

USO E TRÁFICO DE DROGAS DESPENALIZAÇÃO? DESCRIMINALIZAÇÃO? OUTRAS SOLUÇÕES?

Tatiana Lages Aliverti*

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, faremos uma reflexão sobre a importância de uma política criminal brasileira eficaz em relação ao uso e ao tráfico de drogas.

Inicialmente, abordaremos o movimento reformista das leis penais, cuja finalidade primordial é buscar um Direito Penal mínimo e humanitário, capaz de cumprir seus objetivos e fins. Procuraremos, com essa abordagem, demonstrar o porquê da falência da pena de prisão no combate à criminalidade e as alternativas que surgiram para o sistema das penas.

Posteriormente, falaremos dos argumentos favoráveis e contrários à legalização das substâncias tóxicas.

Em seguida, entraremos na questão da regulamentação do uso e do tráfico de drogas em nosso país, para, finalmente, apresentarmos nossa singela contribuição à problemática.

1 – O MOVIMENTO DE REFORMA DAS LEIS PENAIS: A BUSCA DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO E HUMANITÁRIO

O comércio ilícito de tóxicos constitui um dos setores, talvez o mais transcendente do crime organizado, que se caracteriza, dentre outros aspectos, pela busca contínua de poder, por ganhos cada vez mais elevados e pelo recrutamento de pessoas, em geral adolescentes ou adultos jovens, para atuar nas trincheiras avançadas, executando diretamente a venda das drogas aos consumidores.

Em face deste último aspecto, a Política Criminal, que exerce influência basilar sobre o Direito Penal, com reflexos acentuados na dogmática, tem dirigido sua atenção à procura de meios para proteger os seres mais vulneráveis do corpo social da sedução de buscar na atividade criminosa o atalho para a satisfação de suas necessidades, elementares ou supérfluas.

A solução mais simplista e antiga, que até nos dias atuais costuma estimular a simpatia da coletividade, é o uso da dissuasão pelo endurecimento das san-

* Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestranda em Direito Penal pela PUC/SP. Professora de Direito Penal das Faculdades Padre Anchieta - Jundiaí/SP. Professora de Direito Penal do curso de Pós-Graduação lato sensu do Instituto de Ensino e Pesquisa de Ciências Jurídicas e Sociais - São Paulo/SP

ções criminais. Assim, sempre que a opinião pública é traumatizada, surgem segmentos advogando a premência de uma reforma das leis penais, cuja suposta brandura seria a principal responsável pela ascensão do número de tais delitos.

Atualmente, ocorre no Brasil o clamor pelo endurecimento das penas, não obstante nosso Código Penal encontrar-se dentre os mais severos do mundo, superado, apenas, pelos que admitem a pena de morte ou a prisão perpétua. No entanto, como sabiamente Cesare Bonesana Beccaria advertiu, há mais de dois séculos, ~~ramagnifica obra~~ *Delitos e Das Penas*, “um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade... A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança da impunidade”¹.

É, portanto, uma ilusão, sobretudo no Brasil, acreditar que o agravamento das reprimendas ou a pena de morte são formas infalíveis para diminuir a criminalidade, pois se não conseguimos nem descobrir a identidade dos responsáveis pelos crimes, que dirá puni-los!

Além disso, as reformulações no sistema punitivo não podem preterir as diretrizes traçadas pelos mais respeitadores especialistas, a partir das constatações a que chegaram sobre a pena de prisão como instrumento básico no combate à criminalidade.

As reflexões dos estudiosos, nestes últimos decênios, conduziram à necessidade de se operar uma reforma, visando a alcançar, acima de tudo, a humanização do Direito Penal. A preocupação central da reforma tem gravitado em torno da função e das finalidades da pena, pois a grande questão é decidir-se o que fazer com o ser humano que, comprovadamente, praticou um ilícito penal.

As investigações criminológicas, de forma quase unânime, concluíram pela baixa eficácia da prisão como resposta principal para a maior parte dos delitos. Apesar disso, a coletividade vem sendo iludida quanto às virtudes das penitenciárias e do próprio Direito Penal.

A grande preocupação do movimento de reforma do Direito Penal baseia-se na busca do tratamento que o Estado e a sociedade devam dar ao delinqüente, em razão da constatada falência da pena de prisão. Hoje, cada vez mais, busca-se alternativas à pena de prisão.

Essa diretriz consubstancia uma das tônicas do movimento denominado Direito Penal Mínimo, que se assenta no caráter subsidiário do Direito Penal, cujos instrumentos têm uma alta capacidade deletéria, razão porque somente devem ser usados para reprimir as infrações normativas mais graves, e quando não forem suficientes outros remédios de natureza civil, administrativa, disciplinar, etc.

Os principais corolários do movimento Direito Penal Mínimo são a *descriminalização* e a *despenalização*.

¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 91-92.

A *descriminalização*, segundo René Ariel Dotti², consiste em abandonar a incriminação de certas condutas ou fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal. Já a *despenalização*, na visão do eminente doutrinador³, consiste no processo legislativo, pelo qual são submetidos determinados fatos ilícitos à jurisdição de outros ramos de direito que não o penal. Esta solução, para ele, é muito aproveitável no quadro dos delitos sem vítimas, dos conflitos familiares e na delinquência juvenil.

No atual estágio da trajetória do Direito Penal, entendo que a busca de alternativas à pena de prisão, nos casos de infrações menos graves, tem maior relevo do que uma *abolitio criminis* massiva, de todo contra-indicada, em face do volume expressivo de condutas ilícitas de marcante caráter danoso.

2 – ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À LEGALIZAÇÃO DAS SUBSTÂNCIAS TÓXICAS

2.1 – O argumento liberal

A favor da legalização do comércio da droga milita, em primeiro lugar, um argumento liberal ou, na sua versão mais radical, um argumento libertário, apoiado na autonomia ética da pessoa humana. Segundo esse argumento, não há razão para compelir alguém a optar por uma vida saudável, uma vez que cada qual é o único guardião da sua saúde moral, física e intelectual. Frequentemente, o argumento liberal recorre ao exemplo do suicídio, que não é criminalmente ilícito, adiantando que o consumo (ou abuso) de droga constituirá, na pior das hipóteses, um suicídio lento.

O argumento liberal, no entanto, só logra demonstrar com consistência a ilegitimidade da punição do consumo, nunca do tráfico de droga. Da afirmação de que cada um é o guardião de si próprio, do seu corpo e da sua saúde não se infere a permissão para uma pessoa intrometer-se na esfera de liberdade de outra, oferecendo-lhe substâncias nocivas que provocam sofrimento em elevado grau.

2.2 - O argumento da igualdade

Para o argumento de igualdade, o legislador não pode criminalizar condutas arbitrariamente (selecionando umas e esquecendo outras tão ou mais graves e censuráveis), já que algumas substâncias comercializadas, como o álcool e o tabaco, são tão nocivas como as proibidas.

Assim, na perspectiva do argumento de igualdade, a punição do consumo e do tráfico de droga contraria o princípio da congruência ou concordância prática entre as ordens axiológicas constitucional e penal, do que deriva uma exigência de

² DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema das penas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 251.

³ DOTTI, René Ariel. op. cit, p. 266.

igualdade em sentido material: proporcionalidade entre a gravidade do crime (e a censurabilidade do agente) e a severidade da pena.

2.3 – O argumento da ineficácia

O argumento da ineficácia coloca em dúvida a eficácia do exercício do poder punitivo no domínio do consumo e do tráfico de droga. Para esse argumento, apesar da intervenção penal, o consumo de droga não pára de crescer.

Os defensores da “ineficácia” alegam que a proibição favorece o aparecimento de fortíssimas associações criminosas, as quais se infiltram, ao mais alto nível, no aparelho do Estado e chegam a dispor de exércitos privados, graças aos elevados proventos que obtêm. Acrescem tais defensores, que o proibicionismo, pela subida de preços que origina, tem efeitos criminógenos, compelindo os consumidores à prática de crimes como o furto e o roubo. Além disso, a política repressiva inviabiliza o controle da qualidade do produto, cujos efeitos são, por conseguinte, mais nefastos.

2.4 – O argumento do proibicionismo

O argumento da solução proibicionista propõe a comparação entre algo que existe e algo que podemos fazer conjecturas.

Segundo esse argumento, todos ignoramos os resultados de uma legalização do comércio de droga, porque a liberalização nunca foi ensaiada, nem sequer pode ser empreendida, unilateralmente, pelo Estado.

A afirmativa, de que nos países em que o combate ao tráfico e ao consumo de drogas é mais intenso, o consumo aumenta em vez de diminuir, confunde a relação causa e efeito. É exatamente pelo fato do consumo aumentar que o combate ao tráfico e ao consumo recrudesce, e não o contrário.

Sustentam, numa perspectiva prognóstica, que a legalização do comércio e a conseqüente diminuição substancial do preço da droga gerariam um aumento sensível da procura, o que não faria desaparecer os efeitos criminógenos assinalados ao proibicionismo.

Ademais, para o argumento proibicionista, a descriminação do tráfico não solucionaria os graves problemas colocados às sociedades modernas pelas organizações criminosas, pois essas organizações passam a se dedicar a outra atividade quando uma deixa de ser rentável. Assim, a legalização do comércio de droga poderia ter como efeito perverso o incremento do contrabando de armas, do comércio ilegal de órgãos humanos ou do rapto de crianças para prostituição, por exemplo.

3 – A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA EM RELAÇÃO ÀS DROGAS

Em 28/02/2002, entrou em vigor em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 10.409 (nova Lei de Tóxicos). Entretanto, essa lei não substituiu plenamente a Lei nº 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos), em razão do veto presidencial de todo o seu

capítulo III, que tratava dos crimes e das penas.

A nova Lei de Tóxicos surge em meio à inegável onda liberalizante em relação às chamadas drogas leves, notadamente a maconha. Na Europa, o porte de pequenas quantidades e o consumo de drogas leves são tolerados em países como a Bélgica e a Holanda. Na Grã-Bretanha, na Alemanha, em Portugal, na Itália, na França e na Dinamarca, o porte e o uso de drogas leves são punidos com penas não privativas de liberdade.

Os Estados Unidos, não obstante a tendência mundial, resistem à liberalização das drogas. O Brasil, sob a influência da orientação norte-americana, adota posição contrária à legalização, assim como os demais países da América Latina⁴.

Com a promulgação da Lei nº 10.409/02, perdemos a oportunidade de avançar na direção da educação preventiva e da redução de danos causados pelas drogas, como grande parte dos países da Europa ocidental. Perdemos, ainda, a oportunidade de consolidar a idéia de combate à estigmatização do usuário de drogas, renunciando definitivamente à utilização do Direito Penal como solução de problemas para os quais não foi pensado.

3.1 – O uso de drogas

O crime previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76 (porte para uso próprio), apesar da promulgação da nova Lei de Tóxicos (Lei nº 10.409/02), continua em vigor no ordenamento pátrio.

A dicotomia simplista traficante/usuário adotada pela Lei nº 6.368/76, com o tratamento linear: cadeia para o primeiro e *sursis* para o último não mais reflete a realidade atual. Hoje, exige-se uma resposta penal diferenciada para os diversos personagens que se envolvem, até culposamente, no mundo dos entorpecentes.

A Lei nº 6.368/76, em seu art. 16, ao tratar do porte de droga para uso próprio, prevê uma pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos de detenção e multa, o que abre a possibilidade do *sursis* para os primários.

Acredito, porém, que o critério vigente envolve o grave risco de mandar para a prisão o reincidente no porte de drogas para seu próprio uso. Aquele que já sofreu uma condenação, não se deixou sensibilizar com a advertência do *sursis*, e tornou a ser preso pelo mencionado art. 16, revela-se mais um dependente do que um infrator a merecer o cumprimento efetivo da pena privativa da liberdade.

É reconhecido, unanimemente, que a pena privativa de liberdade, mormente nos casos toxicômanos, não leva à cura. Ao contrário, provavelmente agravaria a sua condição de dependente. Se já é discriminado pelo vício, com a prisão, o toxicômano é jogado em perigoso ambiente, envolvendo-se com “professores” do crime, sendo, desta forma, o seu retorno à sociedade ainda mais traumático.

⁴ O Plano Colômbia é prova incontestante de que os países latinos seguem, rigorosamente, os ditames do discurso americano anti-drogas.

Assim, em face da manifesta inconveniência do encarceramento dos usuários dependentes de drogas, emerge a questão que vem ganhando importância: a descriminalização.

Sem aprofundar-me na análise da conveniência ou não da proposta de discriminação, pura e simples, do portador de tóxicos para uso próprio, gostaria de registrar que não estou inteiramente convencida do proveito social decorrente de uma liberação radical, ainda que das denominadas drogas leves, como a maconha.

São inegáveis, em relação à maioria das pessoas, os efeitos nocivos à saúde com a ingestão de drogas, sem falar no comprometimento do desempenho laborativo, fenômeno, aliás, que ocorre com o uso abusivo do álcool e do tabaco. Assim, de forma cada vez mais intensa, o uso abusivo do álcool e do tabaco vem sendo desestimulado e restringido, de acordo, inclusive, com diretrizes internacionais emanadas principalmente da Organização Mundial de Saúde.

Outro aspecto relevante é o da droga como fator criminógeno. Estudos recentes mostraram que cerca de 50% dos apenados confessaram estar sob o efeito de drogas, por ocasião do delito que haviam praticado.

Destarte, parece que a melhor política é evitar o crescimento do número de pessoas que integram em seu cotidiano o consumo de entorpecentes, inclusive os considerados leves. E, nesse sentido, as crianças e os adolescentes devem ser especialmente resguardados, dado à sua maior vulnerabilidade. Essa proteção dos menores acabaria comprometida se eles ficassem expostos ao convívio aberto com usuários de drogas, o que fatalmente ocorreria se adotada a tese da liberação.

Acredito que a melhor alternativa ao usuário, afastada a proposta radical de discriminação pura e simples, seria a previsão de uma das penas alternativas previstas no art. 43 do Código Penal, mesmo nos casos de reincidência, além do tratamento adequado ao dependente.

No entanto, mesmo tendo a nova Lei de Tóxicos nascido no seio de todo o movimento reformista que gira em torno do Direito Penal, nada inovou em relação à penalidade a ser aplicada ao transgressor no caso do crime de porte de drogas para uso próprio, continuando, assim, a ser aplicada a inútil pena privativa de liberdade para esse tipo de delinqüente.

3.2 – O tráfico de drogas

A Lei nº 6.368/76, em seu art. 12, ao prescrever o crime de tráfico de drogas, não estabelece diferenciação, para efeito de pena, entre as diversas condutas dos que participam do tráfico.

Faz-se necessário um tratamento racional e diferenciado aos diversos partícipes da engrenagem das drogas, pois o estabelecimento de escalas penais altas, impede os juizes de adequarem a individualização da pena ao grau de culpabilidade do agente.

Pela rígida dicotomia fixada na Lei nº 6.368/76, o comprador-usuário, muitas vezes menor de 21 (vinte e um) anos e também dependente de tóxicos, é equipara-

do aos traficantes, ficando sujeito a um mínimo de três anos de reclusão, o que impede a concessão do *sursis*. A consequência é que as penitenciárias têm seus espaços ocupados por infratores e por outros tantos que se limitaram a ceder, eventual e gratuitamente, a droga a um amigo usuário.

A nova Lei de Tóxicos, entretanto, seguindo os parâmetros da Lei nº 6.368/76, não previu um tratamento diferenciado aos diversos partícipes do tráfico de drogas, permanecendo, assim, a problemática do encarceramento de infratores eventuais.

Para evitar o perverso encarceramento de pessoas que representem escasso perigo, a legislação de vários países europeus criaram, ainda que em matéria de tráfico, verdadeiros tipos privilegiados, de modo a punir com penas quase simbólicas os casos de venda de drogas leves em pequena quantidade ou os toxicômanos que realizam atos de tráfico para assegurar suas necessidades de consumo. Com isto, também se procura minorar as seqüelas da superpopulação carcerária, que interfere gravemente no desenrolar de uma adequada política penitenciária.

Assim, à luz da experiência estrangeira, poderíamos estabelecer uma diferenciação no tratamento penal dos intitulados traficantes, mantendo a severidade das penas mínimas de prisão para os médios e grandes traficantes – que ficariam impedidos de receber privilégios legais -, e abrindo uma oportunidade para os pequenos traficantes, não-reincidentes.

CONCLUSÃO

Não procuramos com este trabalho esgotar a discussão da problemática atual do combate ao uso e ao tráfico de drogas, já que se trata de questão complexa.

Verificamos, no entanto, que, diante da conjuntura atual, o sistema repressivo é ineficaz no combate às drogas. Enquanto continuarmos a assistir cenas de corrupção envolvendo os que cuidam da repressão, é ilusório, enganador, representativo de uma autoridade punitiva, acreditar-se que o tráfico venha a diminuir.

Nenhuma medida em relação ao tráfico será eficaz enquanto não se pensar a questão do porquê se usa a droga. É muito cômodo, sedutor até, tratar o usuário como uma vítima do traficante, mas não olhar para o fato de que enquanto houver demanda haverá quem venda.

A idéia de tratamento do dependente não é conciliável com a natureza da pena de prisão. Não se vê qual o efeito terapêutico que pode produzir uma pena de prisão sobre uma pessoa que careça, por exemplo, de uma dose diária de heroína. A terapia indicada é, evidentemente, o tratamento ou internação em estabelecimentos especializados. E a atribuição à pena curta de prisão, neste caso, de um significado meramente simbólico não é satisfatória, por comprometer a eficácia global do sistema.

Assim, em meu entender, deve-se manter a incriminação do tráfico de dro-

gas, estabelecendo-se uma diferenciação no tratamento penal dos intitulados traficantes, a fim de que a pena seja individualizada e proporcional à sua conduta. Porém, o consumo de drogas não deve ser reprimido somente com penas de prisão e multa, mas sim por meio de uma sanção mais eficaz, como, por exemplo, penas alternativas aliadas ao tratamento dos usuários dependentes.

BIBLIOGRAFIA

- BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. *Lei de Tóxicos: comentários por artigo*. 5 ed. Freitas Bastos Editora, 1996.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BERISTAIN, Antonio. *Pro y contra la legalizacion de las drogas*. Actualidad Penal, Madrid, n 2, p. 1937-1942, 1987.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 1 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. tradução da 2 ed. espanhola, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Tóxicos e descriminalização*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 6, p. 8, jul/1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*. Separata, Braga, n 250/252, p. 193-209, jul/dez, 1994.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o sistema de penas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GONZAGA, João Bernardino. *Entorpecentes: aspectos criminológicos e jurídico-penais*. São Paulo: Max Limonad, 1963.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção – repressão*. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- HULSMAN, Louk H. C., RANSBEEK, Hilde van. *Evaluation critique de la politique des drogues*. Déviance et Société, Liège, v 7, n 3, p. 271-280, sept/1983.

- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 9v.
- KARAM, Maria Lúcia. *Drogas: a irracionalidade da criminalização*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 45, p. 9-10, ago/1996.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Tóxicos: doutrina, prática, jurisprudência, legislação*. 2 ed. São Paulo: Editora Jalovi Ltda, 1982.
- MOURA, José Souto de. *Droga livre. Sociedade suis.i.d.a?* Revista do Ministério Público, Lisboa, n 43, p. 61-79, jul/set, 1990.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1962, 4v.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. *Tóxicos: o caminho para a descriminalização*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 22, p. 8, out/1994.
- SILVA, Eugênia Barboza. *Tóxicos: descriminalizá-los é a solução anti-violência?* Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 32, p. 7, ago/1995.
- TORON, Alberto Zacharias. *Drogas: repensando os caminhos para o novo milênio*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n 45, p. 8, ago/1996.