi (José Luiz Depalma, editor), 2005. p. 99.

12 Sobre “ESTADO DE GUERRA”, veja-se MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Salienta esse autor que os efeitos do ‘estado de guerra’ são múltiplos e podem se fazer sentir havendo ou não declaração de guerra e podem se dar quanto ao Estado propriamente dito, quanto aos indivíduos e quanto aos bens. Interessa-nos aqui comentar as manifestações ocorrentes quanto aos indivíduos: “em relação aos nacionais do Estado é feita a mobilização e a população é dividida em *combatente* e *não combatente*. As relações comerciais com estrangeiros nacionais do Estado Beligerante são geralmente proibidas. *Publicam-se lei marciais para punir mais rigorosamente certos delitos* [...] Os nacionais do outro Estado beligerante *deverão submeter-se às leis de segurança do Estado*. Muitas vezes se dá um prazo para que eles se retirem do território estatal [...] A convenção sobre a proteção de pessoas civis (Genebra, 1949) estabelece entretanto a obrigação para o Estado de criar um Tribunal ou órgão colegiado para apreciar os recursos contra o internamento. Proíbe-se tratamento cruel, a prática de reféns, atentados humilhantes, deportações etc. e dá-se assim proteção ao civil (grifamos)”. Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*: 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, v. 2, p. 848-9.

13 Comentando um anteprojeto de lei que o Governo Espanhol aprovara, no qual, entre outras medidas, está prevista a imposição de pena de 40 anos, a ser cumprida integralmente, para algumas hipóteses de delitos de terrorismo, Muñoz Conde escreveu: “parece, pues, que con este proyecto nos acercamos cada vez más a lo que un acreditado penalista alemán, Günther Jakobs, denomina como ‘*un derecho penal del enemigo*’. Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema principal que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿donde están las diferencias entre ciudadano y enemigo? ¿quien define al enemigo y cómo se le define? ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?” Cf.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*: El País, España, 15/01/03, p. 26.



tempos. Punir qualquer conduta, como se vê do fenômeno da pluralidade de núcleos que marcam a construção dos tipos penais que desde os anos 1970, assim como o aumento de penas e as restrições para a obtenção de benefícios relativamente ao seu cumprimento, tem trazido resultados pífios. Os mais visíveis são o assustador e exponencial aumento da população carcerária e o número de mortos e feridos registrados nos embates entre as forças policiais e os delinquentes.

Considerando que o escopo dessa repressão visa assegurar proteção ao bem jurídico-saúde pública, vê-se bem que as medidas de política criminal até então instituídas não estão mostrando resultados minimamente aceitáveis.

Países que implementam políticas menos proibicionistas e mais preocupadas com questões sociais, optando por instituir programas de redução dos danos causados pela dependência, têm conseguido diminuir o número de mortes por sobredoses, obtendo, por outro lado, resultados positivos no que tange à diminuição dos ganhos auferidos pelos grupos que se dedicam ao comércio das drogas, quando facultam a usuários de algumas delas, como a maconha, produzi-la domesticamente para seu próprio consumo.

Assim, levando-se em conta que os possíveis malefícios decorrentes do consumo dessa droga não acarretam consequências mais graves do que o do tabaco ou do álcool, substâncias que são comercializadas lícitamente, além, não se esqueça, da sua comprovada serventia para fins medicinais, a ideia de excluir a *cannabis* da lista de proibições da Agência de Vigilância Sanitária deve ser considerada como um grande avanço para redução dos índices de criminalidade e carcerário.

Além disso, a pouca objetividade legal no sentido de distinguir-se o porte de drogas para uso pessoal daquele destinado ao comércio tem acarretado situações díspares e não raro injustas, o que logicamente deve ser evitado. Nesse sentido, o estabelecimento de uma quantidade máxima para o porte individual de toda e qualquer droga, independentemente da forma como esteja acondicionada, norteará as autoridades no ato de classificação da conduta proibida e, igualmente, implicará mais segurança jurídica e menor possibilidade de indesejáveis erros judiciários.

Por fim, há a imperiosa necessidade de que protocolos mais rígidos regulando a investida de agentes públicos em locais onde ocorra o comércio de drogas sejam ins-

tituídos. O número de mortos, seja daqueles que efetivamente estão comprometidos com referido comércio, de policiais e, mais que tudo, de pessoas do povo que residem nas cercanias é macabro.

Mais do que prender pessoas, devem as autoridades preocupar-se sobretudo em apreender o objeto do crime antes que chegue aos pontos de venda a varejo. Assim, as atividades investigativas, de inteligência, devem prevalecer relativamente às de repressão. Medidas de cooperação internacional, controle de fronteiras, portos, aeroportos, rodoviárias são, certamente, mais eficazes e causam menos efeitos colaterais, como mortos, feridos, danos ao patrimônio privado etc.

Acredita-se que as propostas adiante formuladas, elaboradas com base nas sugestões resumidamente expostas nas linhas antecedentes, podem ser implementadas sem que se onere o Poder Público e sem que a sociedade se sinta desprotegida. Além disso, tais propostas, se atendidas pelo legislador, modernizarão a legislação brasileira, assemelhando-a à de países que lograram grandes avanços no sentido de reduzir os riscos atinentes ao uso, abuso e comércio de drogas.

PARTE II

TIPOS PENAIS E PENAS

Kátia Rubinstein Tavares^{14*}

“Para que serve, afinal, a prisão no século XXI?”¹⁵

(Loïc Wacquant)

1 - INTRODUÇÃO

De início, vale frisar que a origem do problema das drogas no Brasil guarda semelhanças com os fatores já ressaltados na história do proibicionismo nos Estados Unidos.

Com o apoio da igreja, da sociedade industrial e, principalmente, a aversão da burguesia a determinados grupos

14 * Advogada Criminal. Mestre em Ciências Penais. Doutoranda em Políticas Públicas e Formação Humana da UERJ. Vice-Presidente da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros. Coordenadora da Revista Digital do IAB. Diretora Adjunta do IAB.

15 In: *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. Cf. Loïc Wacquant, *conferência de 21 de Outubro de 2016, com o título The puzzling return of prisons in the 21st Century* (O estranho retorno das prisões no século XXI) na Ordem dos Advogados, em Lisboa.