

## legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais

maria lúcia karam\*

### **I. Proibicionismo, criminalização e expansão do poder de punir**

A política criminalizadora de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de selecionadas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção é, hoje, a mais organizada, mais sistemática, mais estruturada e mais danosa forma de manifestação do proibicionismo a nível mundial.

O proibicionismo, em uma primeira aproximação, pode ser entendido, como um posicionamento ideológico de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos, através de proibições

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

estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal — e, assim, com a criminalização de condutas através da edição de leis penais —, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros.<sup>1</sup>

Não obstante a superação de alguns preconceitos morais e a evolução comportamental, registrada, notadamente no ocidente, a partir dos anos 60 do século XX, ainda hoje são muitas as manifestações do proibicionismo por todo o mundo, inclusive nos próprios países em que registrada aquela evolução. Pense-se, por exemplo, no aborto, que permanece proibido em quase todos os países da América Latina e da África; na pornografia; em pesquisas científicas, como as relacionadas às células-tronco; no jogo; na eutanásia; na prostituição e em outros comportamentos ou preferências sexuais.

E pense-se, mais especialmente, nas selecionadas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, que, em razão da proibição, são genericamente qualificadas de drogas ilícitas.

O proibicionismo, dirigido contra as drogas qualificadas de ilícitas, se expressa internacionalmente nas três convenções da Organização das Nações Unidas sobre a matéria, vigentes e complementares: a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, que revogou as convenções anteriores e foi revista através de um protocolo de 1972; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena).

Com tais diplomas internacionais, pretende-se restringir a fins exclusivamente médicos e científicos a

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

produção, a distribuição (aí incluído não só o comércio, mas qualquer forma de fornecimento ou entrega a terceiros) e o consumo das substâncias e matérias-primas tornadas ilícitas, mediante a criminalização de condutas relacionadas àquelas atividades que se realizem com quaisquer outros fins.

A primeira ação internacional, destinada a promover uma proibição coordenada à produção, à distribuição e ao consumo de selecionadas substâncias psicoativas e suas matérias-primas, foi sistematizada na Convenção Internacional sobre o Ópio, adotada posteriormente pela Liga das Nações, em Haia, em 23 de janeiro de 1912. No artigo 20 daquele diploma,<sup>2</sup> recomendava-se aos Estados signatários que examinassem a possibilidade de criminalização da posse de ópio, morfina, cocaína e seus derivados.

A restrição da produção, da distribuição e do consumo das substâncias e matérias-primas tornadas ilícitas a fins exclusivamente médicos e científicos foi explicitada com a Convenção para limitação da fabricação e regulação da distribuição de drogas narcóticas de 1931 (Convenção de Genebra), que veio complementar as anteriores Convenções Internacionais sobre o Ópio (a já referida de 1912 e a de 1925). Avançando na ideologia proibicionista, o novo diploma editado no âmbito da Liga das Nações ainda não chegava, no entanto, a impor a criminalização, como iriam fazê-lo as vigentes convenções, editadas sob a égide da Organização das Nações Unidas.

A Convenção Única de 1961, com suas quatro listas anexas em que elencadas as substâncias e matérias-primas proibidas, embora ressaltando expressamente a reserva do que disposto na Constituição de cada uma das Partes, impôs a criminalização, inclusive de atos preparatórios, nas regras de seu artigo 36.<sup>3</sup> Estabelecendo

a obrigação criminalizadora, com a enumeração de dezoito condutas, antecipa, com esse número talvez mágico, o voraz e exibicionista estilo tipificador, que irá marcar, nos mais diversos Estados nacionais, as legislações de exceção ou de emergência nesta e em outras matérias.

O Convênio de 1971, que trata especificamente da criminalização nas regras de seu artigo 22, repete, em linhas gerais, o conteúdo da Convenção Única de 1961.

O aprofundamento das tendências repressivas chega a seu auge com a Convenção de Viena de 1988. A ênfase na repressão já se faz sentir em seu título — não mais, como os diplomas precedentes, “sobre entorpecentes” ou “sobre substâncias psicotrópicas”, mas, agora, “contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas” —, bem como na própria colocação dos dispositivos criminalizadores, que surgem logo de início, em seu artigo 3°.

A Convenção de Viena de 1988 nitidamente se inspira na política de “guerra às drogas”, iniciada naquela década, guerra que, aliás, não é apenas contra as drogas, dirigindo-se sim, como quaisquer guerras, contra pessoas, aqui contra as pessoas dos produtores, distribuidores e consumidores das substâncias e matérias-primas proibidas. Essa política de “guerra às drogas” explícita, em sua própria denominação, a tendência expansionista do poder punitivo que se consolida paralelamente às notáveis mudanças registradas no mundo a partir das últimas décadas do século XX.

Diante dos desequilíbrios provocados pela reformulada estrutura produtiva do capitalismo, em sua etapa pós-industrial e globalizada, das necessidades de controle do crescente número de marginalizados, excluídos das próprias atividades produtivas, dos anseios por segurança reforçados pelas novas possibilidades técnicas da comunicação, que, rompendo com as delimitações

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

espaciais e temporais, favorecem uma percepção globalizada e assustadora dos riscos, a maior intervenção do sistema penal surge como a uniforme e funcional resposta, manejada por quase todos os políticos dos mais variados matizes.

Essa uniforme e funcional resposta é facilitada pelas falsas crenças e muitos enganos que sustentam proibições e criminalizações.

Uma enganosa publicidade apresenta o sistema penal como um instrumento voltado para a proteção dos indivíduos, para a evitação de condutas negativas e ameaçadoras, para o fornecimento de segurança. Esse discurso encobre a realidade de que a intervenção do sistema penal é mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter uma disciplina ou um controle sociais que resultem funcionais para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem.<sup>4</sup>

A amplitude da adesão aos vigentes diplomas internacionais que contêm as imposições criminalizadoras em matéria de drogas é ilustrativa dessa função real do sistema penal. A diversidade de conjunturas, a diversidade de governos, os confrontos político-ideológicos não impediram que os mais diferentes países — a imensa maioria dos Estados membros da Organização das Nações Unidas — se unissem para elaborar e ratificar aqueles diplomas.<sup>5</sup>

Na mesma enganosa linha, o proibicionismo é veiculado por um discurso que, apresentando-o como um “esforço humanitário”, destinado a solucionar os mais diversos problemas, oculta preconceitos, oculta sua instrumentalidade no exercício de poderes estatais ou não.

O primeiro engano, do qual se alimenta o sistema penal, parte das próprias crenças nas idéias de crimes e de penas.

Somos levados a falar em crime como se esta expressão traduzisse um conceito natural que partisse de um denominador comum e estivesse presente em todos os tempos ou em todos os lugares.

Mas, na realidade, crimes não passam de meras criações da lei penal, não existindo um conceito natural que os possa genericamente definir. As condutas criminalizadas não são naturalmente diferentes de outros fatos socialmente negativos ou de situações conflituosas ou desagradáveis não alcançadas pelas leis penais. A enganosa publicidade do sistema penal oculta a realidade do caráter puramente político e historicamente eventual da seleção de condutas chamadas de crimes. O que é crime em um determinado lugar pode não ser em outro; o que ontem foi crime, hoje pode não ser; e o que hoje é crime, amanhã poderá deixar de ser.

Pense-se, por exemplo, no aborto. Hoje, no mundo, mais de duas em cada quatro mulheres vivem em países livres da proibição. Assim, enquanto a maioria das habitantes do planeta pode realizar abortos legalmente, idêntica conduta de mulheres que vivem sob legislações proibicionistas é qualificada como criminosa.<sup>6</sup>

Mas, pense-se, especialmente, naquela mais sistemática, organizada e danosa manifestação do proibicionismo criminalizador hoje subsistente em todo o mundo: pense-se no que chamamos de drogas.

O proibicionismo criminalizador leva à criação de leis penais que definem como crimes condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de algumas

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

dentre as inúmeras substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção. As substâncias psicoativas e matérias primas, que, assim selecionadas, recebem a qualificação de drogas ilícitas (como a maconha, a cocaína, a heroína, a folha de coca, etc.), não têm natureza essencialmente diferente de outras substâncias igualmente psicoativas (como a cafeína, o álcool, o tabaco, etc.), destas só se diferenciando em virtude da artificial definição como criminosas de condutas realizadas por seus produtores, distribuidores e consumidores.

Todas as substâncias psicoativas, lícitas ou ilícitas, provocam alterações no organismo e dependendo da forma como forem usadas podem eventualmente conter riscos e causar danos, não estando aí, portanto, o motivo da diferenciação entre umas e outras. Tampouco as substâncias, hoje qualificadas de drogas ilícitas, foram sempre tratadas desta forma. Vale lembrar, por exemplo, que até os anos 50 do século XX a França e a Inglaterra, valendo-se de permissão prevista na Convenção de Genebra de 1925, produziam e comercializavam ópio, sob regime de monopólio estatal, em suas colônias indianas e indochinesas. Por outro lado, substâncias, hoje lícitas, já foram ilícitas, bastando lembrar da proibição do álcool, nos EUA, no período de 1920 a 1932, quando em vigor, naquele país, a chamada “Lei Seca”.

O exercício de poder, consubstanciado na proibição criminalizadora de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo das drogas qualificadas de ilícitas, viabiliza-se através dessa artificial distinção efetuada pela intervenção do sistema penal, que permite apresentá-las como se fossem diferentes das demais substâncias psicoativas, permitindo, assim, que as substâncias e matérias-primas proibidas e condutas a elas relacionadas sejam identificadas como um “perigo

econômico e social para a humanidade”, como no preâmbulo da Convenção Única de 1961, ou como algo que estaria afetando negativamente as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade, como um “perigo de incalculável gravidade”, como uma ameaça à estabilidade, à segurança e à soberania dos Estados, como no preâmbulo da Convenção de Viena de 1988.

Essa linguagem emocional, assustadora e demonizadora é uma característica do sistema penal,<sup>7</sup> funcionando como um instrumento particularmente importante para o exercício do poder punitivo.

Pense-se, por exemplo, na expressão “criminalidade organizada”. Jamais se conseguiu estabelecer — até porque não há como fazê-lo — qualquer definição, com um mínimo de cientificidade, que traduza o conteúdo desta expressão. Na realidade, toda conduta, criminalizada ou não, que não se limite a ser uma reação instantânea ou instintiva a determinada situação, tem um componente de organização, que se manifesta, ainda mais especialmente, quando se têm condutas que reúnem mais de uma pessoa, com uma finalidade comum, o que ordinariamente acontece, seja no campo das condutas lícitas, como no das ilícitas. A expressão “criminalidade organizada” não tem nenhum significado particular, apenas servindo para assustar e permitir a criação de leis de exceção ou de emergência aplicáveis ao que quer que se queira convencionar como sendo uma suposta manifestação de um tal imaginário fenômeno.

Pense-se ainda na expressão “narcotráfico”. A expressão “tráfico” já contém a forte carga emocional que costuma ser transmitida pela linguagem característica do sistema penal. “Tráfico” significa negócio, ou mais propriamente comércio ilegal. Falar



Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

em negócio ou em comércio ilegal não tem a mesma força que falar em “tráfico”. Mas nem isso bastou. As atividades relacionadas à produção e à distribuição das drogas qualificadas de ilícitas passaram a ser referidas como “narcotráfico”. A carga emocional é ainda maior, dando a idéia de algo mais poderoso. E esta expressão é repetida sem que se perceba — ou se queira perceber — seu claro descompromisso com a realidade e com a ciência. Para criar o útil e exacerbado clima emocional, passa-se, tranqüilamente, por cima do fato de que um dos alvos principais do proibicionismo é a cocaína, que, como não se pode ignorar, não é um narcótico, mas, ao contrário, um estimulante.

Mas, os “usuários” desta distorcida linguagem com isto não se preocupam. Vão repetindo-a e assim contribuindo para a alimentação das manipuladas fantasias com que se cultivam as idéias do “flagelo”, do “perigo de incalculável gravidade”, do “mal universal”, que permitem a expansão do poder punitivo e, assim, a intensificação da vigilância e do controle sobre todos os indivíduos.

O discurso emocional que oculta a funcionalidade política e a finalidade real do sistema penal também oculta o perene fracasso de seus objetivos explícitos. Não há como deixar de classificar como fracassado um sistema que promete a proteção dos indivíduos, a evitação de condutas negativas e ameaçadoras, o fornecimento de segurança e que, hoje, depois de séculos de funcionamento, busca a legitimação de um maior rigor e um maior alcance em sua aplicação exatamente no anúncio de um aumento incontrolado do número de crimes, de uma diversificação e de maiores perigos advindos desta criminalidade apresentada como crescentemente poderosa.

O fracasso do proibicionismo, não só no campo das drogas qualificadas de ilícitas, mas em suas diversas manifestações, também poderia ser facilmente percebido, não fora a enganosa publicidade que igualmente o sustenta. Pense-se, por exemplo, nas estatísticas em torno do aborto, a demonstrar que sua prática não é nem nunca foi impedida por legislações proibicionistas; as variações de sua intensidade pelo mundo nada têm a ver com a situação de legalidade ou ilegalidade.<sup>8</sup>

No campo das drogas qualificadas de ilícitas, é a própria ONU que aponta para o inegável fracasso na obtenção do inviável — e, na realidade, indesejável — objetivo explícito de construir “um mundo sem drogas”. Em seu relatório de 2005, divulgado em Viena em 29 de junho daquele ano, o Escritório das Nações Unidas para as Drogas e Crimes (UNODC) afirmava que o uso de drogas em todo o mundo crescera cerca de 8% em relação ao ano anterior, crescimento este liderado pela cannabis. Segundo o relatório, cerca de 200 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos — 5% da população mundial nessa faixa etária — teriam usado drogas ilícitas nos últimos doze meses e seu mercado, movimentando em torno de 320 bilhões de dólares, superaria os produtos internos brutos de 90% dos países.<sup>9</sup> Atestava, assim, a ONU que, depois de quase meio século de aplicação de suas convenções, a circulação mundial das proibidas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, não só não teria se reduzido, como, ao contrário, teria aumentado.

Ocultando o fracasso dos anunciados objetivos explícitos, a enganosa publicidade oculta ainda os paradoxos, como o fato da proteção da saúde pública, que estaria a formalmente fundamentar a proibição criminalizadora das condutas relacionadas às drogas

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

qualificadas de ilícitas, ser afetada por esta mesma criminalização.

Impondo a clandestinidade à produção, à distribuição e ao consumo, o proibicionismo criminalizador impede o controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando as possibilidades de adulteração, de impureza e de desconhecimento de sua potência, com os riscos maiores daí decorrentes. A intervenção do sistema penal, estendendo-se ao momento do consumo das drogas tornadas ilícitas, igualmente repercute sobre as condições em que tal consumo se realiza. Além de dificultar a informação e a assistência, a clandestinidade conseqüente à intervenção do sistema penal cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, cujas conseqüências aparecem de forma mais dramática na difusão de doenças transmissíveis como a Aids e a hepatite.

Desvinculando-se de reais preocupações com a saúde pública, que enganosamente anuncia pretender proteger, o proibicionismo criminalizador, demonizando as substâncias proibidas, ainda impõe obstáculos até mesmo a seu livre emprego com fins terapêuticos, como no uso da maconha para aliviar dores, náuseas e perda de apetite em pacientes com Aids ou sob tratamento quimioterápico. Na mesma linha proibicionista que, sob o pretexto de proteção à vida embrionária, insiste em restringir pesquisas científicas, como as relacionadas às células-tronco, assim impedindo avanços médicos que podem salvar vidas plenamente desenvolvidas, o falso pretexto de proteção à saúde pública, no qual o discurso proibicionista em relação às drogas qualificadas de ilícitas busca sua legitimação, é acenado para,

contraditoriamente, impedir uma vida mais saudável a portadores de sofrimentos físicos.

E isso acontece não obstante a produção, a distribuição e o consumo com este fim terapêutico estarem, da mesma forma que as ações de redução de danos, fora do campo de incidência de qualquer norma criminalizadora, na medida em que não afetam a saúde pública, mas, ao contrário, reduzem os riscos àquele bem jurídico. O paradoxo é tal que isto acontece não obstante tais ações estarem, ainda, explicitamente situadas fora do campo de incidência da proibição traduzida nas convenções da ONU, na medida em que se realizam exatamente com o fim médico a que aqueles diplomas internacionais pretendem condicionar a legalidade da produção, da distribuição e do consumo das substâncias e matérias-primas proibidas.

Ocultando a funcionalidade política e a real finalidade de proibições e criminalizações, ocultando o fracasso de seus anunciados objetivos explícitos, ocultando paradoxos, o proibicionismo criminalizador oculta não só os riscos e os danos à saúde pública, mas também o fato de que a intervenção do sistema penal no mercado produtor e distribuidor das substâncias e matérias-primas proibidas traz a violência como seu corolário.

Ao contrário do que propagam os discursos proibicionista e criminalizador, não são as drogas que geram violência. É sim o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas — mais ou menos organizadas —, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto de que aquelas empresas devem se valer não apenas para o enfrentamento da repressão, mas também como forma necessária de resolução dos naturais conflitos surgidos no decorrer de suas atividades econômicas, dada a ausência de regulamentação e a conseqüente impossibilidade de acesso aos meios legais.

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

Ocultando a funcionalidade política e a real finalidade de proibições e criminalizações, ocultando o fracasso dos anunciados objetivos explícitos, ocultando paradoxos, alimentando falsas crenças e muitos enganos, os discursos proibicionista e criminalizador, globalmente se encontrando na política de “guerra às drogas”, expressada na Convenção de Viena de 1988, forneceram o primeiro fundamento legitimador da atual tendência expansionista do poder punitivo. Embora, após os atentados de 11 de setembro de 2001, essa tendência expansionista tenha encontrado no terrorismo uma nova e mais fácil fonte de legitimação, aquele seu primeiro fundamento não foi abandonado. Ao contrário, os arautos da repressão freqüentemente procuram associar os dois fenômenos.

Como explicita a própria expressão “guerra às drogas”, a atual tendência expansionista do poder punitivo, mais e mais, incorpora ao controle social exercido através do sistema penal estratégias e práticas que identificam o anunciado enfrentamento de condutas criminalizadas à guerra ou ao combate a dissidentes políticos.

A ideologia do sistema penal e o discurso que o legitima, mais e mais, identificam-se à ideologia e ao discurso legitimador da guerra tornada preventiva ou do combate aos dissidentes nos remanescentes Estados totalitários. A figura do “inimigo”, ou de quem tenha comportamentos vistos como diferentes, “anormais” ou estranhos à moral dominante, confunde-se nos perfis do “criminoso”, do “terrorista” ou do “dissidente”.

Uma propagandeada situação de emergência, representada no que se refere ao sistema penal propriamente dito por um propagandeado aumento incontrolável da chamada “criminalidade de massa”, ou por uma suposta transnacionalidade criminoso, ou por uma indefinida e indefinível “criminalidade organizada”,

vai dando lugar a uma sistemática produção de autoritárias legislações de exceção que, abandonando princípios garantidores, criam vácuos, que progressivamente se ampliam, e nos quais é indevidamente desprezado o imperativo primado das declarações universais de direitos e dos princípios e normas constitucionais dos Estados democráticos.

Embora mantidas as estruturas formais do Estado de direito, vai se reforçando o Estado policial sobrevivente em seu interior,<sup>10</sup> vão sendo instituídos espaços de suspensão de direitos fundamentais e de suas garantias, vai sendo afastada sua universalidade, acabando por fazer com que, no campo do controle social exercido através do sistema penal, a diferença entre democracias e Estados totalitários vá se tornando sempre mais tênue.

## **II. As imposições criminalizadoras das Convenções da ONU em matéria de drogas e a violação às declarações universais de direitos e às constituições democráticas**

II.1. Criminalização antecipada: violação ao princípio da lesividade

Nos diplomas da Organização das Nações Unidas em matéria de drogas, a violação a princípios e normas consagrados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, aparece, desde logo, na Convenção Única de 1961, com a antecipação do momento criminalizador da produção e da distribuição das substâncias e matérias-primas proibidas.

A criminalização antecipada, encontrada, como antes assinalado, em regras constantes de seu artigo 36,<sup>11</sup> revela-se quer na expressa referência feita à tipificação de meros atos preparatórios [item “ii” da alínea “a” do parágrafo 2] ou em referência no mesmo dispositivo à

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

“confabulação para cometer” qualquer das condutas antes tipificadas (as condutas identificadas ao “tráfico”), quer no afastamento das fronteiras entre consumação e tentativa, com a previsão autônoma, naquela tipificação anterior, de condutas como a posse, o transporte ou a expedição das substâncias e matérias-primas proibidas [alínea “a” do parágrafo 1], que sinalizariam mero início de execução dos tipos configuradores da produção e da distribuição.

A Convenção de Viena de 1988 adiciona tipificações nos dispositivos do parágrafo 1 de seu artigo 3.<sup>12</sup> Nessas tipificações adicionadas, estende a indevida antecipação do momento criminalizador à fabricação, ao transporte e à distribuição [item “iv” da alínea “a”], bem como à simples posse de equipamentos, materiais ou substâncias conhecidas como precursores a serem utilizados na produção das drogas qualificadas de ilícitas [item “ii” da alínea “c”].

A criminalização antecipada, que, a partir das diretrizes ditadas nas convenções da Organização das Nações Unidas, se reproduz em legislações dos mais diversos países, viola o princípio da lesividade (ou ofensividade) da conduta proibida, segundo o qual uma conduta só pode ser objeto de criminalização, quando concreta e significativamente afete um bem jurídico relacionado ou relacionável a direitos individuais concretos. Em matéria de drogas, onde a criminalização pretende tutelar o bem jurídico consistente na saúde pública, tal afetação só seria identificável — e, assim mesmo, apenas enquanto perigo de lesão — em atividades diretas de produção e distribuição.

Dispositivos criminalizadores que violam o princípio da lesividade conflitam com a norma do artigo 9 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, que consagra a cláusula do devido processo legal.<sup>13</sup> O princípio da lesividade, além de se vincular ao reconhecimento da

dignidade da pessoa, é expressão do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) extraído do aspecto de garantia material inerente àquela cláusula fundamental.

## II.2. Criminalização ampliada: violação ao princípio da proporcionalidade

Ao reafirmar a tipificação da “confabulação para cometer”, a Convenção de Viena introduz a figura da associação [item “iv” da alínea “c” do parágrafo 1 do artigo 3], prevendo ainda, como figuras autônomas [item “v” da alínea “a” do parágrafo 1 do artigo 3], a organização, a gestão ou o financiamento de qualquer dos crimes definidos nos itens anteriores (os crimes que, na enumeração ampliada, identificam-se ou relacionam-se ao dito “tráfico”).

A violação ao princípio da proporcionalidade aqui se repete não apenas com a figura da associação, que como a “confabulação” e como todos os tradicionais tipos de crimes de conspiração, quadrilha e outros assemelhados, criminalizam meros atos preparatórios (a mera reunião de pessoas para o planejamento, organização ou preparação de crimes futuros), mas também, sob outro aspecto, na previsão como tipos autônomos de condutas inseridas no âmbito de um tipo de crime já definido.

O agente que organiza, gere ou financia a realização do “tráfico” ou de qualquer outro crime, tendo o domínio do fato, ocupa a posição de autor, devendo, pois, ser por este — e somente por este — apenado. As circunstâncias da organização, gestão ou financiamento estariam a revelar, no máximo, um alargamento do conteúdo de injusto daquele crime, diante do papel mais importante desempenhado pelo agente, assim podendo, de acordo com o princípio da proporcionalidade, dar lugar, no máximo, a um reconhecimento de qualificação ou agravação da pena prevista para seu tipo básico.



Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

Da mesma forma, a reunião de um número maior de pessoas na realização de um crime qualquer poderia, também de acordo com o princípio da proporcionalidade, no máximo, dar lugar ao reconhecimento de uma qualificação ou de uma agravação da pena do tipo básico do crime realizado, diante do maior conteúdo de injusto configurado na facilitação da ação pela contribuição somada de mais de um agente.

Mas a violação ao princípio da proporcionalidade não se esgota aí, repetindo-se nas penas delirantemente altas, igualadas ou mesmo superiores às previstas para um homicídio, encontradas em diversas legislações, em que a indevida consideração da associação, da organização, da gestão ou do financiamento voltados para o dito “tráfico” como tipos autônomos de crimes serve como suposta manifestação da sempre propagandeada, mas indefinida e indefinível, “criminalidade organizada”.

Vejam-se alguns exemplos em que o rigor penal se revela na plenitude de sua desproporcionalidade: na Itália, a já elevadíssima pena máxima de reclusão de 20 anos prevista para o tipo básico do “tráfico” [artigo 73, 1 do Decreto de 9 de outubro de 1990, n. 309, com nova redação dada pela Lei de 21 de fevereiro de 2006, n. 49], torna-se a pena mínima cominada para a promoção, constituição, direção, organização ou financiamento de associação voltada para o “tráfico” [artigo 74, 1 do Decreto n. 309];<sup>14</sup> em Portugal, a pena máxima prevista para tais condutas é de reclusão de 25 anos [artigo 28 do Decreto-lei 15/93, modificado pela Lei 45/96],<sup>15</sup> que, conforme estabelece a regra do artigo 41, 2 do Código Penal português, é o limite máximo da pena privativa de liberdade naquele país. No Brasil, a nova lei específica sobre drogas — Lei 11.343/06 — introduziu essa indevida figura autônoma do financiamento ou custeio do “tráfico”, cominando-lhe penas de reclusão de 8 a 20

anos [artigo 36], a pena mínima sendo assim superior à prevista para o homicídio.<sup>16</sup>

II.3. Criminalização ampliada: violação aos princípios da proporcionalidade e da legalidade

Adicionando tipificações, a Convenção de Viena de 1988 introduz ainda a figura de uma receptação específica ou “reciclagem” [itens “i” e “ii” da alínea “b” do parágrafo 1 do artigo 3], origem das tipificações em legislações de diversos países do chamado “branqueamento” ou “lavagem” de capitais, que se tornaram campo fértil para o excesso punitivo, inclusive na criminalização de pós-fatos absorvíveis pelo crime antecedente.

Na Noruega, por exemplo, a pena máxima de 3 anos de prisão, cominada para o tipo básico da receptação ou “reciclagem”, no caso de bens provenientes de crimes relacionados a drogas, pode se elevar até 21 anos [artigo 317 do Código Penal],<sup>17</sup> que, conforme estabelece a regra do artigo 17 do Código Penal norueguês, é o limite máximo da pena privativa de liberdade naquele país.

A Convenção de Viena introduz, também como figuras autônomas, a instigação ou a indução em público, por qualquer meio, ao cometimento das condutas relacionadas ao “tráfico” ou à utilização das drogas qualificadas de ilícitas [item “iii” da alínea “c” do parágrafo 1 do artigo 3]. Tipificações vagas como essas equivalem à indefinição da conduta típica, o que conflita com o princípio da legalidade, especificado, no campo penal, na clássica fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege* e expresso nas normas do parágrafo 2 do artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>18</sup>, e do parágrafo 1 do artigo 15 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.<sup>19</sup>

O princípio da legalidade, no campo penal, tem como um de seus principais corolários a exigência de que a

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

lei disponha seus enunciados com clareza e precisão (princípio da determinação ou taxatividade da lei). Implicando no conhecimento prévio da proibição, para que possa ser exigida a abstenção da conduta proibida, o princípio da legalidade veda a formulação de dispositivos criminalizadores vagos e indeterminados. Cláusulas genéricas, conceitos indeterminados ou ambíguos equivalem a uma ausência de formulação legal.

Em legislações internas de diversos países, essa vedada indeterminação não aparece apenas na reprodução da previsão típica como figuras autônomas das indefinidas formas de instigação ou indução ao “tráfico” ou ao uso das drogas qualificadas de ilícitas. Na Espanha, por exemplo, a “tendência a uma intervenção onicompreensiva”<sup>20</sup> conduz a violação ao princípio da legalidade à própria elaboração dos tipos básicos do “tráfico”, previstos na regra do artigo 368 do Código Penal espanhol.<sup>21</sup> Após se referir ao cultivo, à elaboração ou ao tráfico, a referida regra fala de atos que “de outro modo” promovam, favoreçam ou facilitem o consumo ilegal das drogas qualificadas de ilícitas, sem que se saiba quais seriam esses atos ou os outros modos pelos quais eles se realizariam.

II.4. Agravação de penas: violação aos princípios da proporcionalidade e da vedação de dupla punição

O rigor penal se expressa desde a recomendação de aplicação preferencial de pena privativa de liberdade, vinda na regra da alínea “a” do parágrafo 1 do artigo 36 da Convenção de 1961. No aprofundamento da repressão, a Convenção de Viena de 1988 introduz um extenso rol de circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento de pena [parágrafo 5 do artigo 3],<sup>22</sup> que, adotadas nas legislações internas dos mais diversos Estados nacionais, elevam as penas previstas para os tipos básicos de crimes de “tráfico”, freqüentemente já fixadas em quantidade excessivamente alta.

Na Noruega, por exemplo, sem que estejam precisamente definidas as circunstâncias reveladoras da agravação, a pena máxima prevista para os crimes de “tráfico”, tipificados no artigo 162 do Código Penal,<sup>23</sup> pode se elevar até os 21 anos, mais uma vez atingindo o limite máximo da pena privativa de liberdade naquele país.

Na previsão de circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento de pena, a Convenção de Viena inclui a reincidência, em particular a “específica” [alínea “h” do referido parágrafo 5 do artigo 3]. Tal dispositivo, além de não se compatibilizar com o princípio da culpabilidade pelo ato realizado, que se vincula à afirmação da dignidade da pessoa, conflita com a norma do parágrafo 7 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que expressa a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato (*idem*).<sup>24</sup>

A consideração de uma condenação prévia, para daí extrair efeitos gravosos, constitui adesão à vedada culpabilidade de autor, pois a reprovação, externada na pena, passa a se fundamentar não sobre a negatividade da conduta realizada, mas sobre uma suposta negatividade da pessoa que a realizou, punindo-se mais gravemente esta pessoa não pelo que fez, mas pelo que é. Além disso, quando se atribui à reincidência um efeito gravoso está se consubstanciando um “plus punitivo”, que, sem qualquer vinculação com a conduta configuradora da infração penal atual, constitui uma nova apenação de uma outra conduta passada, por cuja prática o indivíduo já fora, anteriormente, julgado e condenado.<sup>25</sup>

Essa violação à norma do parágrafo 7 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos se reproduz em legislações internas. Na legislação federal norteamericana, por exemplo, dentre diversos dispositivos que conferem efeitos gravosos à reincidência, basta desta-

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

car que tal circunstância dobra a pena mínima prevista para o tipo básico do crime de “tráfico” [US Code § 841].<sup>26</sup>

## II.5. Rigor penal: violação ao princípio da isonomia

Na Convenção de Viena de 1988, o rigor penal se expressa ainda nas recomendações de restrições ao livramento condicional e adoção de prazos diferenciados para uma prescrição que se quer prolongada [parágrafos 7 e 8 do artigo 3].<sup>27</sup> Assim estabelecendo um tratamento diferenciado, a partir de uma espécie abstrata de crime, sem qualquer relação com a finalidade e os fundamentos dos institutos considerados, a Convenção de Viena conflita com as normas contidas na primeira parte do artigo 7 da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>28</sup> e do parágrafo 1 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,<sup>29</sup> que expressam o princípio da isonomia.

Diferenciações na concessão de livramento condicional, como em outras formas de progressão na execução da pena privativa de liberdade, só podem ser estabelecidas em razão de fatores concretos relacionados à aptidão do condenado em retornar ao convívio social, o que implica que qualquer consideração quanto à gravidade do crime só possa se fazer com base em parâmetros fixados a partir da pena efetivamente aplicada, cuja medida dá a dimensão da maior ou menor gravidade da conduta efetivamente realizada. Alguém condenado, por exemplo, a 6 anos de reclusão por “tráfico”, sob este aspecto da gravidade do crime, está colocado em situação de absoluta igualdade à de quem foi condenado a pena de igual dimensão pela prática de um outro crime qualquer, não podendo, assim, de acordo com o princípio da isonomia, pela mera razão de ter praticado um crime de “tráfico”, receber tratamento diferente.

O instituto da prescrição, que se relaciona à segurança jurídica e à convalescença da lesão ao direito pelo decurso do tempo, impõe que o titular do direito alegado formule

sua pretensão dentro de um determinado prazo. Na fixação de diferentes prazos de prescrição da pretensão do Estado fazer valer o poder de punir, a consideração da maior ou menor gravidade das infrações penais não pode ser aleatória, devendo estar retratada pela medida das penas abstratamente previstas, no caso de pretensão punitiva, ou das efetivamente aplicadas, no caso de pretensão executória da pena já imposta. Penas máximas de, por exemplo, 10 anos, previstas ou aplicadas para este ou aquele crime necessariamente hão de determinar um mesmo prazo de prescrição, não importando qual tenha sido a acusação ou a condenação. De acordo com o princípio da isonomia, alguém acusado ou condenado por crime de “tráfico”, punível com aquela pena de 10 anos, não pode estar sujeito a ser processado ou a ter a pena executada em tempo diferente do previsto para o processo ou para a execução da pena imposta à pessoa acusada ou condenada por outro crime qualquer punível com a mesma pena de 10 anos.

II.6. Linhas gerais do processo: violação ao princípio da prevalência da tutela da liberdade

Em matéria processual, a Convenção de Viena recomenda expressamente que as Partes se esforcem para que faculdades legais de seus ordenamentos jurídicos se voltem para a investigação e a repressão [parágrafo 6 do artigo 3],<sup>30</sup> assim se desviando da essência dos princípios expressos nas declarações universais de direitos, que dão a orientação garantista do processo penal do Estado de direito democrático.

Função maior do ordenamento jurídico no Estado de direito democrático é limitar o exercício do poder estatal, submetendo à lei aqueles que o exercem, com vista a garantir a dignidade e, assim, a liberdade e o bem-estar de cada indivíduo. O ordenamento jurídico do Estado de direito democrático, em matéria penal e processual penal,

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

não se volta para a investigação e a repressão exercidas para fazer valer o poder punitivo, voltando-se, ao contrário, para a tutela da liberdade como forma de limitação a este poder estatal.

A prevalência da tutela da liberdade sobre o poder de punir é a pedra de toque do ordenamento processual penal do Estado de direito democrático, estando na origem de todos os princípios garantidores enumerados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas. Pretender voltar “faculdades legais de ordenamentos jurídicos para a investigação e a repressão” significa pura e simplesmente inverter as bases do ordenamento processual penal do Estado de direito democrático.

II.7. Prisões processuais: violação às garantias do estado de inocência e do duplo grau de jurisdição

A inversão das bases do ordenamento processual penal do Estado de direito democrático, proposta na Convenção de Viena, espalhou-se e vem se espalhando sempre mais nas legislações dos diversos Estados nacionais.

Desprezando a garantia do estado de inocência, expressa nas normas do parágrafo 1 do artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>31</sup> e do parágrafo 2 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos,<sup>32</sup> diversas legislações invertem o princípio da excepcionalidade da prisão imposta no curso do processo (prisão que não decorrendo de condenação definitiva não tem a natureza de pena), para tornar a prisão preventiva ou outras formas de prisão processual a regra ou uma imposição.

Tome-se o exemplo do Brasil. A regra do artigo 44 da nova Lei 11.343/06<sup>33</sup> insistiu na vedação à liberdade provisória, repetindo dispositivo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8.072/90, que marca o início da produção de leis de emergência ou de

exceção após a redemocratização do Brasil.<sup>34</sup> A clara violação à garantia do estado de inocência, configurada nessa criada modalidade de prisão processual obrigatória, presente ainda em outros dispositivos da legislação brasileira, já vinha sendo incidentalmente declarada em diversos pronunciamentos da maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, até que a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, modificou o inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90, dali excluindo a vedação à liberdade provisória e assim revogando implicitamente a regra do artigo 44 da Lei 11.343/06 neste ponto.

Subsiste, porém, na Lei 11.343/06, outra inversão do princípio da excepcionalidade da prisão imposta no curso do processo. Em seu artigo 59, a específica lei brasileira em matéria de drogas reproduz dispositivo do Código de Processo Penal brasileiro, que desautorizadamente condiciona a admissibilidade de recurso interposto contra a sentença condenatória ao recolhimento à prisão se não forem reconhecidos primariedade e bons antecedentes do réu.<sup>35</sup> Tal restrição ao direito de recorrer, não só desautorizadamente extrai efeitos gravosos da reincidência, não só repete a violação à garantia do estado de inocência, como também viola a garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição, assegurada na norma do parágrafo 5 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.<sup>36</sup>

## **Notas**

<sup>1</sup> Sobre proibicionismo e também sobre antiproibicionismo, veja-se texto de Marco Perduca, “Vamos Criminalizar a Proibição!”, traduzido para o português com o título, às páginas 51 a 63, de “Avessos do Prazer – drogas, aids e direitos humanos”.

<sup>2</sup> Convenção Internacional sobre o Ópio – “Artigo 20. Os Poderes contratantes devem examinar a possibilidade de editar leis ou regulamentos tornando um ilícito penal a posse ilegal de ópio natural, ópio refinado, morfina, cocaína e seus respectivos sais, a não ser que já existentes leis ou regulamentos na matéria”.



Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

<sup>3</sup> Devem ser especialmente destacados os dispositivos constantes das regras do artigo 36, parágrafo 1, alínea “a” e parágrafo 2, alínea “a”, item “ii” da Convenção Única de 1961: “Artigo 36. Dispositivos Penais 1. a) Com reserva do que disposto em sua Constituição, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias para que o cultivo e a produção, fabricação, extração, preparo, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega de qualquer espécie, corretagem, expedição, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, em desconformidade com as disposições desta Convenção, ou quaisquer outros atos que, na opinião da Parte, possam se realizar com infração ao disposto na presente Convenção, se considerem como delitos se cometidos intencionalmente e que os delitos graves sejam punidos de forma adequada, especialmente com penas de prisão ou outras penas privativas de liberdade (...) 2. Com reserva do que disposto em sua Constituição, do regime jurídico e da legislação nacional de cada Parte: a) (...) ii. A participação deliberada ou a confabulação para cometer qualquer desses delitos, assim como a tentativa de cometê-los, os atos preparatórios e operações financeiras, relativos aos delitos de que trata este artigo, se considerarão como delitos, tal como disposto no inciso 1; (...)”.

<sup>4</sup> Sobre a enganosa publicidade do sistema penal, reporto-me ao que escrevi em meu “De Crimes, Penas e Fantasias” e, mais recentemente, em artigo específico sobre o tema intitulado “Sistema Penal e Publicidade Enganosa”.

<sup>5</sup> A Convenção Única de 1961 foi ratificada por 180 países, ou seja, por quase todos os Estados membros da ONU, que são 191.

<sup>6</sup> Estes e inúmeros outros dados sobre aborto no mundo podem ser encontrados no trabalho “Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide”, produzido por The Alan Guttmacher Institute, em junho de 1999. Disponível em < <http://www.agi-usa.org/pubs/sharing.pdf> >

<sup>7</sup> Sobre a linguagem característica do sistema penal – o “dialeto penal” de que fala Louk Hulsman –, consulte-se sua obra “Penas Perdidas - o sistema penal em questão”. Ver Louk Hulsman. *Penas Perdidas - o sistema penal em questão. 2ª edição*, 1999.

<sup>8</sup> Sobre o aborto, reporto-me ao que escrevi no trabalho “Proibições, Crenças e Liberdade – o debate sobre o aborto”. Disponível em < [http://www.advocaci.org.br/artig\\_10.htm](http://www.advocaci.org.br/artig_10.htm) >

<sup>9</sup> O relatório de 2005 do UNODC. Disponível em < [http://www.unodc.org/unodc/world\\_drug\\_report.html](http://www.unodc.org/unodc/world_drug_report.html) >

<sup>10</sup> O tema relacionado à tensão estabelecida entre os princípios do Estado de direito e as manifestações do Estado policial sobreviventes dentro dele é amplamente desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar em seu *Derecho Penal – Parte General*. Assinalam os autores que, como demonstra a história, não existem Estados de direito reais (historicamente determinados) que sejam puros ou perfeitos, mas apenas Estados de direito historicamente determinados que controlam e contêm, melhor ou pior, aquelas manifestações

do Estado policial sobreviventes em seu interior. Ver Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires, 2ª edição, Ediar, 2002.

<sup>11</sup> Veja-se a transcrição dos dispositivos focalizados na nota 3.

<sup>12</sup> Convenção de Viena – “Artigo 3. Delitos e Sanções 1. Cada uma das Partes adotará as medidas que se façam necessárias para tipificar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos intencionalmente: a) i) A produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o envio em trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica em contrariedade ao disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua versão emendada ou no Convênio de 1971; ii) O cultivo da dormideira, do arbusto de coca ou da planta de cannabis com o objetivo de produzir entorpecentes em contrariedade ao disposto na Convenção de 1961 e na Convenção de 1961 em sua versão emendada; iii) A posse ou a aquisição de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica com o objetivo de realizar qualquer das atividades enumeradas no anterior item i); iv) A fabricação, o transporte ou a distribuição de equipamentos, materiais ou das substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que vão ser utilizados no cultivo, na produção ou na fabricação ilícitos de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas ou para estes fins; v) A organização, a gestão ou o financiamento de algum dos delitos enumerados nos anteriores itens i), ii), iii) ou iv); b) i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo que tais bens procedem de algum ou alguns dos delitos tipificados em conformidade com o inciso a) do presente parágrafo, ou de um ato de participação em tal delito ou delitos, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens ou de ajudar qualquer pessoa que participe do cometimento de tal delito ou delitos a elidir as conseqüências jurídicas de suas ações; ii) A ocultação ou o encobrimento da natureza, origem, localização, destino, movimento ou propriedade reais de bens ou de direitos relativos a tais bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos tipificados em conformidade com o inciso a) do presente parágrafo ou de um ato de participação em tal delito ou delitos; c) Com reserva de seus princípios constitucionais e dos conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, a posse ou a utilização de bens, sabendo, no momento de recebê-los, que tais bens procedem de algum ou alguns dos delitos tipificados em conformidade com o inciso a) do presente parágrafo ou de um ato de participação em tal delito ou delitos; ii) A posse de equipamentos, materiais ou substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que são utilizadas ou que serão utilizadas no cultivo, na produção ou na fabricação ilícitos de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas ou para tais fins; iii) Instigar ou induzir publicamente terceiros, por qualquer meio, a cometer algum dos delitos tipificados em conformidade com o presente artigo ou a utilizar ilicitamente entorpecentes ou substâncias psicotrópicas; iv) A participação no cometimento de algum dos delitos tipificados em conformidade com o disposto no presente artigo, a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los, e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento relacionados a seu cometimento”.

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

<sup>13</sup> Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos – “Artigo 9. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, a não ser pelos motivos e na conformidade dos procedimentos estabelecidos em lei”.

<sup>14</sup> Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 – “Art. 73, 1. Chiunque senza l’autorizzazione di cui all’articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall’articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000 (...)”. “Art. 74, 1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall’articolo 73, chi promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia la associazione è punito per ciò solo con la reclusione non inferiore a venti anni (...)”. Registre-se que o Decreto do Presidente da República de 9 de outubro de 1990, n.309 é o texto único que consolida as leis italianas em matéria de drogas, tendo sofrido diversas modificações introduzidas pela Lei de 21 de fevereiro de 2006, n.49.

<sup>15</sup> Decreto-lei n° 15/93, de 22 de janeiro – “Artigo 28°. Associações criminosas 1. Quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos nos artigos 21° e 22° é punido com pena de prisão de 10 a 25 anos. (...)”. Registre-se que as referidas regras dos artigos 21° e 22° dizem respeito ao “tráfico e outras actividades ilícitas” e a “precursores”.

<sup>16</sup> Lei 11.343/06 – “Artigo 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa”. Os artigos 33 e § 1° e 34 referidos no dispositivo transcrito definem as condutas identificadas ao “tráfico”, incluindo a desautorizada criminalização antecipada da posse, transporte ou expedição das substâncias e matérias-primas proibidas, bem como a fabricação, transporte, distribuição e simples posse de equipamentos, materiais ou substâncias conhecidas como precursores, nos moldes dos dispositivos criminalizadores das Convenções da ONU. Ao homicídio simples definido no artigo 121 do Código Penal brasileiro são cominadas penas de reclusão de 6 a 20 anos.

<sup>17</sup> General Civil Penal Code – “Chapter 31. Receiving the proceeds of a criminal act Section 317. Any person who receives or obtains for himself or another person any part of the proceeds of a criminal act, or who aids and abets the securing of such proceeds for another person shall be guilty of an offence and shall be liable to fines or imprisonment for a term not exceeding three years. Aiding and abetting shall be deemed to include collecting, storing, concealing, transporting, sending, transferring, converting, disposing of, pledging or mortgaging, or investing the proceeds (...) If the offence is concerned with the proceeds of a drug offence, imprisonment for a term not exceeding 21 years may be imposed under especially aggravating circumstances (...)”.

<sup>18</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Artigo XI. (...) 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam crime perante o direito nacional ou internacional (...)”.

<sup>19</sup> Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 15. 1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam crime de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos (...)”.

<sup>20</sup> Esta expressão é utilizada por Francisco Muñoz Conde em seu *Derecho Penal—Parte Especial*, quando comenta os dispositivos do Código Penal espanhol em matéria de drogas. Ver Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal—Parte Especial*. Valencia, 14<sup>a</sup> edição, Tirant lo Blanch, 2002, pp.629-653.

<sup>21</sup> Código Penal – “Art. 368. Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

<sup>22</sup> Convenção de Viena – “Artigo 3 (...) 5. As Partes disporão o necessário para que seus tribunais e demais autoridades jurisdicionais competentes possam levar em conta circunstâncias de fato que dão particular gravidade ao cometimento dos delitos tipificados em conformidade com o parágrafo 1 do presente artigo, tais como: a) A participação no delito de um grupo delitivo organizado do qual o delinqüente faça parte; b) A participação do delinqüente em outras atividades delitivas internacionais organizadas; c) A participação do delinqüente em outras atividades ilícitas cuja execução se veja facilitada pelo cometimento do delito; d) O recurso à violência ou o emprego de armas por parte do delinqüente; e) O fato do delinqüente ocupar um cargo público e do delito guardar relação com esse cargo; f) A vitimização ou utilização de menores de idade; g) O fato do delito ter sido cometido em estabelecimentos penitenciários, em uma instituição educacional ou em um centro assistencial, ou em suas imediações, ou em outros lugares freqüentados por colegas e estudantes para realizar atividades educativas, esportivas e sociais; h) Uma declaração de culpabilidade anterior, em particular por delitos análogos, prolatada por tribunais estrangeiros ou do próprio país, na medida em que o direito interno de cada uma das Partes o permita”.

<sup>23</sup> General Civil Penal Code – “Section 162. Any person who unlawfully manufactures, imports, exports, acquires, stores, sends or conveys any substance that by statutory provision is deemed to be a drug shall be guilty of a drug felony and liable to fines or imprisonment for a term not exceeding two years. An aggravated drug felony shall be punishable by imprisonment for a term not exceeding 10 years. In deciding whether the offence is aggravated special importance shall be attached to what sort of substance is involved, its quantity, and the nature of the offence. If a

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

very considerable quantity is involved in the offence, the penalty shall be imprisonment for a term of not less than three and not more than 15 years. Under especially aggravating circumstances imprisonment for a term not exceeding 21 years may be imposed. A drug felony committed negligently shall be punishable by fines or imprisonment for a term not exceeding two years. Complicity in a drug felony shall be punishable as otherwise provided in this section. Fines may be imposed in addition to imprisonment”.

<sup>24</sup> Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 14 (...) 7. Ninguém poderá ser novamente processado ou punido por um delito pelo qual já foi definitivamente condenado ou absolvido, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”.

<sup>25</sup> Sobre a reincidência, reporto-me ao que escrevi às páginas 278 a 281 de “Juizados especiais criminais – a concretização antecipada do poder de punir”. Vejam-se ainda as observações de Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar às páginas 1008 a 1015 de seu já citado *Derecho Penal – Parte General*. op. cit.

<sup>26</sup> U.S. Code – “§ 841. Prohibited acts A (a) Unlawful acts Except as authorized by this subchapter, it shall be unlawful for any person knowingly or intentionally— (1) to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute, or dispense, a controlled substance; or (2) to create, distribute, or dispense, or possess with intent to distribute or dispense, a counterfeit substance. (b) Penalties Except as otherwise provided in section 849, 859, 860, or 861 of this title, any person who violates subsection (a) of this section shall be sentenced as follows: (1) (A) In the case of a violation of subsection (a) of this section involving — (i) 1 kilogram or more of a mixture or substance containing a detectable amount of heroin; (ii) 5 kilograms or more of a mixture or substance containing a detectable amount of— (I) coca leaves, except coca leaves and extracts of coca leaves from which cocaine, ecgonine, and derivatives of ecgonine or their salts have been removed; (II) cocaine, its salts, optical and geometric isomers, and salts of isomers; (III) ecgonine, its derivatives, their salts, isomers, and salts of isomers; or (IV) any compound, mixture, or preparation which contains any quantity of any of the substances referred to in subclauses (I) through (III); (iii) 50 grams or more of a mixture or substance described in clause (ii) which contains cocaine base; (iv) 100 grams or more of phencyclidine (PCP) or 1 kilogram or more of a mixture or substance containing a detectable amount of phencyclidine (PCP); (v) 10 grams or more of a mixture or substance containing a detectable amount of lysergic acid diethylamide (LSD); (vi) 400 grams or more of a mixture or substance containing a detectable amount of N-phenyl-N-[ 1- (2-phenylethyl) -4-piperidinyl ] propanamide or 100 grams or more of a mixture or substance containing a detectable amount of any analogue of N-phenyl-N-[1-(2-phenylethyl)-4-piperidinyl] propanamide; (vii) 1000 kilograms or more of a mixture or substance containing a detectable amount of marihuana, or 1,000 or more marihuana plants regardless of weight; or (viii) 50 grams or more of methamphetamine, its salts, isomers, and salts of its isomers or 500 grams or more of a mixture or substance containing a detectable amount of methamphetamine, its salts, isomers, or salts of its isomers;

such person shall be sentenced to a term of imprisonment which may not be less than 10 years or more than life (...). If any person commits such a violation after a prior conviction for a felony drug offense has become final, such person shall be sentenced to a term of imprisonment which may not be less than 20 years and not more than life imprisonment. (...)”.

<sup>27</sup> Convenção de Viena – “Artigo 3 (...) 7. As Partes velarão para que seus tribunais ou demais autoridades competentes tenham em conta a gravidade dos delitos enumerados no parágrafo 1 do presente artigo e as circunstâncias enumeradas no parágrafo 5 do presente artigo, ao considerar a possibilidade de conceder a liberdade antecipada ou o livramento condicional a pessoas que tenham sido declaradas culpadas de algum desses delitos”. “8. Cada uma das Partes estabelecerá, quando proceda, em seu direito interno, um prazo de prescrição prolongado dentro do qual se possa iniciar o processo por qualquer dos delitos tipificados na conformidade do parágrafo 1 do presente artigo. Tal prazo será maior quando o suposto delinqüente tenha eludido a administração da justiça”.

<sup>28</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. (...)”.

<sup>29</sup> Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante as cortes e tribunais. (...)”.

<sup>30</sup> Convenção de Viena – “Artigo 3 (...) 6. As Partes se esforçarão para assegurar que quaisquer faculdades legais discricionárias, segundo seu direito interno, relativas a processos pelos delitos tipificados em conformidade com o disposto no presente artigo, se exerçam para dar a máxima eficácia às medidas de investigação e repressão desses delitos, levando devidamente em conta a necessidade de exercer um efeito dissuasivo com referência ao cometimento desses delitos”.

<sup>31</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos – “Artigo XI. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

<sup>32</sup> Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 14. 2. Toda pessoa acusada de um crime terá direito a que se presuma sua inocência até que se prove sua culpa de acordo com a lei”.

<sup>33</sup> Lei 11.343/06 – “Artigo 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

<sup>34</sup> Essa série de leis brasileiras de emergência ou de exceção, iniciada com a Lei 8.072/90, a chamada lei dos “crimes hediondos”, prosseguiu especialmente com a Lei 9.034/95, que, inspirada pelo pretexto de repressão à “criminalidade

Legislações proibicionistas em matéria de drogas...

organizada”, naturalmente, nem em sua versão original, nem com as modificações introduzidas pela Lei 10.217/01, conseguiu explicitar o que seja tal indefinível fenômeno; a Lei 9.296/96, que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas e em sistemas de informática e telemática; a Lei 9.613/98, que criminaliza a chamada lavagem (ou branqueamento) de capitais; a Lei 9.807/99, que cria o programa de proteção a testemunhas e trata também de réus “colaboradores”, reforçando a figura da delação premiada; a Lei 10.792/03, que, introduzindo modificações na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), institucionaliza o regime disciplinar diferenciado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Além da específica Lei 11.343/06, dispositivos de todas essas leis permanecem aplicáveis a hipóteses de acusação por alegada prática de “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas.

<sup>35</sup> Lei 11.343/06 – “Artigo 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”. No Código de Processo Penal brasileiro, essa indevida restrição à interposição de recurso contra a sentença condenatória aparece na regra de seu artigo 594. Há boas expectativas de que, com a nova composição do Supremo Tribunal Federal e diante de posicionamentos já externados por alguns de seus integrantes, seja definitivamente declarada a manifesta inconstitucionalidade desses e de todos os demais dispositivos da legislação brasileira que, vedando a liberdade provisória em processos em que ao réu é imputada a prática de determinados crimes ou condicionando a admissibilidade de recurso contra a sentença condenatória ao recolhimento à prisão, transformam prisões de natureza processual em uma desautorizada pena imposta e executada antecipadamente.

<sup>36</sup> Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 14. 5. Toda pessoa declarada culpada de um crime terá o direito de ter a condenação e a sentença revistas por um tribunal superior de acordo com a lei”.

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. 1º 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. 1st parte.*

*Keywords: prohibition, punishing power, drugs.*