

# **A FUNÇÃO SOCIAL DAS DROGAS (OU SE UM MUNDO SEM DROGAS SERIA MELHOR)**

**ANDRÉ VAZ PORTO SILVA**

**JUIZ TITULAR DA 1ª VARA CRIMINAL DE ANGRA DOS REIS**

## **1 – INTRODUÇÃO**

Parecem mais do que evidentes, entre os estudiosos que se dedicam minimamente ao tema, a falácia e a falência do modelo proibicionista, exacerbado desde os anos 1970 no discurso nixoniano de “guerra às drogas” e corroborado pela política da “tolerância zero” dos anos 1990, ambas de origem norte-americana<sup>1</sup> e exportadas para quase todo o mundo ocidental. Os argumentos pelos quais se chega a tal conclusão são infundáveis, passando por constatações estatísticas, considerações psicológicas, ilações jurídicas, investigações sociológicas, estudos econômicos, pesquisas criminológicas, entre diversos outros desenvolvimentos em variados campos do saber – trata-se, inegavelmente, de tema multidisciplinar.

A toda evidência, não se trata, nos estreitos limites deste trabalho, de exaurir todos os estudos acima indicados – a maior parte deles constante de vasta bibliografia, e exposta sumária e brilhantemente por seus principais teóricos no seminário promovido pela EMERJ em razão do qual se produz o presente escrito (“Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização”). Cumpre assinalar, porém, que na seara jurídica, que é nosso âmbito de atuação, um dos principais argumentos em favor da legalização das drogas centra-se na liberdade individual de um adulto, em pleno gozo de suas faculdades mentais, para tomar decisões que se restrinjam à sua esfera estritamente pessoal, na relação com seu próprio corpo. A teoria do contrato social, que embasou as teses e documentos iluministas precursores de todo o arcabouço dos direitos humanos, autoriza a intervenção do Estado somente quando o exercício da liberdade individual

---

<sup>1</sup> Um texto que, embora pequeno, é bastante razoável na análise da política de tolerância zero, tem como título “Tolerância Zero – Menos Crimes, Mais Racismo?” e se encontra no site <http://www.comunidadessegura.org/pt-br/node/82>, com acesso em 15 de abril de 2013.

atinge, por ameaça ou lesão, a esfera de direitos alheios<sup>2</sup>. Tal liberdade, prevista como direito fundamental no próprio *caput* do art. 5º da CRFB, resta vulnerada na medida em que o suposto crime de uso de drogas teria por bem jurídico a saúde pública, o que configura argumento indemonstrável, já que baseado numa presumida (na verdade fictícia) periculosidade do ato (expansividade). Segue trecho de nossa melhor doutrina quanto ao ponto, que, apesar de relativamente longo, merece transcrição pela elucidação que proporciona:

“A periculosidade presumida do ato (expansividade) e o escopo da lei em tutelar interesses coletivos e não individuais permite, inclusive, que a posse de pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação. A impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador, decorrente sobretudo da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista. Todavia este discurso legitimador, apesar de despregado da realidade, é altamente funcional e cotidianamente (re)produzido na dogmática jurídica. Neste ponto, importante lembrar os argumentos de Maria Lúcia Karam: ‘(...) é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...). Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal’ (KARAM, *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 126).

(...) Pensar o uso de drogas desde o ponto de vista dos envolvidos com a situação-problema é, desde o interior da dogmática, perceber a conduta como autolesiva. E se efetivamente merecedora de atenção estatal, como aqui se sustenta, melhor deflagrar ações não-punitivas, notadamente dos organismos da saúde pública. Assim, desde o princípio da ofensividade (art. 5º, XXXV, CR), inquestionável a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06.

(...) O espaço de liberdade individual faculta preservar e desenvolver formas de auto-realização em todas as esferas do íntimo (planos sexual, familiar, intelectual e outros). Neste sentido, a criminalização de

---

<sup>2</sup> Nesse contexto é que se devem entender as manifestações pela legalização das drogas – tais quais a conhecida Marcha da Maconha no Brasil – como atos de resistência à opressão, considerada direito natural e imprescritível desde 1789 pelo art. 2º, in fine, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Tal resistência afigura-se legítima quando o Estado se excede em seus poderes regulatórios e invade indevidamente a esfera dos demais direitos naturais dos cidadãos (no caso das drogas, a liberdade individual). Quanto ao tema, ver BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992 – especialmente o artigo “A Resistência à Opressão, Hoje”, às pp. 143-159.

opções pessoais revela tendência behaviorista no direito penal, cujos fundamentos não guardam harmonia e são amplamente desqualificados pela cadeia principiológica que sustenta os direitos e garantias individuais<sup>3</sup>.

Ora, se, como visto, não há respaldo para se ter o uso de drogas como proibido pelo Estado (mas somente regulado por este), é evidente que a comercialização de tais substâncias também não pode sê-lo (devendo igualmente apenas se sujeitar a regulamentação estatal).

Em linhas generalíssimas, é esse – o da liberdade individual - um dos básicos argumentos jurídicos contrários ao proibicionismo e, portanto, favoráveis à descriminalização ou à legalização<sup>4</sup>.

O objetivo do presente trabalho é, em linhas também gerais, oferecer mais um ponto no qual o discurso do proibicionismo peca pela inconsistência, e que passa por identificar um aspecto pouco explorado por nossa doutrina – talvez pelo tabu imposto por aquele discurso quanto ao tema<sup>5</sup>: o de que as drogas, para além da questão da liberdade individual de seus usuários, guardam uma função social relevante em nossa sociedade, de maneira que a proibição (no sentido de impossível imposição, por meio do combate/guerra/incriminação, de abstinência aos cidadãos) se revela mesmo contrária ao interesse da coletividade.

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*, 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 253-258.

<sup>4</sup> Obviamente não se trata, como já apontado nas primeiras linhas deste trabalho, do único argumento. Entre diversos outros, há também o interessante raciocínio jurídico pelo qual a criminalização fustigaria a isonomia (art. 5º, I da CRFB), já que se rotulariam como ilegais/criminosas determinadas drogas em detrimento de outras, sem qualquer base racional para tanto, tal como explanado por Salo de Carvalho na obra anteriormente mencionada, às fls. 256. Na tentativa de investigar, sob uma perspectiva criminológica (crítica), as razões de recair o proibicionismo sobre determinadas substâncias e não sobre outras, bem como os interesses que com isso são atendidos (criminalização da pobreza e da etnia negra, perpetuação de vulnerabilidades, etiquetamentos, controle social, genocídio, etc.), foram escritas diversas obras magníficas, cujo conteúdo não é oportuno desenvolver aqui. Façam-se somente algumas referências: o essencial ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2011 e, abordando a temática de forma mais específica, BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Quanto ao genocídio proporcionado pelo sistema penal como um todo, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Palavra dos Mortos: Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>5</sup> Parece evidente que os tabus, embora sejam naturalmente tratados como tais em mesas de jantares de famílias respeitáveis, devem ser solenemente ignorados quando se trata de pesquisas científicas que se pretendam minimamente sérias.

## 2 – DESENVOLVIMENTO

Em teoria da pena, são conhecidos – e procedentes – os estudos pelos quais a sanção penal exerce funções declaradas (ou manifestas) e funções reais (ou latentes):

“(…) o estudo da relação entre Política Criminal e Direito Penal, na perspectiva das funções *declaradas* ou *manifestas* e das funções *reais* ou *latentes*, pode explicar a esquizofrenia do programa oficial de Política Criminal realizado pelo Direito Penal nas sociedades contemporâneas, marcado pelo antagonismo entre discurso penal e realidade da pena, que seguem direções diametralmente opostas” (grifos do original)<sup>6</sup>.

Como manifestação do poder punitivo, o movimento proibicionista relativamente às drogas também padece da mesma esquizofrenia, na medida em que seu discurso oficial mantém-se em permanente descompasso com a realidade sobre a qual incide.

Mais uma vez, devemos alertar não ser esta a sede adequada para identificação pormenorizada das inconsistências das funções declaradas do proibicionismo. Apenas para efeito de desenvolvimento de nosso raciocínio, é de se destacar que tal política criminal se baseia, oficialmente, (a) em que a rigorosa criminalização se traduz em meio adequado para a eliminação do uso de drogas em determinado território, bem como (b) em que um tal local, em que não há a utilização de drogas, traduz-se em ambiente ideal a ser perseguido pelas políticas públicas.

Quanto ao primeiro fundamento, há diversas estatísticas a evidenciar a total impossibilidade de se obter – seja pela criminalização, seja por qualquer outro meio – uma total proscrição do uso de drogas na sociedade. Em verdade, sequer são necessários números ou gráficos: basta um brevíssimo olhar sobre a realidade dos países do ocidente para se constatar a absoluta incapacidade de se conseguir reduzir a números ao menos desprezíveis a taxa de uso de entorpecentes, não importa quão severa seja a legislação. A política de redução de danos – em cuja implementação a Holanda pode ser considerada precursora - tem como premissa essencial exatamente a inatingibilidade do nível zero de consumo de drogas, e assim lida com a questão como uma situação de saúde pública,

---

<sup>6</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria da Pena: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial, 1ª Edição. Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, p. 3.

com respeito aos que fazem uso consciente das substâncias, bem como com apoio àqueles que desejam interromper tal uso. Assim, consegue de maneira realista reduzir não só o uso, mas também – e principalmente – os danos eventualmente advindos de tal uso<sup>7</sup>.

De outra banda, o segundo embasamento se consubstancia no principal elemento de investigação do presente artigo. A questão nodal é: mesmo em sendo possível uma sociedade sem drogas (algo que já verificamos ser inatingível), seria uma tal realidade desejável? Aqui também basta um relance sobre a realidade e a história para responder negativamente à indagação.

Primeiramente, é de se estabelecer como premissa a consideração de que a criminalização do uso de determinadas drogas, e não de outras, é irracional e, portanto, arbitrário<sup>8</sup>. Outro conceito preliminar a ser levado em conta, aqui, é o de “função social”, mais bem desenvolvido pelos civilistas. Já que a área de atuação deste articulista, como já ressaltado, não é a do direito civil, mais seguro é recorrer às lições dos autores consagrados:

“A sociabilidade é uma das principais características do Código Civil de 2002. Assim como o Código Civil de Napoleão foi fruto do Liberalismo do século XVIII, cuja trilha foi seguida pelo nosso

---

<sup>7</sup> Veja-se trecho extraído, em 14 de abril de 2013, do sítio <http://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/dependencia-quimica/mundo-e-as-drogas/as-drogas-na-holanda.aspx>: “A Holanda trata a questão das drogas como de saúde pública, em que tratamento e recuperação são oferecidos para todos que buscam ajuda. As junkiebonds (associações de usuários de droga injetáveis) buscam melhorar as condições de vida dos usuários, evitando o contágio por hepatite B e HIV/Aids, distribuindo agulhas e seringas descartáveis.

A média de consumo de drogas na Holanda é inferior à do restante do continente e o percentual de pessoas que usam drogas injetáveis é o menor entre os 15 países da União Europeia. O número de usuários de heroína diminuiu significativamente (de 28 a 30 mil em 2001 para 18 mil em 2008) e a média de idade dos usuários vem aumentando”. Por outro lado, a manchete da notícia veiculada em 2011 pelo portal R7 retrata, por si só, a conjuntura atual dos Estados Unidos, berço da política criminalizadora: “EUA ainda lideram em consumo de drogas do mundo” (reportagem disponível, com acesso em 15 de abril de 2013, em <http://noticias.r7.com/internacional/noticias/eua-ainda-e-o-maior-consumidor-de-drogas-do-mundo-afirma-onu-20110623.html>). Outro exemplo histórico e notório é o da lei seca norte-americana, vigente entre 1920 e 1933, considerado por unanimidade um retumbante fracasso legislativo. Acerca desse evento, veja-se texto (bastante sintético e objetivo) em <http://adm.operamundi.com.br/conteudo/noticias/2175/conteudo+opera.shtml> (acesso em 15 de abril de 2013).

<sup>8</sup> Ou nem tão arbitrário, se levarmos em conta as razões criminológicas da incriminação, conforme nota de rodapé n.º. 4. De qualquer forma, certo é que a atual criminalização de drogas como a maconha, enquanto outras como o álcool e o tabaco, quase ou tão mais danosos que aquela, permanecem legalizadas, não se justifica em termos científicos.

Código de 1916, a visão social do Direito – o Direito como instrumento para a construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária – foi a grande motivação do atual Código Civil. Pode-se afirmar que a passagem do individualismo para o social é a característica essencial da evolução jurídica do nosso tempo. A função social do Direito é consagrada no Código como cláusula geral de todos os contratos (art. 421) e também como limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo”<sup>9</sup>.

Estabelecidas tais noções propedêuticas, é de se pesquisar, então, se as drogas, na história do ocidente – com a qual temos mais proximidade –, não exerceram (e ainda exercem) um papel fundamental e positivo na dinâmica social. Com relativa pouca reflexão, não é difícil verificar tal exercício de maneira evidente.

Trata-se assim de verificar, na movimento proibicionista, além do equívoco pelo qual a política de incriminação das drogas constitui medida efetiva e apta a trazer resultados concretos (aspecto positivo da contradição, já que afirma ilusoriamente a utilidade da criminalização), outro erro, segundo o qual o objetivo de tal política (abstinência de toda a sociedade) deveria ser necessariamente perseguido (aspecto negativo, pois refuta a necessidade das drogas no meio social).

Reafirmando-se a injustificabilidade da incriminação do uso de certas drogas e não de outras, podemos nos colocar diversas hipóteses: seria possível o atual estágio do próprio sistema capitalista, do qual é simbiótica a política de combate às drogas, sem as substâncias entorpecentes – desde o cafezinho das recepções das empresas até a cocaína que impulsiona as atividades, sob extrema pressão, dos executivos de Wall Street? A pergunta, retórica, evidencia a falácia do proibicionismo no âmbito interno do próprio sistema no qual é mais intensamente gerado e reproduzido.

Ademais, para além do modo de produção capitalista, pode-se focar o campo das artes para perceber o notório desastre que um utópico mundo sem drogas, perseguido pelo proibicionismo, acarretaria: teríamos hoje, por exemplo, o legado de Noel Rosa acaso extirpássemos, das mesas dos bares que frequentava, as quantidades (industriais) de álcool que consumia em sua atividade de criação musical? Os filmes de Glauber Rocha, os poemas de Paulo Leminski – haveria tudo isso? Numa abordagem não estritamente nacional: o que seria da contemporaneidade sem a contribuição, em termos de

---

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 168-169.

contracultura, dos três J's de Woodstock – Jimi Hendrix, Janis Joplin e Jim Morrison -, sabidos consumidores das mais variadas substâncias entorpecentes<sup>10</sup>?

Se retomarmos as considerações de Sergio Cavalieri, acima colacionadas, é perfeitamente possível que enxerguemos, nas drogas e em sua comercialização, uma função social importante, que o proibicionismo, numa ilusória pretensão de abstinência, viria a violar. Não só a sobrevivência do próprio capitalismo, mas também as contribuições à cultura, bem como a luta por uma sociedade mais justa e por um Estado menos opressor, seriam possíveis sem as drogas? Entendemos que não. Por essa razão, vislumbramos que as drogas e os contratos de comercialização de drogas – todas elas, sem distinção entre as legais e as tornadas ilegais – têm, sim, uma relevante função social, ignorada pelo discurso oficial do proibicionismo, e que deve ser revelada para descortinar, entre diversas outras, mais essa inconsistência de tal discurso.

### 3 – CONCLUSÃO

Certa feita, o mestre Gilberto Gil, um brilhante adulto que, apesar de consciente de suas opções pessoais, veio a ser preso por porte de *cannabis sativa* em 1976, cravou a seguinte confissão: “Tem muita maconha naquilo tudo. ‘Refazenda’, ‘Se Eu Quiser Falar com Deus’, por exemplo, são todas músicas do barato”.

Definitivamente, é melhor viver num mundo em que se pode ouvir “Refazenda” e “Se Eu Quiser Falar com Deus”.

### 4 – REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

---

<sup>10</sup> A toda evidência, os exemplos aqui citados não são embasados por biografias que, oficialmente autorizadas e publicadas, descrevam o uso de drogas – legais ou ilegais – pelos personagens mencionados; trata-se apenas de exemplificação exposta através daquilo que a percepção popular média apreendeu da vida de tais pessoas públicas.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*, 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial*, 1ª Edição. Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Palavra dos Mortos: Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2011