legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais: 2^a parte

maria lúcia karam*

II.8. Meios de busca de prova: violação à garantia do direito ao silêncio

Ainda em matéria processual, a Convenção de Viena prevê a quebra do sigilo bancário [parágrafo 3 do artigo 5]¹ e a “técnica de entrega vigiada” [parágrafo 1 do artigo 11],² meios de busca de prova invasivos da pessoa e contraditórios com a transparência e a ética exigidas das atividades estatais no Estado de direito democrático.

Legislações dos mais diversos Estados nacionais ampliam o rol desses insidiosos meios de busca de prova, contemplando a quebra do sigilo de dados pessoais (onde se inclui a quebra do sigilo bancário), a interceptação de correspondências e de comunicações, as escu-

* Juíza de direito aposentada, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto Carioca de Criminologia.

tas e filmagens ambientais, a infiltração e a ação controlada ou retardada de agentes policiais (onde se inclui a “técnica de entrega vigiada”) e a delação premiada.

Esses novos meios de busca de prova — expressão no campo do controle social dos avanços da revolução científico-tecnológica — revelam um antigo objetivo: o de fazer com que, através do próprio indivíduo, se obtenha a verdade sobre suas ações tornadas criminosas.

Desta forma, viola-se, direta ou indiretamente, a garantia do direito a não se auto-incriminar (o direito ao silêncio), expressa na alínea “g” do parágrafo 3 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.³

Para, assim, ilegítima, insidiosa e indevidamente obter a verdade através do próprio indivíduo que se pretende venha a sofrer a pena, o expandido poder punitivo espalha instrumentais de escuta, de interceptação de comunicações, câmeras ocultas, intensificando o controle, invadindo a privacidade e atingindo a liberdade e a intimidade, não apenas daquele que está sendo investigado ou processado, mas de todos os indivíduos.

Para ilegítima, insidiosa e indevidamente obter a verdade através do próprio indivíduo que se pretende venha a sofrer a pena, o expandido poder punitivo, infiltrando seus agentes, instigando, promovendo ou retardando a interrupção de condutas tidas como criminosas, faz da obtenção de maiores informações e provas um obsessivo objetivo que, paradoxalmente, incentiva, realiza ou prolonga as próprias ações proibidas que anuncia querer controlar. A irracionalidade, inerente ao sistema penal, aqui chega a seu auge.

Para ilegítima, insidiosa e indevidamente obter a verdade, para obter a colaboração do indivíduo investigado ou processado, o expandido poder punitivo premia

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

a delação, transmitindo valores tão ou mais negativos do que os valores dos apontados “criminosos” que diz querer enfrentar. A figura da delação premiada encerra uma valoração positiva de atitude profundamente reprovável no plano moral. Trair alguém, desmerecer a confiança de um companheiro, são condutas, decerto, reprováveis no plano moral, sendo repudiadas em qualquer sociedade que veja a amizade e a solidariedade como atitudes positivas e desejáveis para um convívio harmônico entre as pessoas. Com a premiação da delação, invertem-se essas premissas. Agora, é a traição que aparece como positiva, merecendo até mesmo um prêmio. Com o elogio e a recompensa à conduta traidora, o Estado nitidamente exerce um papel deseducador no âmbito das relações entre os indivíduos.

Mas, em algumas legislações, a delação não é apenas premiada. Busca-se a colaboração do indivíduo contra si mesmo ou contra seus companheiros em “negociações” de direitos que não conseguem ocultar seu parentesco com a chantagem.

No Chile, por exemplo, dispositivo constante do artigo 62 da Lei nº 20.000 de 2 de fevereiro de 2005,⁴ que, indevidamente desvalorando a reincidência, veda o direito à suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade ou a outras medidas alternativas à privação da liberdade para quem tiver sofrido condenação anterior por crimes relacionados a drogas, estabelece, no entanto, que tal direito pode ser reconhecido na hipótese de colaboração.

Na Itália, regra constante da lei que dispõe sobre o ordenamento penitenciário estabelece que direitos ao trabalho externo, a permissões de saídas premiais ou a medidas alternativas à detenção, a princípio, só poderão ser exercidos por condenados pela prática de deter-

minados crimes, dentre os quais os relacionados à associação voltada para o “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas, na hipótese em que aqueles condenados se tornem “colaboradores” [item 1 do artigo 4-bis da Lei de 26 de julho de 1975, n. 354, com as modificações introduzidas pela Lei de 23 de dezembro de 2002, n. 279].⁵

A adoção dos insidiosos, indevidos e ilegítimos meios invasivos de busca de prova em legislações dos mais diversos Estados nacionais faz com que o processo penal desta época “pós-moderna” volte no tempo, acabando por reconduzir a confissão ao trono de rainha das provas. Seguindo orientação que parece tirada dos antigos manuais da Inquisição, este processo penal da “pós-modernidade” faz lembrar das bruxas e hereges, que, se não persuadidos, deviam se submeter à tortura, para, de uma forma ou de outra, revelar a verdade através da confissão.

O toque “pós-moderno”, mais “civilizado”, apenas substituiu a tortura oficial — deixada para a repressão paralela, informal, desenvolvida à margem do ordenamento jurídico-penal, mas, certamente, realizada à sua imagem e semelhança — por formas mais “científicas” e fisicamente indolores de intervenção sobre a pessoa, mas sempre mantendo o mesmo objetivo de viabilizar a pena através de revelações ou da colaboração daquele que irá sofrê-la.

II.9. Inversão do ônus da prova: violação à cláusula do devido processo legal

Ainda em matéria processual, a Convenção de Viena recomenda a inversão do ônus da prova no que se refere à origem de bens supostamente obtidos através da prá-

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

tica das condutas criminalizadas e, por isso, sujeitos a confisco [parágrafo 7 do artigo 5].⁶

Com tal dispositivo, a Convenção de Viena, mais uma vez, conflita com a cláusula fundamental do devido processo legal, cujo conteúdo garantidor ultrapassa os limites do processo penal, conforme se deduz da própria norma constante do parágrafo 2 do artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁷ que, em seguida ao reconhecimento do direito à propriedade, estatui que ninguém poderá ser dele privado arbitrariamente.

A indevida inversão do ônus da prova aparece em legislações internas de alguns Estados nacionais.

Em Portugal, por exemplo, regras que estabelecem um regime especial de “recolha de prova”, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, em processos em que a demanda se funde em alegada prática de determinados crimes, dentre os quais o “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas, criam a presunção de que a diferença entre o valor do patrimônio do réu e o que se mostre congruente com o seu rendimento lícito constituiria vantagem auferida com a prática criminalizada, assim transferindo para o réu o ônus de provar a origem lícita para desfazer aquela presunção [artigos 7º e 9º da Lei 5/2002].⁸

No Brasil, regras do artigo 60 da Lei 11.343/06 também atribuem ao réu o ônus de provar a origem lícita de bens que o Ministério Público alegar terem sido obtidos através do “tráfico”.⁹ Além dessa indevida inversão do ônus da prova, aquelas regras ainda repetem dispositivo anteriormente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela lei criminalizadora da “lavagem” de capitais, condicionando a apreciação do pedido de restituição do bem apreendido ao comparecimento pessoal do réu, que, não raro, poderá implicar na própria privação

da liberdade do titular daquele direito à restituição do bem, em hipóteses, decerto não raras, de haver decreto de prisão provisória.

II.10. Criminalização da posse para uso pessoal: violação ao princípio da lesividade e aos direitos à liberdade, à intimidade e à vida privada

Embora se referindo à reserva dos princípios constitucionais e conceitos fundamentais do ordenamento jurídico de cada uma das Partes, a Convenção de Viena de 1988 explicita a imposição da criminalização da posse para uso pessoal das substâncias e matérias primas tornadas ilícitas [parágrafo 2 do artigo 3].¹⁰

Ao tratar das penas [parágrafo 4 do artigo 3],¹¹ admite, como já o fazia a Convenção de 1961, a aplicação ao consumidor de medidas de tratamento, educação, pós-tratamento, reabilitação ou reinserção social, substitutivas ou complementares à condenação.

O aparente abrandamento, que estaria a se contrapor ao rigor punitivo destinado ao “tráfico”, não esconde, porém, a violação ao princípio da lesividade e, assim, o conflito do parágrafo 2 do artigo 3 da Convenção de Viena com a já citada norma do artigo 9 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, que consagra a cláusula fundamental do devido processo legal.

Tampouco esconde o conflito com a primeira parte das normas do artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹² e do artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos,¹³ que, assegurando o respeito à vida privada, se vinculam ao sentido do princípio da legalidade como expressado no parágrafo 2 do artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁴ Neste seu enunciado genérico, o princípio da le-

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

galidade condiciona o exercício do poder estatal a determinações legais e assegura a liberdade individual como regra geral, situando proibições e restrições no campo da exceção e condicionando-as à garantia do também livre exercício de direitos de terceiros.

A afetação de um bem jurídico, ponto que está na base do princípio da lesividade da conduta proibida, naturalmente, diz respeito a bens jurídicos de titularidade de terceiros. Não apenas por decorrência daquele sentido do princípio da legalidade, mas também pelo próprio sentido de bem jurídico, que se identifica ao direito que cada indivíduo tem de dispor (isto é, de usar ou aproveitar) certos objetos, como a vida, a saúde, o patrimônio, a honra, etc.¹⁵ A lesão, ou o perigo de lesão ao bem jurídico (isto é, sua afetação), revelam-se, exatamente, quando a conduta de alguém vem perturbar ou impedir a livre disposição daqueles objetos, que, assim, necessariamente, hão de estar referidos a uma pessoa diversa daquela que realiza a conduta perturbadora, devendo ser, portanto, necessariamente, de titularidade de terceiros.

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que dizem respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza, ainda mais através da imposição de uma sanção, qualquer que seja sua natureza ou sua dimensão.

A nocividade de uma conduta privada poderá ser motivo para ponderações ou persuasões, mas nunca para que o supostamente prejudicado seja obrigado a deixar de praticá-la. Faz parte da liberdade, da intimidade e da vida privada a opção por fazer coisas que pareçam para

os outros — ou que até, efetivamente, sejam — erradas, “feias”, imorais ou nocivas para si mesmo. O reconhecimento da dignidade da pessoa impede sua transformação forçada. Enquanto não afete concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem lhe aprouver,¹⁶ não podendo o Estado obrigá-lo a mudar de comportamento.

A desautorizada interferência na vida privada manifesta-se, portanto, não apenas em legislações nacionais que reproduzem a imposição explicitamente criminalizadora da Convenção de Viena, como, por exemplo, no Brasil, as regras do artigo 28 da Lei 11.343/06.¹⁷

A nova lei brasileira mantém a criminalização da posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, apenas afastando a imposição de pena privativa de liberdade para cominar a tal conduta as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de descumprimento, admoestação e multa. Não trouxe assim nenhuma mudança significativa, na medida em que, dada a pena máxima de detenção de dois anos prevista na lei específica anterior por ela revogada (Lei 6.368/76), a indevidamente criminalizada posse para uso pessoal já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, sendo-lhe aplicáveis as regras contidas na Lei 9.099/95 que estabelecem a imposição antecipada e “negociada” de penas não privativas da liberdade.

Mas, a desautorizada interferência na vida privada também se manifesta em outras legislações, que, aparentemente mais liberais, no entanto, não afastam a proibição, apenas administrativizando-a. Assim, por exemplo, em Portugal, onde a Lei 30/2000, constantemente apresentada como um avanço, por transformar

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

em contra-ordenação (isto é, em ilícito administrativo) a antes criminalizada posse para uso pessoal de quantidade não excedente à necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias, na realidade, reproduz a desautorizada intervenção do Estado sobre autores daquela conduta.

Nem se trata aqui de entrar na tormentosa discussão em torno das diferenciações ou indiferenciações entre infrações penais e ilícitos administrativos,¹⁸ ou na concreta semelhança encontrada nos artigos 11, 17 e 19 da lei portuguesa¹⁹ entre as sanções impositivas (pecuniárias, restritivas de direitos ou admoestação), as condições restritivas da liberdade estabelecidas para a suspensão do procedimento, ou o tratamento médico oferecido em alternativa à sanção e as penas não privativas de liberdade usualmente aplicáveis a infrações penais de menor gravidade.

A imposição a consumidores de drogas qualificadas de ilícitas de penas explícitas ou disfarçadas em sanções administrativas ou em tratamentos médicos, revelando a concepção que os estigmatiza na alternativa de que “se é enfermo, não é livre; se é livre, é mau”,²⁰ sempre estará a revelar uma desautorizada intervenção do Estado em suas vidas privadas. Condutas desta natureza, sempre vale repetir, não podem ser objeto de qualquer intervenção estatal.

II.11. Proibição do cultivo de plantas tradicionais: violação aos direitos de povos indígenas

Ao promover a artificial diferenciação entre drogas lícitas e ilícitas, selecionando algumas dentre as inúmeras substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção e tornando-as objeto de proibição, as con-

venções editadas sob a égide da Organização das Nações Unidas incluem dentre as substâncias e matérias primas proibidas plantas tradicionalmente cultivadas e utilizadas por comunidades indígenas, como é o caso da folha de coca nos Andes.

As permissões extremamente limitadas para seu uso lícito e o objetivo de erradicação das plantações, além de provocarem efeitos profundamente negativos, afetadores das condições materiais de vida dos integrantes daquelas comunidades, resultam na restrição ou mesmo no impedimento de atividades significativas no âmbito de suas tradições e seu patrimônio cultural.

A proibição do cultivo e da utilização das plantas tornadas ilícitas assim conflita com a norma expressada no artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,²¹ que assegura às minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas o direito a usufruir sua própria cultura.

III. A Supremacia das declarações universais de direitos e dos princípios e normas constitucionais dos estados democráticos

As convenções das Nações Unidas e as legislações dos Estados nacionais que expressam o proibicionismo voltado contra as drogas qualificadas de ilícitas situam-se, como de início assinalado, na origem da tendência expansionista do poder punitivo e da incorporação ao controle social exercido através do sistema penal de estratégias e práticas que identificam o anunciado enfrentamento de condutas criminalizadas à guerra ou ao combate a dissidentes políticos.

Alimentando e sendo alimentadas por um enganoso discurso que apresenta especialmente os produtores e distribuidores das drogas qualificadas de ilícitas como

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

um “inimigo” entrincheirado em uma indefinida e indefinível “criminalidade organizada”, para cujo “combate” não bastaria a utilização de meios tradicionais ou regulares, as proibicionistas convenções das Nações Unidas e legislações dos Estados nacionais pautam-se por uma excepcionalidade que se traduz na sistemática violação a princípios e normas consagrados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, na sistemática negação de direitos fundamentais e de suas garantias.

Trazem assim à lembrança a eloqüente advertência de Nils Christie, que, desnudando o enganoso discurso que alimenta proibições e criminalizações, mostra que o maior perigo da criminalidade nas sociedades contemporâneas não é o crime em si mesmo. O maior perigo da criminalidade, nos tempos atuais é sim o de que a repressão ao crime acabe por conduzir todas essas sociedades ao totalitarismo.²²

No mesmo sentido, pode-se afirmar que os maiores danos relacionados às drogas qualificadas de ilícitas não provêm delas mesmas. Provêm sim do proibicionismo. São danos aos direitos fundamentais, que estão a ameaçar a própria preservação do modelo do Estado de direito democrático, demonstrando que, em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que pode acabar por conduzir todas as sociedades contemporâneas ao totalitarismo.

É, pois, a própria necessidade de preservação do modelo do Estado de direito democrático que está a exigir que se retirem da ordem jurídica internacional e interna de cada Estado nacional diplomas que, como as legislações proibicionistas em matéria de drogas, totalitariamente negam direitos fundamentais.

É preciso permanentemente afirmar a universalidade dos princípios garantidores expressos nas declarações universais de direitos e em normas constitucionais dos Estados democráticos, de forma a lhes dar a máxima eficácia e efetivar sua supremacia.

Os princípios garantidores da proporcionalidade, da lesividade da conduta proibida, da estrita legalidade, da isonomia, da culpabilidade, da vedação de dupla punição pelo mesmo fato, do estado de inocência, do direito a não se auto-incriminar, da cláusula do devido processo legal, dos direitos à liberdade individual, à intimidade e à vida privada são princípios inafastáveis, que não admitem quaisquer exceções, sejam quais forem as conjunturas, sejam quais forem as circunstâncias do momento, sejam quais forem os reais ou imaginários “perigos” a serem enfrentados.

Esses inafastáveis princípios garantidores, expressos nas declarações universais de direitos, prevalecem sobre quaisquer outras normas de âmbito internacional ou interno.

As normas que os contêm são normas fundamentais, normas cogentes (*ius cogens*), que concretizam os objetivos expressados na Carta das Nações Unidas de proteção à pessoa, de desenvolvimento e estímulo ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos.

Como as Constituições no plano interno em relação às normas infraconstitucionais, normas fundamentais como as declarações universais de direito também se situam em patamar superior em relação a outras normas de direito internacional de menor envergadura, aí incluídos não apenas os tratados bilaterais, mas quaisquer tratados ou convenções que tratem de matérias não vinculadas diretamente à promoção e concretização da proteção à pes-

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

soa, do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Tratados ou convenções criminalizadores, naturalmente, situam-se dentre estas normas de direito internacional de menor envergadura.

Da mesma forma que no âmbito dos Estados nacionais, desde a instituição do controle de constitucionalidade e da conseqüente efetivação da supremacia da Constituição, não há dificuldade na invalidação ou na retirada de eficácia de leis infraconstitucionais que com ela se contradigam, no âmbito internacional, o mesmo alcance há de ser dado às normas fundamentais, reconhecendo-se a invalidade ou a ineficácia de quaisquer outras normas de direito internacional ou de direito interno que com elas se contradigam.

Para tanto, cabe aplicar o disposto nos artigos 53 e 64 das duas Convenções das Nações Unidas sobre Direito dos Tratados (1969 e 1986), que estabelecem a invalidade de tratados que conflitam com normas peremptórias de direito internacional geral.²³

Utilizando-se as vias cabíveis no plano da jurisdição internacional, há de se buscar, portanto, a declaração de invalidade (ou de ineficácia) — e, portanto, a inaplicabilidade — de todos os apontados dispositivos das Convenções das Nações Unidas em matéria de drogas que, como exposto, diretamente conflitam com princípios garantidores expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Analogamente, no plano interno de cada Estado, devem ser utilizadas as vias jurisdicionais cabíveis para buscar a declaração de invalidade (ou de ineficácia) — e, portanto, a inaplicabilidade — de todos os inúmeros dispositivos constantes das legislações em matéria de drogas que diretamente conflitam com os princípios ga-

rantidores expressos naqueles diplomas internacionais e em suas Constituições.

Este é um primeiro e urgente passo para que, resgatando a supremacia das declarações universais de direitos e das Constituições dos Estados democráticos, afastem-se as ameaças à subsistência do modelo do Estado de direito democrático e se reduzam os riscos e os danos causados pelo proibicionismo em matéria de drogas qualificadas de ilícitas.

IV. A superação do proibicionismo

A necessária proclamação da invalidade dos dispositivos criminalizadores das convenções das Nações Unidas e das legislações internas incompatíveis com os princípios garantidores consagrados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas é, no entanto, apenas um primeiro e urgente passo, circunscrito ao enfrentamento do maior dos riscos e dos danos causados pelo proibicionismo.

Mas, dado esse primeiro e urgente passo, é preciso seguir; é preciso ir além e romper com todos os outros riscos, danos e enganos do proibicionismo.

Sempre se deve lembrar que o proibicionismo somente se sustenta pelo entorpecimento da razão.

Somente uma razão entorpecida pode crer que a criminalização das condutas de produtores, distribuidores e consumidores de algumas dentre as inúmeras substâncias psicoativas, artificialmente selecionadas para serem objeto da proibição e assim se tornarem drogas ilícitas, sirva para deter uma busca de meios de alteração do psiquismo, que deita raízes na própria história da humanidade.

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

Somente uma razão entorpecida pode admitir que, em troca de uma ilusória contenção desta busca, o próprio Estado fomente a violência, que, vale repetir, só se faz presente nas atividades de produção e distribuição das drogas qualificadas de ilícitas, porque seu mercado é ilegal.

Somente uma razão entorpecida pode autorizar que, sob este mesmo ilusório pretexto, imponham-se restrições à liberdade de quem, eventualmente, queira causar um dano à sua própria saúde.

Somente uma razão entorpecida pode conciliar com uma expansão do poder punitivo, que, crescentemente desrespeitando clássicos princípios garantidores, ameaça os próprios fundamentos do Estado de direito democrático.

É preciso, pois, recobrar a razão, afastar o discurso punitivo e romper definitivamente com o proibicionismo.

É preciso propor e efetivar uma ampla reformulação das Convenções internacionais e das legislações internas dos Estados nacionais, para legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, regulando-se tais atividades com a instituição de formas de controle racionais, verdadeiramente compromissadas com a promoção da saúde pública, respeitosas da dignidade e do bem-estar de todos os indivíduos, livres da danosa intervenção do sistema penal.

A força ideológica das enganosas publicidades do proibicionismo e do sistema penal, além de ocultar os riscos e os danos causados por essas manifestações repressivas, cria a falsa crença de que o afastamento de proibições e criminalizações geraria o caos, a anarquia, perigos inimagináveis.

Essas enganosas publicidades fazem com que o controle social fundado em proibições, e especialmente na intervenção do sistema penal, apareça como a única forma de enfrentamento de condutas vistas como negativas ou de situações conflituosas ou indesejadas.

Mas, na realidade, não são apenas proibições, não é apenas a lei penal que controla fenômenos, visando regular o convívio entre as pessoas e evitar condutas negativas ou situações conflituosas ou indesejadas. O controle de situações e de condutas concretiza-se não só através de leis de qualquer natureza, como também por outras intervenções sociais.

O afastamento de proibições e criminalizações está longe de implicar em caos ou anarquia. Descriminalizar uma conduta não significa necessariamente uma ausência de controle sobre esta conduta. Descriminalizar significa, apenas, afastar uma das formas pelas quais se exerce o controle social, forma de controle esta que sempre acaba por se mostrar não apenas ineficaz, mas profundamente danosa.

A descriminalização pode se dar sob diferentes modalidades, tendo, assim, diferentes conseqüências.²⁴ Nem sempre irá significar a aceitação da conduta descriminalizada e conduzir ao afastamento do caráter socialmente negativo do fenômeno considerado, podendo, com freqüência, acarretar não uma liberalização da conduta, mas tão somente a substituição do controle exercido através do sistema penal por outras formas de controle social formal ou informal.

Essa substituição poderá se dar por um controle social informal, exercido por organismos como a família, a escola, as igrejas, os clubes, as associações, etc. Em tal hipótese, a descriminalização conduz à neutralidade do Estado diante das condutas descriminalizadas, motiva-

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

da por uma reapreciação de seu papel em determinados campos, de forma a reduzir a intervenção sobre o espaço de liberdade dos indivíduos, assim deixando que a própria sociedade civil e seus organismos se encarreguem do controle de condutas e situações que aparecem como negativas ou indesejadas.

O controle exercido através do sistema penal poderá ser substituído ainda por outras formas de controle social formal. O caráter socialmente negativo da situação considerada mantém-se íntegro, transferindo-se, porém, o controle para outros organismos estatais, como os juízos cíveis (aplicadores de leis produzidas no campo não-penal, no campo do direito civil, do direito administrativo), ou não necessariamente estatais, como sistemas de saúde ou de assistência social.

Esse controle formal não-penal pode ser visualizado, com clareza, no próprio âmbito das substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, bastando pensar nas diversas restrições legais a que estão submetidas a produção, a distribuição e o consumo de drogas lícitas, como o álcool ou o tabaco.

A concretização da proposta de ampla reformulação das convenções internacionais e das legislações internas dos Estados nacionais, para legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção — proposta que se faz urgentemente necessária — não levará, pois, ao caos ou à anarquia.

A imperativa legalização da produção, da distribuição e do consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção apenas afastará a intervenção do sistema penal, assim afastando os riscos e os danos causados pela ilegalidade.

A imperativa legalização da produção, da distribuição e do consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, afastando os dispositivos criminalizadores das convenções internacionais e das legislações internas dos Estados nacionais, estará resgatando a supremacia das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas, assim assegurando os direitos fundamentais e suas garantias, assim assegurando a própria democracia.

A imperativa legalização da produção, da distribuição e do consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, afastando os riscos, os danos e os enganos de proibições e criminalizações, estará abrindo espaço para uma discussão mais ampla, mais informativa e mais educativa sobre as raízes dos desejos e fenômenos relacionados ao uso daquelas substâncias, criando alternativas capazes de proporcionar caminhos eficazes para regulá-los e, assim, controlá-los de forma respeitosa da liberdade, da equidade, da racionalidade.

Notas

¹ A primeira parte deste artigo foi publicada em Verve 12. Convenção de Viena – “Artigo 5. Confisco: 1. Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para autorizar o confisco: a) Do produto derivado dos delitos tipificados na conformidade do parágrafo 1 do artigo 3, ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto; b) De entorpecentes e substâncias psicotrópicas, materiais e equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a ser de qualquer forma utilizados para cometer os delitos tipificados na conformidade do parágrafo 1 do artigo 3. (...) 3. A fim de dar aplicação às medidas mencionadas no presente artigo, cada uma das Partes facultará a seus tribunais ou outras autoridades competentes que ordenem a apresentação ou o acautelamento de documentos bancários, financeiros ou comerciais. As Partes não poderão se negar a aplicar as disposições do presente parágrafo amparando-se no sigilo bancário.”

² Convenção de Viena – “Artigo 11. Entrega Vigida. 1. Se assim o permitirem os princípios fundamentais de seus respectivos ordenamentos jurídicos

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

internos, as Partes adotarão as medidas necessárias, dentro de suas possibilidades, para que se possa utilizar de forma adequada, no plano internacional, a técnica de entrega vigiada, em conformidade com acordos ou negociações mutuamente pactuados, com o fim de descobrir pessoas implicadas nos delitos tipificados em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 3 e promover ações legais contra elas.”

³ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 14. 3. Toda pessoa acusada de um crime terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) não ser compelida a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.”

⁴ Ley Num. 20.000 – “Artículo 62. No se aplicará ninguna de las medidas alternativas contempladas en la ley N° 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la ley N° 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no, efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22”. “Artículo 22. Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley (...).” A Lei 18.216 estabelece medidas que indica como alternativas às penas privativas ou restritivas da liberdade. A Lei 19.366 era o anterior diploma em matéria de drogas, revogado e assim substituído pela vigente Lei 20.000.

⁵ Legge 26 luglio 1975, n. 354 – “4.bis. Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti. 1. L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell’articolo 58-ter della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all’articolo 416-bis del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 601, 602 e 630 del codice penale, all’articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all’articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-nonies e 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla

legge 15 marzo 1991, n. 82. I benefici suddetti possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti di cui al primo periodo del presente comma purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale. I benefici di cui al presente comma possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui ai seguenti articoli: articoli 575, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, articolo 291-ter del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale e dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.; (...).”

⁶ Convenção de Viena – “Artigo 5. Confisco (...) 7. Cada uma das Partes considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com referência à origem lícita do suposto produto ou de outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de seu direito interno e com a natureza de seus procedimentos judiciais e de outros procedimentos.”

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Artigo XVII. 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”

⁸ Lei n° 5/2002, de 11 de janeiro – “Artigo 7°. Perda de bens 1- Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1°, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. (...)” “Artigo 9°. Prova 1-Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n° 2 do artigo 7° (...) 3- A presunção estabelecida no n° 1 do

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

artigo 7º é ilidida se se provar que os bens: a) Resultam de rendimentos de actividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior.”

⁹ Lei 11.343/06 – “Artigo 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. § 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão. § 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação. § 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores. § 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.”

¹⁰ Convenção de Viena – “Artigo 3 (...) 2. Com reserva de seus princípios constitucionais e dos conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada uma das Partes adotará as medidas que se façam necessárias para tipificar como delitos penais conforme seu direito interno, quando cometidos intencionalmente, a posse, a aquisição ou o cultivo de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas para o consumo pessoal em contrariedade ao disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua versão emendada ou no Convênio de 1971.”

¹¹ Convenção de Viena – “Artigo 3 (...) 4. a) Cada uma das Partes disporá que, para o cometimento dos delitos tipificados em conformidade com o parágrafo 1 do presente artigo, se apliquem sanções proporcionais à gravidade desses delitos, tais como a pena de prisão e outras formas de privação da liberdade, sanções pecuniárias e o confisco. b) As Partes poderão dispor, nos casos de delitos tipificados em conformidade com parágrafo 1 do presente artigo, que, como complemento da declaração de culpabilidade ou da condenação, o delinqüente seja submetido a medidas de tratamento, educação, pós-tratamento, reabilitação ou reinserção social. c) Não obstante o disposto nos incisos anteriores, nos casos apropriados de infrações de caráter leve, as Partes poderão substituir a declaração de culpabilidade ou a condenação pela aplicação de outras medidas, tais como as de educação, reabilitação ou reinserção social, assim como, quando o delinqüente seja um toxicômano, de

tratamento e pós-tratamento. d) As Partes poderão, seja a título substitutivo da declaração de culpabilidade ou da condenação por um delito tipificado em conformidade com o parágrafo 2 do presente artigo, seja como complemento daquela declaração de culpabilidade ou daquela condenação, estabelecer medidas de tratamento, educação, pós-tratamento, reabilitação ou reinserção social do delinqüente.”

¹² Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Artigo XII. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada (...).”

¹³ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 17. 1. Ninguém será submetido a interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada (...).”

¹⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Artigo XXIX. (...) 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

¹⁵ Veja-se, neste sentido, a conceituação dada ao bem jurídico por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar em seu já citado *Derecho Penal – Parte General*, valendo consultar, especialmente, o item constante das páginas 463 à 471, onde também é esclarecida a função limitadora do bem jurídico, enquanto conceito indispensável à efetividade dos princípios que impõem a obrigatória consideração do dano social na confecção de leis criminalizadoras.

¹⁶ No artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789, já se afirmava que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica terceiros.”

¹⁷ Lei 11.343/06 – “Artigo 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidên-

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

cia, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I- admoestação verbal; II- multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

¹⁸ Dentre os inúmeros textos doutrinários produzidos sobre o tema, vejamos as observações de Hans Heinrich Jescheck e Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal-Parte General*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada, Comares, 2003.

¹⁹ Lei nº 30/2000, de 29 de novembro – “Artigo 2º. Consumo. 1- O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação. 2- Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.”

“Artigo 11º. Suspensão provisória do processo 1- A comissão suspende provisoriamente o processo sempre que o consumidor sem registo prévio de processo contra-ordenacional anterior no âmbito da presente lei seja considerado consumidor não toxicodependente. 2- A comissão suspende provisoriamente o processo sempre que o consumidor toxicodependente sem registo prévio de processo contra-ordenacional anterior no âmbito da presente lei aceite submeter-se ao tratamento. 3- A comissão pode suspender provisoriamente o processo se o consumidor toxicodependente com registo prévio de processo contra-ordenacional anterior no âmbito da presente lei aceitar submeter-se ao tratamento (...).”

“Artigo 17º. Outras sanções 1- A comissão pode impor em alternativa à coima uma sanção de admoestação. 2- Sem prejuízo do disposto no nº 2 do artigo 15º, a comissão pode aplicar as seguintes sanções, em alternativa à coima ou a título principal: a) Proibição de exercer profissão ou actividade, designadamente as sujeitas a regime de licenciamento, quando daí resulte risco para a integridade do próprio ou de terceiros; b) Interdição de frequência de certos lugares; c) Proibição de acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; d) Interdição de ausência para o estrangeiro sem autorização; e) Apresentação periódica em local a designar pela comissão; f) Cassação, proi-

bição da concessão ou renovação de licença de uso e porte de arma de defesa, caça, precisão ou recreio; g) Apreensão de objectos que pertençam ao próprio e representem um risco para este ou para a comunidade ou favoreçam a prática de um crime ou de outra contra-ordenação; h) Privação da gestão de subsídio ou benefício atribuído a título pessoal por entidades ou serviços públicos, que será confiada à entidade que conduz o processo ou àquela que acompanha o processo de tratamento, quando aceite. 3- Em alternativa às sanções previstas nos números anteriores, pode a comissão, mediante aceitação do consumidor, determinar a entrega a instituições públicas ou particulares de solidariedade social de uma contribuição monetária ou a prestação de serviços gratuitos a favor da comunidade, em conformidade com o regime dos n.ºs 3 e 4 do artigo 58 do Código Penal. 4- A comissão pode suspender a execução de qualquer das sanções referidas nos números anteriores, substituindo-a pelo cumprimento de algumas obrigações, nos termos do artigo 19.”

“Artigo 19.º. Suspensão da execução da sanção. 1- Tratando-se de consumidor toxicodependente cujo tratamento não seja viável, ou não seja por ele aceite, a comissão pode promover a suspensão da execução da sanção, impondo a apresentação periódica deste perante serviços de saúde, com a frequência que estes considerem necessária, com vista a melhorar as condições sanitárias, podendo ainda a suspensão da execução ser subordinada à aceitação pelo consumidor das medidas previstas no n.º 3. 2- Tratando-se de consumidor não toxicodependente, a comissão pode optar pela suspensão da execução da sanção se, atendendo às condições pessoais do agente, ao tipo de consumo e ao tipo de plantas, substâncias ou preparações consumidas, concluir que desse modo se realiza de forma mais adequada a finalidade de prevenir o consumo e se o consumidor aceitar as condições que lhe forem propostas pela comissão nos termos dos números seguintes. 3- A comissão pode propor outras soluções de acompanhamento especialmente aconselháveis pela particularidade de cada caso, em termos que garantam o respeito pela dignidade do indivíduo e com a aceitação deste, de entre as medidas previstas nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 17 (...).”

²⁰ Esta estigmatizante alternativa foi apontada por Alessandro Baratta. “Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas” in Odair Dias Gonçalves e Francisco Inácio Bastos (orgs.) *Só socialmente....* Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1992.

²¹ Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos – “Artigo 27. Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de, conjuntamente com os outros membros de seu grupo, usufruir sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

²² Nils Christie. *La industria del control del delito: la nueva forma del holocausto?*. Tradução de Sara Costa. Buenos Aires, Editores del Porto, 1993, p. 24.

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

²³ Convenção sobre Direito dos Tratados (21 de março de 1986) – “Artigo 53. Tratados em conflito com uma norma peremptória de direito internacional geral (*ius cogens*). Um tratado é inválido se, à época de sua conclusão, conflita com uma norma peremptória de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma peremptória de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo enquanto norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma norma subsequente de direito internacional geral que tenha a mesma natureza”. “Artigo 64. Emergência de uma nova norma peremptória de direito internacional geral (*ius cogens*). Se uma nova norma peremptória de direito internacional geral emerge, qualquer tratado existente que esteja em conflito com tal norma torna-se inválido e termina.” As correspondentes regras da Convenção de 1969 contêm iguais disposições.

²⁴ Sobre processos de descriminalização, é interessante consultar o Informe do Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade. Consejo de Europa. *Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad*. Buenos Aires, Ediar, 1987.

RESUMO

Ocultando o fracasso de seus objetivos explícitos, ocultando paradoxos e promovendo a violência, o proibicionismo voltado contra as drogas alimenta a expansão do poder punitivo. As convenções da ONU nessa matéria e as legislações internas dos mais diversos Estados nacionais sistematicamente violam princípios e normas das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas. Os danos relacionados às drogas ilícitas não provêm delas mesmas, mas sim do proibicionismo. São danos a direitos fundamentais, que ameaçam a preservação da democracia. É tempo de efetivar uma ampla reforma das convenções internacionais e das legislações internas, para legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas. 2ª parte.

Palavras-chave: proibicionismo, poder punitivo, drogas.

ABSTRACT

Hiding the failure of its explicit goals, hiding paradoxes and promoting violence, prohibition on drugs nourishes the expansion of the punishing power. The UN conventions on this issue and the internal laws of the most different national States systematically violate principles and rules of universal declarations of rights and democratic Constitutions. Harms related to illicit drugs do not come from themselves, but from prohibition. They are harms to fundamental rights and they threaten the preservation of democracy. It's time to put in effect an ample reform of the international conventions and the national laws on drugs, in order to legalize the production, distribution and consumption of all psychoactive substances. 2nd part.

Keywords: prohibition, punishing power, drugs.

Recebido para publicação em 13 de fevereiro de 2006.
Confirmado em 4 de abril de 2006.