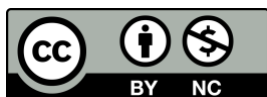


## ***Punctum diabolicum: a nova Lei de Drogas***

*Warley Belo*

**Como citar este artigo:** BELO, Warley. *Punctum diabolicum: a nova Lei de Drogas*.  
*Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 2, p. 149-160, 2007.



## *PUNCTUM DIABOLICUM: A NOVA LEI DE DROGAS*

Warley Belo

Mestre em Ciências Penais, pela UFMG; professor de Direito Penal da Faculdade Promove; professor de pós-graduação da UFJF; advogado criminalista.

### 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 - Considerações finais.....

**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 da 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<sup>1</sup> (Lei n. 11.343/06) mudou o cenário político-repressivo da legislação penal ao despenalizar<sup>2</sup> o uso de drogas, cujo ato passa a ser considerado contravenção penal.<sup>3</sup> 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, com o qual temos aprendido a conviver e, principalmente, a racionalizar, não dá 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.<sup>4</sup> A única diferença é que as drogas ilícitas apresentam duas agravantes: o cérebro

1 Sobre a nomenclatura *droga*, ver também Leal, João José. Política criminal e a Lei n. 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: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 12 out. 2006.

2 “A despenalização é o ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços à comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitações etc.)”. Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.* SP: RT, 1997, p. 359.

3 Em conclusão, ensina-nos Rodrigo Iennaco: “4.1. Não houve abolitio criminis em relação à conduta prevista no art. 16, da Lei n. 6.368/76, tendo em vista conduta mais abrangente tipificada no art. 28, da Lei n. 11.343/06 (Nova Lei de Tóxicos). 4.2. Diante da previsão de pena de multa no art. 28, §6º, II, c/c art. 29, a natureza jurídica do art. 28 da Lei n. 11.343/06 é de contravenção penal.” 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.

4 No parágrafo único do art. 1º, após reiterar os termos programáticos previstos na ementa preambular, a nova lei estabelece textualmente: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

humano não consegue distingui-las; e a lei não faz distinção entre elas, de forma que o usuário de heroína é punido nos moldes do usuário de cloreto de etila.<sup>5</sup>

Para a identificação das substâncias ilícitas, os legisladores apóiam-se nas agências internacionais do sistema penal, como a ONU<sup>6</sup> e a OMS. Entretanto, em rápida pesquisa pelos sítios desses órgãos, observa-se que os conceitos de drogas não indicam por que, v.g., a nicotina é lícita e o tetrahydrocannabinol é ilícito.

A par de o conceito de droga ilícita inexistir no âmbito científico, o que resta claro é que há uma demonização<sup>7</sup> 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<sup>8</sup> 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 os substantivos *droga*, *narcótico*, *entorpecente* e *tóxico* ou, mesmo, ao 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

---

5 No Reino Unido, as drogas são classificadas em três categorias conhecidas como classe A, B e C, havendo variação das penas (Medicines Act 1968 atualizada pela Misuse of Drugs Act 1971): “Class A Drugs Heroin, methadone, cocaine, Ecstasy, LSD, amphetamines (if prepared for injection) [...] maximum of seven years in prison [...]. Class B Drugs Amphetamines (speed) and barbiturates [...]. Maximum penalties for possession are five years in prison [...]. Class C Drugs Cannabis, anabolic Steroids and benzodiazepines (tranquillisers such as Valium, Temazepam) [...] two year prison”.

6 A década de 1990 foi declarada pelas Nações Unidas como a década de combate ao uso e abuso de drogas.

7 Expressão usada por Ribeiro, Maurides de Melo in Artigo do Boletim IBCCRIM n° 151 - Junho / 2005, Afinal, o que é DROGA?, p. 9.

8 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.

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. 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 e arsênico são substâncias tóxicas, algumas 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 a diversas outras doenças, de que a nicotina se relaciona com o câncer. Não queremos com isso pedir a criminalização dessas drogas, mas apenas ressaltar que ambas as substâncias viciam fisicamente. Mesmo porque não se pode “criminalizar substâncias” porque estas não são rés. 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 extrapenal?

A droga não é a nicotina ou a raiz ayahuasca. É evidente que existem pessoas viciadas em heroína, como existem pessoas viciadas em cafeína ou em 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.<sup>9</sup> 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 extrapenal (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<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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

Inexoravelmente, só resta o argumento extrapenal 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 punir o usuário com fundamento no bem jurídico saúde coletiva é, assim, de difícil, se não 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

<sup>9</sup> O tráfico e o uso de álcool são punidos pela lei islâmica há mais de 1.600 anos. Ver Terance D. Miethe, Hong Lu. *Punishment: a comparative historical perspective*. Cambridge: The University of Cambridge, p. 167.

<sup>10</sup> Giuseppe Cascini, in *Stupefacenti e repressione penale (Diritto Penale Mínimo)*, Roma: Donzelli editore, 2002, p. 54).

<sup>11</sup> Ver José Silva Júnior, *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial* (Alberto Silva Franco, org.), 7ª. ed., vol. 2, p. 3242.

funcionalismo radical, esquece-se, como aponta Hassemer<sup>12</sup>, 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 para nenhum deles, se não 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 existe hoje e existirá 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 extrapenal porque não lesa bem jurídico. Paulo Queiroz<sup>13</sup> 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<sup>14</sup> e o da intervenção mínima e não

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

13 Queiroz, Paulo. Direito penal e liberdade, Boletim IBCCRIM n. 90, maio/2000, p. 5.

14 Nesse sentido: Queiroz, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. SP: Saraiva, p. 47, nota 103.

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.<sup>15</sup> Não se perquire 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<sup>16</sup>

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 do momento em 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. Ele não vende sua alma ao Diabo, não é um inimigo público ou um malandro a merecer resposta do direito penal do inimigo<sup>17</sup>, 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 seu direito de ter suas intimidades preservadas, em cujo âmbito o Estado deveria ser impedido de intrometer-se.

Se podemos atentar contra a nossa vida tomando veneno ou cortando os dedos sem que o Estado nos puna, não se percebe, analogamente, por que não podemos nos intoxicar com determinadas substâncias?

<sup>15</sup> Machado, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*, SP: IBCCRIM, 2005, p. 123.

<sup>16</sup> Ver Batista, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: violência, justiça. Segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 65.

<sup>17</sup> No seu sentido mais policial possível. Ver *Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003.



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 ser epilético, existiria o ser afetado pela “loucura moral”, cujo senso ético é suprimido. Até hoje divindades<sup>18</sup> são capazes de perceber esse *punctum diabolicum*.<sup>19</sup> 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 este 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 extrapenal 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 se poderia abrir margem a pesquisas capazes de demonstrar se o indivíduo usou drogas nos últimos 30, 60, 90 ou 120 dias, como fez Nixon ao exigir o exame de todos os funcionários públicos norte-americanos. A discussão parece levar-nos a Saramago, que, em

---

18 “Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de *um estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza *moral* e, por conseguinte, trata-se de *uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico*; para outros, de natureza *mecânica* e, portanto, trata-se de um *estado perigoso*. Os primeiros assumem, expressa ou tacitamente, a *função de divindade pessoal* e os segundos, a de *divindade impessoal e mecânica*”. 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.

19 “De resto, não existe qualquer prova de que a maconha seja inofensiva e antes, ao contrário, provoca alto teor de dependência, tanto que o viciado ou ‘maconheiro’ é perceptível à distância, não só pelo odor que exala como pelo aspecto pálido e esverdeado que tem” (TJSP – Ap. 206.305-3 – j. 09/09/1996, JTJ 184/302).

seu premiado livro *Ensaio sobre a Cegueira*<sup>20</sup>, ensina-nos 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

A criminalização de drogas provoca ônus financeiro de grande proporção não só pelo enorme aparato policial, mas pelas vítimas mortas pelo tráfico, pelo encarecimento das substâncias e pela procura tardia das pessoas por um 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 certo.

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 dessa droga, assim como reduziu, 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.<sup>21</sup>

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

<sup>20</sup> Ensaio sobre a Cegueira, 2ª ed., Lisboa, Editorial Caminho, 1995.

<sup>21</sup> Artigo do Boletim IBCCRIM nº 45 - Agosto Esp. / 1996, Drogas: A irracionalidade da criminalização.

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.<sup>22</sup> 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 a sua criminalização que fazem surgir e fortalecer os alcapones tupiniquins, chefes de conhecidas organizações criminosas que sobrevivem à custa da ilegalidade e da 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 de 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 estes 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.

<sup>22</sup> Rosa, Fábio Bittencourt da. Legitimação do ato de criminalizar, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 80.

Seguem algumas idéias:

- a) Fim da dicotomia droga lícita / droga 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. Considerações finais

Fernando Pessoa<sup>23</sup> 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.

<sup>23</sup> Obras em Prosas, Lisboa: Nova Aguilar, p. 636.