

2. DOCTRINA NACIONAL

POLÍTICA CRIMINAL COM DERRAMAMENTO DE SANGUE

NILO BATISTA

A pena é um meio extremo; como tal é também a guerra. – TOBIAS BARRETO.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. 1914-1964: o modelo sanitário – 3. O modelo bélico – 4. As marcas da guerra.

1. Introdução

Para evitar distorções idealistas, no presente estudo a expressão *política criminal* não se referirá apenas, como no conceito de Zipf, à “obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal”⁽¹⁾, nela se incluindo o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidiana não só dos critérios diretivos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação. Assim, por exemplo, quando a polícia mensalmente executa (valendo-se de expedientes encobridores os mais diversos, da simulação de confronto ao chamamento à autoria de gangues rivais) um número constante de pessoas, verificando-se ademais que essas pessoas têm a mesma extração social, faixa etária e etnia, não se pode deixar de reconhecer que a política criminal formulada para e por essa polícia contempla o extermínio como tática de terrorização e controle do gru-

po social vitimizado – mesmo que a Constituição proclame coisa diferente. Por outro lado, como pioneiramente entre nós observava Heleno Fragoso, “a política criminal é parte da política social”⁽²⁾, e essa conexão – melhor diríamos continuidade – pode ser um importante expediente metodológico para o esclarecimento de seus programas e objetivos. Retomando o exemplo anterior, a complacência, indiferença ou mesmo o aplauso para com rotinas policiais de terrorização e extermínio sinaliza para a incorporação desses instrumentos por parte da política social desenvolvida – por mais que indignações oportunistas ou o sacrifício periódico de bodes expiatórios procurem sugerir coisa diversa.

É nosso objetivo compreender a política criminal para drogas no Brasil e seus reflexos no direito e no processo penal; como se sabe, encontramos hoje uma

⁽¹⁾ Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, trad. M.I. Macías-Picavea, Caracas: 1979, EDR, p. 4.

⁽²⁾ Lições de Direito Penal, PG, Rio, 1987, Forense, p. 17. Alessandro Baratta observava recentemente que “a contraposição entre política de segurança e política social não é lógica mas sim ideológica” (Defesa dos direitos humanos e política criminal, in *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio: 1997, n.º 3, p. 58).

política criminal (sem trocadilho) *dependente* de certas articulações internacionais, que gosta de apresentar-se como uma guerra. De fato, se olharmos o atual cenário americano, que política criminal é essa que contempla operações militares em territórios estrangeiros, que distingue grupos aliados e beligerantes, promove acumulação e intercâmbio de informações em plano internacional e intervenção permanente da rede diplomática, administra orçamentos astronômicos, celebra crescentemente tratados que versam desde compromissos criminalizadores até erradicação de culturas e extradições, passando por patrulhas marítimas e helicópteros, e na qual se pretende envolver a cada dia mais intensamente as forças armadas?

Clausewitz observou, com finura, que “a guerra é um instrumento da política: ela traz necessariamente a marca desta política.”³ Tomemos a primeira guerra do ópio, que começa em 1839, oito anos após a morte de Clausewitz. Temos ali uma guerra em favor do comércio do ópio, em favor dos negociantes ingleses (havia-os também norte-americanos) que levavam o ópio da Índia para a China, como etapa de um circuito comercial triplice. O conflito opunha de um lado a decisão do imperador chinês de interromper e proibir o comércio e o uso do ópio, e de outro “os enormes investimentos ingleses na produção e distribuição da droga e o papel crucial representado pelos rendimentos do ópio na estratégia da balança de pagamentos internacional da Inglaterra”.⁴ Sem nenhuma dúvida, a guerra do ópio traz “a marca da política”

que a viabilizou: oficialmente, a rainha Vitória nada sabe da droga, mas se preocupa sim com as violências e “injustiças” (leia-se o confisco do ópio) contra seus súditos, e o Parlamento autoriza o envio da frota para obter “reparações” (leia-se indenização pela perda dos estoques de ópio confiscados, afinal avaliados em seis milhões de dólares, conforme o art. 4.º do tratado de Nanquim, cujo art. 3.º entregava a ilha de Hong Kong à soberania inglesa).⁵ A condução das operações militares também revela “a marca da política”, objetivando uma asfixia em suprimentos externos e um gradual avanço de posições (favorecido pelo fosso tecnológico) que conduza à rendição e ao acordo para as “reparações”; não era uma campanha para destituir o governo nem destruir a nação chinesa (o Parlamento não declarara guerra à China), e por mais que os documentos oficiais o dissimulem, a estratégia incluía a sobrevivência do Estado-devedor e dos consumidores de ópio que haviam criado aquele mercado aparentemente infinito.

Se é relativamente fácil perceber “a marca da política” diante de uma guerra em favor do tráfico de drogas, as coisas se complicam quando pretendemos perceber as características da política criminal que elegeu a própria guerra como método, da política criminal que se vê e se pretende guerra contra as drogas. Teremos que inverter o percurso, e ao invés de, como Clausewitz, procurar na guerra a marca da política, tratar de vislumbrar nessa política criminal as marcas da guerra.

2. 1914-1964: o modelo sanitário

A legislação anterior a 1914, seja aquela inscrita na tradição, que remonta às Ordenações Filipinas (V, LXXXIX),

(3) Clausewitz, Carl von, *Da Guerra*, trad. T.B.P. Barroso, Brasília: 1979, ed. UnB, p. 743.

(4) Spence, Jonathan D., *Em Busca da China Moderna*, trad. T.R. Bueno e P.M. Soares, São Paulo: 1995, Cia. das Letras, p. 151.

(5) Spence, *op. cit.*, pp. 165 e 169.

das “substâncias venenosas” (expressão empregada no CP 1890, art. 159), com sabor de delito profissional dos boticários, preventivo do venefício, seja aquela esparsa em posturas municipais, como a proibição do “pito-de-pango” pela Câmara do Rio de Janeiro, em 1830⁶, a legislação anterior a 1914 não dispõe de massa normativa que permita extrair-lhe uma coerência programática específica.

Tendo o Brasil subscrito, no próprio ano de 1912, o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia, o Dec. 2.861, de 08.07.14, sancionou a Resolução do Congresso Nacional que aprovara a adesão. Através do Dec. 11.481, de 10.02.15 – que mencionava “o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína” Wenceslau Braz determinava a observância da Convenção. É nesta ocasião que a política criminal brasileira para drogas começa a adquirir uma configuração definida, na direção de um modelo que chamaremos “sanitário”, e que prevalecerá por meio século.

Seis anos depois, o Dec. leg. 4.294, de 06.07.21, sancionado por Eptácio Pessoa, revogaria o art. 159 do CP 1890 para introduzir a hipótese na qual “a substância venenosa tiver qualidade entorpecente, como o ópio e seus derivados, a cocaína e seus derivados” (art. 1.º, par. ún.); foi então que a expressão “entorpecente” iniciou sua longa e polissêmica carreira no direito penal brasileiro. Também as disposições sobre embriaguez e venda abusiva de bebidas do CP 1890 (arts. 396, 397 e 398) eram expressamente revogadas, porque o Dec. 4.294/21 disciplinava inovadoramente a matéria, e devemos examinar uma des-

sas inovações. Distinguindo – ao contrário do CP 1890 – entre a embriaguez escandalosa e a habitual, o decreto estabeleceu que à segunda se responderia com “internação por 3 meses a 1 ano em estabelecimento correccional adequado”, solução que viria a influenciar a ainda vigente Lei de Contravenções Penais (art. 62 e par. ún.). Em correspondência a tal solução, os intoxicados “por substância venenosa que tiver qualidade entorpecente” se sujeitavam a uma internação compulsória “para evitar a prática de atos criminosos ou a completa perda moral” (art. 6.º, § 2.º, al. a). A regulamentação desse decreto legislativo, efetuada dois meses depois através do Dec. 14.969, de 03.09.21, previa a criação do “Sanatório para toxicômanos” no Distrito Federal, mas enquanto isso não ocorresse as internações dos intoxicados – que estavam sujeitos à interdição – se dariam na Colônia de Alienados (art. 9.º, § 5.º). Este Dec. 14.969/21 dispunha também sobre controle das substâncias entorpecentes nos despachos alfandegários e no varejo das farmácias, num esboço que seria rendilhadamente desenvolvido nos anos trinta – como já veremos mais pormenorizadamente –, regulamentando também o procedimento judiciário (art. 15 ss) e prevendo ainda, em seu art. 8.º, responsabilização como autores do droguista, do farmacêutico, do prático, de “qualquer outro comerciante” e finalmente do “particular” que, conforme o caso, vendesse, expusesse à venda ou ministrasse tais substâncias, enquanto o “portador e o entregador” seriam punidos como autores, em caso de auxílio necessário, ou como cúmplices sob qualquer outra modalidade participativa: estas disposições sobre autoria e participação tiveram porventura a função de eliminar toda dúvida sobre o caráter comum, não especial (profissional) do crime.

Mas o passo decisivo foi dado com o Dec. 20.930, de 11.01.32, cujas normas

⁽⁶⁾ Cf. Nilo Batista, A cura, o êxtase e a transcendência, in O D. Gonçalves e F.I. Bastos (orgs.), Só Socialmente, Rio: 1992, Relume-Dumará, p. 60.

criminalizadoras seriam consolidadas por Vicente Piragibe, no espaço do revogado art. 159 do CP 1890. O Dec. 20.930, do qual alguns dispositivos seriam alterados pelo Dec. 24.505, de 29.06.34, teve sua estrutura inteiramente reaproveitada pelo Dec. lei n.º 891, de 25.11.38, que o revogaria. No que tange às normas criminalizadoras, a estrutura proposta pelos três decretos dos anos trinta, submetida a uma cirurgia técnico-jurídica, conduzirá à sóbria fórmula do art. 281 do CP 1940.

É importante ressaltar que esta sucessão de decretos exprime a influência das sucessivas convenções internacionais. Após a Conferência de Haia, de 1912, sucederam-se, sob os auspícios da Liga das Nações, conferências “complementares” em Genebra, em 1925, 1931 e 1936, todas subscritas pelo Brasil e promulgadas internamente⁷. A influência de tais convenções sobre a legislação penal brasileira – essa internacionalização do controle argutamente percebida por Salo de Carvalho⁸ – chegara para ficar, e não só caracterizaria todo o período do modelo sanitário como subsistiria, com referenciais distintos, à própria reforma do modelo político-criminal, até porque, como veremos oportunamente, o modelo seria reformado de fora para dentro.

Importa agora ressaltar a influência das convenções internacionais sobre o direito interno. A convenção decorrente da Conferência de 1925 comprometia os países subscritores com uma revisão periódica de suas leis e regulamentos (art. II); com a fiscalização da exportação e importação, de sorte a que fossem expedidas autorizações específicas (art.

IV, al. b e arts. XII e XIII); com o registro nos livros mercantis e com a retenção das receitas que prescrevessem substâncias entorpecentes, a serem conservadas “pelo médico ou pelo farmacêutico” (art. VI, al. c). A convenção decorrente da Conferência de 1931 traria de regulamentar desde os *stocks* de Estado” (art. I, item 4.º; art. IV, item 2.º) até os rótulos de comercialização das drogas (art. XIX), bem como uma troca de informações entre os países “sobre todo caso de tráfico ilícito descoberto” (art. XXIII). E a convenção decorrente da Conferência de 1936 se ocupava principalmente dos problemas de extraterritorialidade colocados pela repressão do tráfico internacional versando, entre outros tópicos, extradição e reincidência internacional (arts. VI, VII, VIII e IX).

Nossa legislação interna correspondente não passa de uma ressonância, certamente decorada com as volutas do bacharelismo tropical, porém uma assumida ressonância dessas convenções. O Dec. 20.930, de 11.01.32, mal enunciada a lista das “substâncias tóxicas entorpecentes em geral”, trata de deixar claro sua revisão periódica “de acordo com a evolução da química-terapêutica” (art. 1.º, par. ún.); a licença especial para o fabrico ou comercialização (art. 2.º) bem como o certificado de importação (art. 8.º), registrado em livro próprio (art. 10, § 2.º, e art. 21), com validade anual (art. 15, par. ún.), estão contemplados e regulamentados. A venda ao público depende de receita, que não é restituída mas sim registrada, com número de ordem, em livro “destinado especialmente a esse fim” (art. 3.º, § 1.º), livro este que deve ser aberto, encerrado e rubricado pela autoridade sanitária ou, em sua falta, pelo “juiz togado de primeira instância mais antigo na comarca ou termo” (art. 3.º, § 2.º); tais livros, além disso, estariam “permanentemente sujeitos à inspeção das autoridades sanitária, policial e judiciária, inclusive o Ministério Públi-

(7) Respectivamente através dos decs. 22.950, de 18.07.33, 113, de 13.10.34 e 2.994, de 17.08.38.

(8) A Política Criminal de Drogas no Brasil, Rio: 1996, Luam, p. 20.

co" (art. 3.º, § 3.º), e é claro que da etiqueta comercial da droga deve constar o número de ordem da receita (art. 3.º, § 4.º). Todo o fluxo importador era concentrado na alfândega do Rio de Janeiro (arts. 11 e 14), e qualquer substância proibida destinada a alguém desprovido do certificado de importação era considerada contrabando (art. 19). Para poder intercambiar informações, o Departamento Nacional da Saúde Pública coordenaria dados estatísticos e organizaria "a lista dos indivíduos implicados no tráfico" (arts. 54 e 55). O Dec. 24.505, de 29.06.1934, que alterou algumas disposições do Dec. 20.930, de 11.06.32, preocupou-se com que as receitas fossem grafadas "em caracteres legíveis", com "identificação e residência do médico e do enfermo" (art. 3.º), e lançada num "papel oficial", "fornecido gratuitamente pela repartição sanitária local" (art. 3.º, §§ 4.º e 5.º). O Dec.-lei 891, de 25.11.1938, recicla e revoga o Dec. 20.930, de 11.06.32 (modificado pelo Dec. 24.505, de 29.06.34), fiel à mesma orientação das convenções (temos agora o "stock" do Estado – arts. 11 e 12), capilarizando o controle alfandegário ("guardados debaixo de chave, sob imediata responsabilidade do fiel do armazém" – art. 10, § 5.º), acrescentando a exigência de "guia de trânsito de entorpecentes" para vendas internas (art. 16), e de maior apuro na escrituração daqueles livros ("sem rasuras ou emendas" – art. 17, § 2.º).

O que se depreende com clareza de tais normas é uma concepção sanitária de controle do tráfico, de um tráfico que se alimenta do desvio da droga de seu fluxo autorizado. As drogas estavam nas prateleiras das farmácias ou nos "stocks" de uma indústria que apenas suspeitava de seu futuro sucesso comercial, e boticários, práticos, facultativos⁹, fiéis de

armazém e funcionários da alfândega¹⁰ são os personagens que abastecem de opiáceos ou cocaína grupos reduzidos e exóticos, intelectuais, filhos do baronato agroexportador educados na Europa, artistas: um hábito com horizonte cultural bem definido, sem significação econômica, que desatava a representação social de um "universo misterioso", como disse Rosa del Olmo¹¹, e mórbido. (A maconha, embora contemplada na listagem dos artigos primeiros, estava fora desse circuito, porque era consumida pelos pobres, ou, para usar as palavras aristocráticas de Hungria, por "gente de macumbas ou da boêmia do *troisième dessous*"¹²; era a "erva do norte" que figura num samba de Wilson Baptista dos anos trinta.) Não é, contudo, apenas pela consideração do viciado como doente (ainda que tal consideração reforce o

dade, sem interesse pecuniário, procurou atenuar o sofrimento de um cliente, prescrevendo-lhe em largo período entorpecentes", esclarecendo que se o médico "deixou de usar papel oficial, não foi intencionalmente, mas porque geralmente não era empregado no lugar e mesmo não existia à disposição dos médicos, na época dos fatos" (RT 168/114-117).

(10) Num processo judicial de 1921, indicado pela Revista Forense como primeira aplicação da nova lei sobre toxicomania, o interdito é um oficial aduaneiro (RF XXXVIII/88). Um dos médicos que subcreveu o laudo, segundo o qual a internação do paciente se recomendava urgentemente para evitar a "completa perdição moral" era Heitor Carrilho. A sentença do juiz Abelardo Bueno da Carvalho cita contudo uma decisão anterior, de 30 de setembro de 1921, do juiz Alfredo Russel, que também foi publicada (RF XXXVII/426), na qual, pelo mesmo fundamento, foi o intoxicado internado no Sanatório Botafogo.

(11) A Face Oculta da Droga, trad. T. Ottoni, Rio: 1990, Revan, p. 29.

(12) Comentários ao Código Penal, Rio: 1959, Forense, v. IX, p. 138.

(9) Uma decisão do TJSP, dos anos quarenta, absolvía "o facultativo que, por cari-

argumento, como veremos) que este modelo, no qual autoridades sanitárias, policiais e judiciárias exercem – às vezes, fungivelmente – funções contínuas, merece a designação de sanitário: é que se pode perceber claramente o aproveitamento de saberes e técnicas higienistas, para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias, na montagem de tal política criminal; não por acaso, o Dec. 20.930, de 11.06.32, converteu a drogadição em doença de notificação compulsória (art. 44), não por acaso a retenção de partidas irregulares sabe a quarentena, e a manipulação dos extraditados evoca as precauções com os contaminados. Constituiria um objeto autônomo de estudo aprofundar as correspondências entre medidas dessa política criminal e, no movimento coetâneo de medicalização das instituições, medidas higienistas sobre contágio e infecção no Rio da febre amarela e da varíola, bem como a elaboração teórica racista da Liga Brasileira de Higiene Mental, fundada em 1923, cujos membros, como adverte Freire Costa, sonhavam com “um sistema médico-policial” para trabalhar um de seus tópicos favoritos, o alcoolismo¹³.

O usuário de drogas, dependente ou experimentador, não era criminalizado, e Hungria, que transplantou o princípio para o CP 1940, explicava porque: “o viciado atual (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que precisa de tratamento, e não de punição (...) o ainda não viciado não deixa de ser uma vítima do perigo de ser empolgado

pelo vício, e não um criminoso”¹⁴. Como eram tratados esse doente e essa vítima? Estabelecido que a toxicomania era doença de notificação compulsória, estavam os usuários de drogas sujeitos a internação, que poderia ser obrigatória ou facultativa, por tempo determinado ou não (Dec. 20.930/32, art. 45): o Dec.-lei 891, de 17.08.38, proibiria “o tratamento de toxicômanos em domicílio” (art. 28). A improvável internação facultativa “a requerimento do interessado” abria espaço para que parentes “até o quarto grau colateral inclusive” (Dec. 20.930/32, art. 45, § 3.º) dispusessem de um precioso instrumento de controle intrafamiliar, através de uma delação com repercussão patrimonial, uma vez que a simples internação, decretada pelo juiz, levava-o a nomear “pessoa idônea para acautelar os interesses do internado”, com “poderes de administração”, podendo o magistrado, fundado em laudo médico, autorizar a outorga de “poderes expressos nos casos e na forma do art. 1.295 do Código Civil”, isto é, alienar e hipotecar bens, entre outros (Dec.-lei 891/38, art. 30). A internação obrigatória, contudo, era muito mais drástica: vejamos como a tratou o Dec.-lei 891, de 25.11.38.

Prevista também para a hipótese de alcoolismo, a internação obrigatória dependia de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, e cabia “quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo ou quando for conveniente à ordem pública” (art. 29, §§ 1.º e 2.º), sendo aplicável igualmente às situações de inimizabilidade vinculadas ao abuso de drogas, na ocasião submetidas à fórmula da “completa perturbação de sentidos e de inteligência” da Consolidação das Leis Penais¹⁵. Diante de “casos urgentes”(?) a

(13) Jurandir Freire Costa, *História da Psiquiatria no Brasil*, Rio, 1989, ed. Xenon, p. 93. Sobre medicalização das instituições, Roberto Machado et alii, *Danação da Norma*, Rio, 1978, Graal, pp. 278 ss; sobre as opressões higienistas no Rio de Janeiro, Sidney Chalhoub, *Cidade Febril*, S. Paulo: 1996, Cia. das Letras.

(14) *Op. cit.*, p. 139.

(15) Embora a norma especial (art. 45, § 2.º, al. b Dec. 20.930/32 e, depois, art. 29, §

polícia podia tomar a iniciativa de efetuar “a prévia e imediata internação fundada no laudo de exame, embora sumário, efetuado por dois médicos idôneos” (art. 29, § 4.º), devendo instaurar-se o procedimento judicial em cinco dias após a internação, levada a efeito “em hospital oficial para psicopatas” ou particular fiscalizado (art. 29, § 6.º). A simples necessidade de “observação médico-legal” autorizava o juiz a ordenar a internação (§ 5.º). Todo diretor de hospital que recebesse toxicômanos para tratamento estava obrigado a comunicar o fato à autoridade sanitária, que por seu turno o transmitiria à polícia e ao Ministério Público; o diretor, na linha do controle burocrático e suspeição generalizada, deveria comunicar “a quantidade de droga inicialmente ministrada” e quinzenalmente “a diminuição feita na toxiprivação progressiva” (§§ 7.º e 8.º). Se o ingresso em tais nosocômios parecia bastante facilitado, a saída era complicada, dependendo sempre (ainda que não apenas) de uma atestação médica de cura; a pretensão de retirar-se voluntariamente o paciente deveria ser comunicada ao juiz pelo diretor do estabelecimento particular, seguindo-se sua transferência forçada (§ 9.º); a disciplina do Dec. 20.930, de 11.01.32, outorgava ao diretor do hospital particular no qual o toxicômano se houvera internado facultativamente o poder de, discordando da alta, oficiar ao Ministério Público “mantida a internação pelo prazo de cinco dias” (art. 46, § 7.º)! Quando a alta era concedida, a autoridade sanitária notificava a polícia “para efeito de vigilância” (Dec.- lei 891/38, art. 29, § 10). Cabia, é claro, ao

internado que se entendesse curado uma reclamação para postular do juiz o exame pericial que lhe abriria as portas do estabelecimento (§ 13). Incontestavelmente, a alta do paciente não era uma decisão médica e sim uma decisão judicial, assimilável a um alvará de soltura, informada por um parecer médico (art. 3.º, § 4.º). Além do *deficit* imposto a sua capacidade jurídica, variando da nomeação do curador para casos de simples internação, até a interdição plena, com equiparação aos absolutamente incapazes (art. 30, § 5.º), estava o interdito sujeito a licenciamento temporário do cargo público que ocupasse (art. 31). Esta síntese das regras que disciplinavam as respostas jurídicas à drogadição dispensam qualquer outro argumento quanto à adequação da designação “modelo sanitário”. Em sua monografia sobre o alcoolismo, o primeiro Evaristo de Moraes designava tal sistema por “assistência coactiva”, semelhante – dizia ele – “a que se aplica hoje aos pestosos, e que se aplicará, no futuro, aos sífilíticos em período de contágio”¹⁶.

Examinemos, por fim, as normas penais. O Dec. 4.294/21, abstraídos os casos de embriaguez previstos, se restringia a punir as condutas de “vender, expor à venda ou ministrar” as “substâncias venenosas que tivessem qualidade entorpecente”: a posse ilícita não era punida¹⁷. Já o Dec. 20.930, de 11.01.32, promoveu uma intervenção penal muito mais ampla e drástica. O tipo básico do

2.º, al. b Dec.- lei 891/38) prescrevesse internação obrigatória para casos de “impronúncia ou absolvição” decorrentes de tais situações, entendia-se, já no regime do CP 1940, que “não exclui a responsabilidade a embriaguez provocada pelo uso de entorpecentes” (RF LXXXV/478).

(16) Ensaios de Pathologia Social, Rio: 1924, L. Ribeiro, p. 134.

(17) “Não incide nas penalidades cominadas pelo Dec. 4.291, de 06.07.21, o indivíduo em cuja casa é encontrado frasco de cocaína, escondido sob um colchão. O que a lei define como contravenção é vender, expor à venda ou ministrar (...) entorpecente, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários” (RF XLV/568).

tráfico começa a acumular núcleos (“vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar” – art. 25), antecipando o fenômeno que Zaffaroni designará por “multiplicação dos verbos”¹⁸, além de contemplar todo e qualquer induzimento ou instigação ao uso. Os infratores médicos, cirurgiões-dentistas, farmacêuticos ou que militassem em qualquer profissão ou arte que favorecesse a prática do crime sujeitavam-se ainda à suspensão temporária do exercício profissional (no caso dos médicos, por 4 a 11 anos). A posse ilícita foi criminalizada (art. 26), bem como a prestação de local (art. 27) e a receita fictícia (art. 28): aí está o figurino do art. 281 CP 1940. A receita fictícia consistia num crime de perigo presumido, construído numa modalidade como norma penal em branco (“prescrever o uso de qualquer substância entorpecente com preterição de formalidade necessária”, que poderia ser por exemplo o “receituário oficial”) e em outras como infração indeterminada a norma técnica (“em dose evidentemente mais elevada que a necessária ou fora dos casos indicados pela terapêutica”): nem o polimento gramatical aplicado por Hungria resgataria os vícios desse tipo, indicador da importância do eixo médico-farmacêutico no acesso às drogas ilícitas. Aliás, o profissional que prescrevesse “continuadamente” substâncias entorpecentes poderia ver-se “declarado suspeito” pela autoridade sanitária, sendo seu receituário submetido a “fiscalização especial e rigorosa (...) ficando as farmácias proibidas de aviar-lhe as receitas sem o visto da autoridade sanitária local” (art. 29). A importação de entorpecentes por via aérea, ou postal, ou qualquer outra inobservância das

regras próprias era punida com uma pena fixa de quatro anos de prisão celular (art. 30). Toda violação aos regulamentos de controle era punível com multa, e na reincidência prisão de seis meses a dois anos (art. 32). O tráfico e a importação irregular eram inafiançáveis (art. 33). O condenado, por qualquer delito, que fosse funcionário público perderia o cargo; se fosse aluno de estabelecimento de ensino “de qualquer grau, público ou particular”, seria excluído e teria a matrícula trancada pelo tempo da pena (arts. 34 e 37). A tentativa se equiparava ao crime consumado (art. 38), e não cabia *sursis* nem livramento condicional (art. 35). A reincidência agravava ao dobro a pena (art. 39), e o estrangeiro reincidente seria expulso do território nacional (art. 40). O sistema de tratamento institucionalizado e interdição de intoxicados faz surgir a modalidade de cárcere privado consistente na internação extrajudicial “sob o falso pretexto de tratamento” (art. 43), que será recolhido pelo CP 1940 como forma qualificada (art. 148, § 1.º, inc. II). O contexto moralista dessa legislação não pode ser mais visivelmente demonstrado que pela transcrição da agravante prevista no art. 36: “a procura da satisfação de prazeres sexuais, nos crimes de que trata este decreto, constituirá circunstância agravante”.

O Dec. 24.505, de 29.06.34, que introduziu algumas modificações, e o Dec. 891, de 25.11.38, que revogou o Dec. 20.930, de 11.01.32, não alteraram substancialmente essa proposta, salvo na criminalização do consumo, um verbo a mais na nova multiplicação que se operou¹⁹, que não produziria efeitos práticos

(18) *La legislación antidrogas latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario*, in Fascículos de Ciencias Penais, v. 3, n.º 2, P. Alegre: 1990, Fabris, p. 18.

(19) Art. 33 – Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar,

face à próxima vigência do CP 1940. Registre-se, por outro lado, a eliminação da expulsão automática para réus estudantes. Os processos criminais, no Distrito Federal, eram da atribuição da Procuradoria dos Feitos da Saúde Pública (art. 58, Dec. 20.930/32), e um dispositivo do Dec. 891/38 sela o compromisso médico-criminal desse modelo: “as autoridades sanitárias e policiais prestarão auxílio recíproco nas diligências que se tornarem necessárias ao bom cumprimento dos dispositivos desta lei” (art. 63).

Sobrevém o CP 1940, que confere à matéria uma disciplina equilibrada, não só optando por descriminalizar o consumo de drogas, mas também com um sóbrio recorte dos tipos legais, observando-se inclusive uma redução do número de verbos em comparação com o antecedente imediato (Dec. 891/38, art. 33), redução tanto mais admirável quanto se observa a fusão, no art. 281 CP, do tráfico e da posse ilícita no mesmo dispositivo. No contexto liberalizante da redemocratização, após 1946, o tema das drogas cai para um segundo plano. O eixo mítico repressivo central ainda repousa – e assim permanecerá até os anos sessenta – na “completa perdição moral” ou na predisposição para “a practica de actos criminosos” do decreto de 1921, porém a irrelevância estatístico-criminal do tráfico e do abuso de drogas não atrai a atenção dos juristas, dos criminólogos e mesmo dos legisladores. Convém mencionar o Dec.- lei 4.720, de 21.09.1942, o Dec. lei 8.646, de 11 de janeiro de 1946, e o Dec.-lei 20.397, de 14.01.1946. O primeiro fixava as “nor-

mas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos”; o segundo alterava o Dec. lei 891, de 25 de novembro de 1938, centralizando em determinada repartição pública o poder de autorizar importação e exportação de entorpecentes para “drogarias, laboratórios, farmácias e estabelecimentos fabris”, e o terceiro regulamentava a indústria farmacêutica no país, detendo-se, nos arts. 19 a 26, sobre os laboratórios que fabricassem especialidades contendo entorpecentes. No peculiar quadro da industrialização restringida brasileira, a conversão da droga em mercadoria de um lado sinalizava os bons negócios futuros no âmbito silencioso e lícito das fármaco-dependências, e de outro lado contribuía para dissipar o protagonismo dos próprios operadores sanitários no comércio das chamadas substâncias entorpecentes, segundo a lógica – basta recordar Freud e a cocaína – de que a droga é a cura da droga²⁰.

3. O modelo bélico

A escolha de 1964 como marco divisorio entre o modelo sanitário e o modelo bélico de política criminal para drogas certamente não se prende à edição da Lei 4.451, de 04.11.1964, que acrescentou o verbo “plantar” ao art. 281 CP. (Ainda que tecnicamente ociosa, como logo registrou Heleno Fragoso, toda alteração no sentido da “multiplicação dos verbos” é sintomática para o panpenalismo da proposta, para o delírio de uma ilicitude contínua e inescapável.) A escolha de 1964 se prende obviamente ao golpe de estado que criou as condições para a implantação do modelo bélico, o

sonegar, *consumir* substâncias compreendidas no artigo 1.º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no artigo 2.º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias – Pena: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000\$000 a 5:000\$000.

(20) Cf. Pasetti, Edson, *Das Fumeries ao Narcotráfico*, S. Paulo: 1991, Educ, p. 45.

que não significa que motivos do modelo sanitário – muito especialmente na consideração do “estereótipo da dependência”, magistralmente descrito por Rosa del Olmo²¹ – não continuassem a operar residualmente.

Não foi o acaso que reuniu, nos movimentos contraculturais jovens dos anos sessenta, a generalização do contacto com a droga e a denúncia pública dos horrores da guerra, e a derrota de tais movimentos não pode ser melhor representada que pela política criminal que resolveu opor-se à droga com os métodos da guerra. Refugindo por completo aos limites desse trabalho uma análise dos conflitos e contradições que explodiram naqueles movimentos, é indispensável uma referência ao capitalismo industrial de guerra. Como se sabe, a chamada “guerra fria” produziu nos Estados Unidos – e fixamo-nos nos Estados Unidos porque o chanceler brasileiro dizia em 1966 que “o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil” – uma aliança de setores militares e industriais para a qual a iminência da guerra era condição de desenvolvimento, ao ponto do fracasso. da conferências sobre desarmamento no final dos anos cinquenta repercutir favoravelmente em *Wall Street*²²; segundo Leontief, o gasto militar mundial duplicou entre 1951 e 1970, passando de cem bilhões a duzentos bilhões de dólares²³. Estas cifras fantásticas, nesse período fortemente concentradas nos dois blocos de cujo antagonismo dependiam (Estado Unidos e OTAN de um lado e União Soviética

e Pacto de Varsóvia de outro) aglutinavam interesses para os quais era fundamental não apenas a militarização das relações internacionais, no campo do que então se chamou de geopolítica, mas também ao nível interno dos países incorporados. O instrumento teórico desse projeto foi a doutrina da segurança nacional, elaborada no Brasil pela Escola Superior de Guerra, fundada em 1949 sob a inspiração do *National War College* e com a ajuda de uma missão militar americana²⁴. O autoritarismo da doutrina da segurança nacional, expressamente adotada na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar²⁵, bem como a efetividade de seus porões, ultrapassa os objetivos desse estudo, porém é preciso recolher um de seus conceitos – o de “inimigo interno” – que, intensamente vivenciado pelos operadores policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos, transbordará para o sistema penal em geral, e sobreviverá à própria guerra fria. No discurso de uma alta patente militar da época, o “uso de tóxicos” – ao lado, claro está, do “amor livre” – constitui tática da guerra revolucionária contra a “civilização cristã”²⁶.

Em 1968, treze dias depois do Ato Institucional n.º 5, o edito militar que ministrou o *coup-de-grâce* na democracia representativa e garroteou a um só tempo as garantias individuais, a liberdade de expressão e o Poder Judiciário,

(21) A Face Oculta da Droga, cit., p. 34 e *passim*.

(22) Cf. Fred J. Cook, O Estado Militarista, trad. F. C. Ferro, Rio: 1964, Civ. Bras., p. 154 ss.

(23) Leontief, Wassily, e Duchin, Faye, *El gasto militar*, trad. A. Hibbert, Madri: 1986, Alianza, p. 22.

(24) Cf. Comblin, Joseph, A Ideologia da Segurança Nacional, trad. A. V. Fialho, Rio, 1978, Civ. Bras., p. 151 ss; Martins, Roberto R., Segurança Nacional, S. Paulo: 1986, Brasiliense, p. 11 et seq.

(25) Cf. Heleno Fragoso, Lei de Segurança Nacional – Uma Experiência Antidemocrática, P. Alegre, 1980, Fabris; Antônio Evaristo de Moraes Filho, Lei de Segurança Nacional – Um atentado à Liberdade, Rio: 1982, Zahar.

(26) *Apud* Comblin, *op. cit.*, p. 48.

o Dec.- lei 385, de 26 de dezembro, alterava o art. 281 CP. Além da introdução de mais alguns verbos no tipo de injusto do tráfico ("preparar, produzir"), e de sua ampliação para as matérias-primas, a novidade estava na equiparação *quoad poenam* do usuário - daquele que "traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente"- ao traficante. Cerca de seis meses depois, o Dec.- lei 753, de 11 de agosto de 1969, estabelecia fiscalização policial sobre os laboratórios cujos produtos contivessem substâncias entorpecentes; neste diploma, a preocupação com as amostras grátis ocupava a função que no imaginário carioca de hoje têm os baleiros das portas de escolas.

A equiparação *quoad poenam* do usuário ao traficante de drogas provocou alguma reação no escasso grupo de juristas e magistrados que ousavam insurgir-se contra o regime autoritário. Uma das estratégias por eles utilizadas foi questionar a validade do depoimento dos policiais que haviam participado da prisão em flagrante do usuário, tendo se notabilizado por suas sentenças e seus trabalhos teóricos a respeito o juiz Hélio Sodré²⁷. O absurdo dessa equiparação, mesmo (ou principalmente) diante da visão "oficial" do problema, não sensibilizou os legisladores da ditadura, como demonstraria sua manutenção pela Lei 5.726, de 29.11.1971.

Desejamos selecionar alguns aspectos dessa Lei 5.726, de 29.10.71. Seu famoso art. 1.º, inspirado no art. 1.º da "lei" de segurança nacional vigente, como observou Celso Delmanto²⁸, que declara

constituir "dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no *combate* ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes", para além do compromisso bélico que a *vox* "combate" contém, utiliza-se da estrutura normativa da imposição do dever jurídico, fundamento dos ilícitos omissivos, para converter qualquer opinião dissidente da política repressiva numa espécie de cumplicidade moral com as drogas. Decorre daí que "sob pena de perda do cargo, ficam os diretores obrigados a comunicar às autoridades sanitárias os casos de uso e tráfico (...) no âmbito escolar" (art. 7.º, par. ún.) Queimando etapas burocráticas, a diretora de um colégio estadual do Rio de Janeiro encaminhou em 1973 à Polícia Federal cinquenta e quatro nomes de alunos "suspeitos de estarem envolvidos em tóxico"²⁹, fato que poderia ter levado ao trancamento da matrícula de todos, tal como previsto no art. 8.º da lei. Para a lei, essa educadora estava prestando "serviço relevante", ao colaborar "no combate ao tráfico e uso" de entorpecentes (art. 24). Aos usuários de drogas cujo vício pudesse fundamentar uma situação de inimizabilidade, construída segundo o modelo biopsicológico, aplicava-se uma "medida de recuperação", consistente em internação "para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação" (arts. 9.º e 10). A Lei 5.726/71 criava um procedimento judicial sumário (art. 14 et. seg.) e alterava as regras para expulsão de estrangeiros, colocando o uso e tráfico de drogas ao lado dos crimes contra a segurança nacional numa investigação sumária com o prazo de cinco dias (art. 22). Quanto às normas criminalizadoras, sem perder a oportunidade de acrescer um verbinho a mais (dessa feita, "oferecer"), as penas eram elevadas (a escala da receita fictícia subia

(27) No início de 1971, Hélio Sodré publicou um artigo, "Prova penal referente à posse de entorpecentes" (Revista de Direito Penal, Rio, 1971, Borsói, p. 91 ss), e no ano seguinte um livro, "Tóxicos - A Nova Lei", Rio: 1972, ed. Rio.

(28) Tóxicos, S. Paulo: 1982, Saraiva, p. 3.

(29) Vera Malaguti S. W. Batista, Drogas e Criminalização da Juventude Pobre no Rio de Janeiro, Niterói, 1997, mimeo, p. 84.

de 6 meses a 2 anos para 1 a 5 anos), criava-se a “quadrilha de dois” que até hoje constitui um problema técnico-jurídico, e mantinha-se a equiparação penal entre usuários e traficantes, agora com o teto de 6 anos de reclusão.

A cultura policial dos anos setenta compreendeu perfeitamente as expectativas do regime militar acerca de seu desempenho, e respondeu a elas com dedicação. A opinião de um inspetor de polícia mineiro, transcrita no livro de um general que exercia importantes funções na Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, é bem representativa: “só há um rumo para pôr fim ao problema, o enquadramento dos traficantes na lei de segurança nacional (...) a interferência das autoridades militares”³⁰. Vera Malaguti S. W. Batista examinou as fichas do DOPS-Rio referentes ao verbete tóxicos nesse período, demonstrativas dessa orientação; um dos documentos, de 1973, intitulado “Tóxicos e Subversão”, apresenta a droga como arma da guerra fria: “citando Lênin, Mao e Ho Chi Min, atribui-se a disseminação do uso de drogas a uma estratégia comunista para a destruição do mundo ocidental”³¹.

Mas a cultura jurídico-penal também incorporou a visão segundo a qual a questão das drogas não passava de uma face da guerra. Vicente Greco Filho, que na introdução de seu livro recordava a utilização histórica de tóxicos “como arma bélica”, interpretava o art. 1.º como exortação às “forças da Nação para essa verdadeira guerra santa que é o combate aos tóxicos”³². “Ninguém contestará que

a disseminação de tóxicos entre a juventude (...) constitui tática subversiva”, pontificava Seixas Santos, acrescentando: “o delito do traficante deveria ser inserido na lei de segurança nacional, porque é crime de lesa-pátria”³³. A relação entre a toxicomania e a “segurança e o desenvolvimento” – a divisa política da ditadura – era assinalada por Sérgio de Oliveira Médici³⁴, enquanto Carvalho Rangel tomava em consideração “as medidas adotadas pelo governo americano” para assinalar a necessidade de uma “ação conjunta” entre o Judiciário e outras agências governamentais para coibir o tráfico, “pois só assim o mal será eliminado”³⁵. Essa amostragem é suficiente para constatar que a produção jurídico-penal daquela conjuntura absorveu a idéia de que a generalização do contacto de jovens com drogas devia ser compreendida, no quadro da guerra fria, como uma estratégia do bloco comunista, para solapar as bases morais da civilização cristã ocidental, e que o enfrentamento da questão devia valer-se de métodos e dispositivos militares. A reunião do elemento bélico e do elemento religioso-moral resulta na metáfora da guerra santa, da cruzada, que tem a vantagem – extremamente funcional para as agências policiais – de exprimir uma guerra sem restrições, sem padrões regulativos, na qual os fins justificam

retoma o motivo da guerra santa, ao lembrar que “a cruzada contra o tóxico não se confina nos lindes de um determinado país”, consistindo num “desafio internacional”. A ementa define o caso: “Tóxico. Plantação da maconha no quintal de moradia do acusado” (Ap.Crim. 1415/96, 1.ª C.Cr. TJRJ, DO-RJ 17.04.97, P. III, p. 160).

(30) Jaime Ribeiro da Graça, *Tóxicos*, Rio: 1971, Renes, p. 24.

(31) *Drogas e Criminalização da Juventude Pobre no Rio de Janeiro*, in *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio: 1996, v. 2, p. 238.

(32) *Tóxicos*, S. Paulo: 1977, Saraiva, pp. 1 e 43. Um acórdão recente do TJRJ

(33) *A Nova Lei Antitóxicos Comentada*, São Paulo: 1977, Pró-livro, p. 21.

(34) *Tóxicos*, Bauru: 1977, ed. Jalovi, p. 29.

(35) *Lei de Tóxicos*, Rio: 1978, Forense, p. XI.

todos os meios. No plano internacional, o novo *front* das drogas reforçava as fantásticas verbas orçamentárias do capitalismo industrial de guerra.

A vigente Lei 6.368, de 21.10.1976, aprimorou, para o bem e para o mal, a Lei 5.726/71. Aquele dever jurídico genérico do art. 1.º permaneceu, porém a palavra “combate” foi substituída pela expressão “prevenção e repressão”. Os alunos surpreendidos com um cigarro de maconha já não estavam sujeitos ao trancamento da matrícula nem os diretores à delação, mas se os últimos não adotassem medidas preventivas colocasse-iam na linha de uma responsabilização “penal e administrativa” felizmente não explicitada (art. 4.º e par. ún.). O procedimento judiciário foi regulamentado mais minuciosamente, e o réu condenado por tráfico não poderia apelar sem recolher-se à prisão (art. 35). As penas subiram estratosféricamente, indo a escala penal do tipo básico do tráfico (art. 12) – ao qual se acresceram novos verbos, “remeter”, “adquirir” e “prescrever”, este último porque a receita fictícia se transmudaria em crime culposos (art. 15) – para a faixa de 3 a 15 anos de reclusão e multa. Uma modalidade de apologia, oriunda da legislação dos anos trinta, construída como tipo aberto de conteúdo indeterminado (“contribuir de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico” – art. 12, § 2.º, inc. III), capaz de, nas mãos de um delegado de polícia devotado, levar à instauração de inquérito contra Charles Baudelaire, Aldous Huxley, Jean Cocteau e Walter Benjamin numa única estante de livreria, estava agora sujeita à pena de 3 a 15 anos de reclusão. A posse para uso próprio, entretanto, recebeu disciplina à parte, cominando-se-lhe uma pena privativa da liberdade (detenção de 6 meses a 2 anos e multa – art. 16) só excepcionalmente executada. O tratamento dos drogaditos foi aprimorado, prevista a alternativa da assistência ambulatorial

(“em regime extra-hospitalar” – art. 10, § 1.º), mantida a cláusula de inimizabilidade segundo o modelo anterior (art. 19 e par. ún.). A regulamentação dessa lei, efetuada pelo Dec. 78.992, de 21.12.1976, além da vedação das amostras grátis (art. 13), proibiu qualquer “texto, cartaz, representação, curso, seminário ou conferência” sobre o tema sem prévia autorização (art. 8.º), bem como recomendava a fiscalização rigorosas pelas “autoridades de censura”, sobre espetáculos públicos para “evitar representações, cenas ou situações que possam, ainda que veladamente, suscitar interesse” pelo tema (art. 9.º). “A liberdade artística – dizia um dos elaboradores dessa legislação – precisa de ser controlada”.³⁶

A Constituição da República de 1988 de um lado revogou esses últimos dispositivos, ao banir a censura (art. 5.º, inc. IX) e de outro determinou que o tráfico de drogas constituísse crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5.º, inc. XLIII), no contexto de uma disputa constituinte entre representantes da corrente que à época designamos por “direita penal” e representantes da tendência que Maria Lúcia Karam chamaria de “esquerda punitiva”³⁷. A chamada lei dos crimes hediondos (8.072, de 25.07.90) proibiria também o indulto e a liberdade provisória para o tráfico de drogas (art. 2.º, incs. I e II) e, pretendendo elevar as penas da quadrilha votada à prática de todos os delitos por ela contemplados (art. 8.º), sem aperceber-se que a quadrilha de dois do art. 14 de Lei 6.368/76 já dispunha de uma escala

(36) Menna Barreto, Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos, Rio: 1982, F. Bastos, p. 160.

(37) Nilo Batista, Punidos e Mal Pagos, Rio, 1990, Revan, p. 18; Maria Lúcia Karam, A esquerda punitiva, in Discursos Sediciosos – Crime, direito e sociedade, Rio: 1996, n.º 2, p. 79 ss.

penal elevadíssima (3 a 10 anos de reclusão), acabou por involuntariamente reduzi-la.³⁸ Essa mesma lei dobrou os prazos do procedimento judicial (art. 10), para garantir uma prisão provisória mais extensa dos acusados por tráfico.

Essas derradeiras alterações na disciplina jurídico-penal do abuso e tráfico de drogas ilícitas, todas no sentido de uma severidade e um rigor só comparável ao modelo repressivo dos crimes contra a segurança nacional durante a ditadura militar, já se dão num quadro político internacional distinto. Nos anos oitenta, uma sequência vertiginosa de entendimentos e articulações conduz ao fim da guerra fria, cujo símbolo consistiu na reunificação da cidade de Berlim. O capitalismo monopolista de base industrial – aí compreendida a indústria bélica – se reorganizava, ao impacto do surto dos serviços e da corrida tecnológica, com a emergência de novas potências econômicas atuando transnacionalmente e o advento de uma sociabilidade urbana na qual o consumo e as comunicações de massa passavam a exercer funções estratégicas. Para as classes hegemônicas do mundo ocidental e suas corporações as perspectivas de expansão sobre os destroços do bloco socialista eram deslumbrantes, e as possibilidades de deslocamento de recursos e investimentos de tal envergadura, a nível planetário, só podiam ser em seus sonhos emparelhada, guardadas todas as peculiaridades dos respectivos processos históricos, aos horizontes abertos, meio milênio atrás, com a descoberta da América. Os artífices e ideólogos da guerra fria viam sua história terminar, e nada mais compreensível que proclamassem o fim da História. A economia de mercado vencera, as leis de mercado assumiam a função de

estatuto fundamental das relações econômicas, e a competitividade se convertia no liame sinalagmático da convivência humana. Não compete mais ao Estado imiscuir-se na economia para fomentar e garantir condições decentes de sobrevivência para a população, devendo sim privatizar todos os setores de sua intervenção, desregular os mercados e promover a mais ampla liberalização financeira e comercial; para favorecer estes objetivos, a mídia – agora o braço armado do império transnacional da produção de tecnologias, equipamentos e dos serviços de telecomunicações – golpeia enfaticamente e procura desmoralizar cotidianamente toda e qualquer irregularidade que se passe no âmbito da administração pública, enaltecendo paralelamente a “eficiência” das gestões privatizadas, reduzindo o noticiário ou mesmo silenciando sobre suas negociatas. Como o resultado real dessa espécie de “vale-tudo” econômico é o aumento da marginalização social e do desemprego, com todos os conflitos e tensões que, exprimindo-se também nas incidências criminais, alavancam crescente demanda de repressão policial, estabelece-se um curioso paradoxo, tocando ao “Estado mínimo” exercer um controle social penal máximo.

Paralelamente a essas transformações, a ampliação inimaginável dos mercados internacionais de drogas ilícitas alterara o cenário geográfico da guerra que Nixon enunciara e Reagan veio a declarar. Rosa del Olmo mostra como, após as grandes operações na Jamaica e no México, em meados dos setenta, a produção da maconha, “seguindo a lógica do capital”, vai estabelecer-se na empobrecida Colômbia³⁹. Nos anos oitenta, o apoio nor-

(38) A Corte Suprema recentemente deslindou o *imbroglio*, no julgamento do HC 68.793-8, 1.ª T., rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.06.97, p. 30.287.

(39) *Prohibir o Domesticar? Políticas de drogas en América Latina*, Caracas: 1992, Nueva Sociedad, p. 18.

te-americano à contra-revolução nicaraguense é empreendido “em nome da luta contra as drogas”⁽⁴⁰⁾. Dessa forma, ainda nos estertores de um mundo antagonicamente bipolarizado, a droga vai se convertendo no grande eixo – o mais imperturbavelmente plástico, capaz de associar motivos religiosos, morais, políticos e étnicos – sobre o qual se pode reconstruir a face do inimigo (interno) também num compatriota; no Rio de Janeiro, na figura de um adolescente negro e favelado que vende maconha ou cocaína para outros adolescentes bem-nascidos. A severidade de nossa legislação, acima examinada, exprime não somente a síndrome dos governos latino-americanos de serem “mais drásticos que o próprio governo norte-americano”⁽⁴¹⁾, mas também a funcionalidade mítica da droga para o exercício daquele controle social penal máximo sobre as classes marginalizadas, cujos filhos são recrutados para trabalhar nos arriscados estágios da produção e comercialização de um produto cujo mercado está condicionado por sua criminalização e cujos preços oscilam na razão direta da maior ou menor eficiência das agências de repressão penal⁽⁴²⁾. Consoante lucidamente observa Nils Christie, “com o fim da guerra fria, num quadro de profunda recessão econômica, no qual as nações industrializadas mais importantes não têm inimigos externos contra os quais se mobilizar, não parece improvável que a guerra contra inimigos internos seja

priorizada”⁽⁴³⁾: as drogas ilícitas, convenientemente demonizadas, e suas ilegalidades satélites vieram a constituir o campo de batalha dos experimentos e táticas dessa guerra. “A guerra contra as drogas – escreve Gilberto Medina – adotou as mesmas pautas estabelecidas para enfrentar a ‘ameaça comunista’⁽⁴⁴⁾, e tanto o discurso penalístico quanto a prática do sistema penal o revelam.

Uma política criminal de guerra tem efeitos benéficos para a indústria do controle do crime, seja no aquecimento dos gastos públicos com equipamentos adequados, com a reengenharia das divisões encarregadas da inteligência e do confronto, e com a ampliação do sistema penitenciário, seja no âmbito desse novo setor que é a segurança privada, o qual, segundo um relatório americano de 1991 citado por Nils Christie, ultrapassa as verbas das agências públicas de segurança em mais de 70% (US\$ 52 bilhões anuais), e ocupa duas vezes e meia mais pessoas do que elas, o que significa um milhão e meio de empregos⁽⁴⁵⁾. Essa máquina gigantesca, capaz de redirecionar frustrações orçamentárias oriundas do fim da guerra fria, deve uma bela fatia de suas engrenagens à ilegalidade da droga, e trata de realimentar todos os mitos que, a partir da droga, desatam pânico sociais e instam por repressão penal. É fácil perceber que os lucros da indústria do controle do crime são tributários da política criminal adotada, para compreender as verdadeiras razões pelas quais as orientações político-criminais passam, neste período, a assumir uma posição de destaque no debate político em geral, bem como os verdadeiros compromissos dos representantes das cor-

(40) Sauloy, Mylène, e Le Bonniec, Yves, *À qui profite la cocaïne?*, Paris: 1992, Calmann-Lévy, p. 297.

(41) Rosa del Olmo, *Prohibir o Domesticar?* cit., p. 67.

(42) Sobre a atividade policial pressionando o preço das drogas, cf. Charles-Henri de Choiseul Praslin, *La Drogue, une économie dynamisée par la répression*, Paris: 1991, ed. CNRS, p. 23 e *passim*.

(43) *Crime Control as Industry*, Londres: 1993, Routledge, p. 13-14.

(44) *La Narco-política de los EEUU, in Región*, Medellín, nov. 96, n.º 22, p. 20.

(45) *Op. cit.*, p. 104.

rentes chamadas de “lei e ordem”. A mudança de identidade do inimigo, da guerra fria para a guerra contra as drogas e o “crime organizado” internacional, se reflete também na indústria cultural do crime: sai de cena o agente soviético ruivo que Sean Connery matava, entre uma namorada e outra, e entra um homem latino, muito parecido com todos nós, perverso traficante que teve a desventura de conhecer a filha de Charles Bronson.

4. As marcas da guerra

Seria relativamente simples reduzir as políticas sociais brasileiras a um aforismo elaborado para a guerra, e não hesitaríamos em eleger aquele que Maquiavel recolheu em Vegécio: “é melhor vencer o inimigo com a fome do que com o ferro”⁴⁶. As coisas se complicam um pouco ao pretendermos surpreender alguns princípios da arte militar aplicados a um sistema penal cujo funcionamento é concebido como uma guerra, mas essa angulação poderá recompensar-nos com a revelação de certas correspondências inquietantes.

Principiemos por aquilo que o mais antigo teórico da guerra conhecido, Sun Tzu, chamava de “lei moral”, que segundo ele “faz com que o povo fique de completo acordo com seu governante”⁴⁷, e Clausewitz chamou de “informação”, observando que as notícias que circulam em tempo de guerra são na maior parte falsas⁴⁸; as guerras do século XX de-

monstrariam a importância estratégica da propaganda. No caso das drogas, entre tantas mistificações ideológicas produzidas não apenas pela mídia, mas também pela elaboração conceitual teórica, selecionamos o dogma da ilicitude ontológica como aquele com maior aptidão para concentrar opiniões, para colocar o povo de acordo com o governante, como dizia Sun Tzu. Tráfico ilícito de drogas é sinônimo perfeito de tráfico de drogas ilícitas, porém nem mesmo a conhecida experiência da malograda “lei seca” norte-americana consegue despertar essa desconfiança na generalidade dos juristas; muitos procuram refugiar-se numa argumentação química para preservar a convicção de que a maconha é proibida pelo que é, e não porque é proibida – como se o álcool também não dispusesse de uma química, como se só o tabaco pudesse indenizar os danos aos pulmões, como no recente acordo bilionário nos Estados Unidos. Por essa razão, enquanto, sob o modelo sanitário, procuravam-se, como vimos, soluções semelhantes para usuários de drogas ilícitas e para o alcoolismo, o modelo bélico distingue completamente: o demônio não pode ser um adjetivo.

Liga-se a tal empostação a característica de crimes de perigo abstrato dos tipos de injusto. Como anota Salo de Carvalho, “nas leis de entorpecentes não há ofensividade causal, apenas jurídica, eis que o resultado das condutas não produz dano empírico, apenas normativo”⁴⁹. Todo o desprestígio teórico dos crimes de perigo abstrato, às vezes proclamado pelos tribunais – versando matéria distinta – não abalou, contudo, a aplicação massiva e indiscriminada da lei. Dir-se-ia, como Clausewitz, que na guerra “a violência arma-se com as invenções das artes e das ciências”⁵⁰, e no caso toca à ciên-

(46) Maquiavel, *A Arte da Guerra*, trad. S. Bath, Brasília, 1980, UnB, p. 33; Vegécio, *A Arte Militar*, trad. G.C.C. de Souza, São Paulo: 1995, ed. Prumape, p. 120.

(47) *A Arte da Guerra*, trad. J. Sanz, Rio: 13. ed., Record, p. 17.

(48) *Da Guerra*, cit., p. 127.

(49) *Op. cit.*, p. 88.

(50) *Op. cit.*, p. 73.

cia jurídico-penal fornecer a invenção de um resultado presumido.

Para não perder tempo com as óbvias impropriedades da criminalização do uso, fixemo-nos na indistinção da escala penal do tráfico de drogas ilícitas. Como compreender que as mulheres pobres latino-americanas que operam como transportadoras de pequenas partidas, as “mulitas”⁵¹, ou o “traficante famélico”⁵², ou aquele que se envolve em decorrência do consumo⁵³, ou ainda o usuário que adquire também para seu colega, como compreender que tais pessoas se sujeitem à mesma escala penal de um atacadista facinoroso, a não ser por uma lógica de guerra, segundo a qual – valhamos novamente Clausewitz – “enquanto eu não tiver abatido o meu adversário posso temer que ele consiga destruí-me”⁵⁴, lógica que abstrai toda a fragilidade daqueles personagens, transformados magicamente em inimigos temíveis?

Imaginemos a surpresa do pesquisador que um dia comparar o número de pessoas mortas pelas drogas, por *overdose*, debilitação progressiva ou qualquer outro motivo, com o número de pessoas mortas pela guerra contra as drogas. No Brasil em geral, e no Rio de Janeiro em particular, aquele pesquisador perceberá que as vítimas da guerra contra a droga, além da extração social comum, são jovens – tal como na guerra convencional – e será tentado a tomar uma vereda psicanalítica para concluir que ao sistema penal a nova ordem internacional reservou as tarefas do filicídio, antes cumpridas pela guerra⁵⁵.

A questão da inimizabilidade por menoridade, e dentro dela particularmente a tendência para rebaixar o marco etário, guarda impressionante correspondência com a questão da idade de recrutamento militar dos jovens, que historicamente também sofria alterações ao sabor das necessidades de esforço bélico da ocasião⁵⁶. Os amplos setores da imprensa comprometidos com o projeto econômico neoliberal fazem o que podem para omitir ou recalcar o noticiário nosso de cada dia; um dos recursos consiste em subtrair às execuções policiais sua autoria real (pela aceitação acrítica da versão de “disputa de quadrilhas”) ou sua significação de abuso de poder (pela tantas vezes indevida atribuição da qualidade de “traficantes” às vítimas). O jornal carioca *O Dia*, edição de 29.mar.97, estampava em sua primeira página: “*PM mata um a cada quatro horas* – Nos últimos seis dias, a Polícia Militar matou 32 pessoas suspeitas de crime. Só ontem, no Rio e na Baixada, foram oito. É o resultado da ordem do general Cerqueira: ‘atirar primeiro e perguntar depois’”. Caso este desempenho fosse mantido permanentemente, a projeção para oito anos e meio – o tempo que durou a escalada norte-americana – nos convenceria de que a Polícia Militar carioca tem capacidade bélica capaz de executar mais de

ma de holocausto dos filhos, com seus primitivos significados sócio-culturais implícitos. (...) A guerra mantém a ameaça de morte sobre a juventude, que deve se submeter totalmente ao exército e deslocar seus laços emocionais do lar para a comunidade” – Arnaldo Rascovsky, *O Filicídio*, Rio, 1974, Artenova, p. 164. Do mesmo Rascovsky, *Filicídio e Guerra*, in Gley P. Costa (org.), *Guerra e Morte*, Rio: 1988, Imago, p. 60 et seq.

(51) Zaffaroni, *op.cit.*, p. 22.

(52) Salo de Carvalho, *op.cit.*, p.128.

(53) Rosa del Olmo, *Prohibir o Domesticar?* *cit.*, p. 68.

(54) *Op. cit.*, p. 76.

(55) “Entre as diversas causas que desencadeiam as guerras, destaca-se a necessidade de perpetuar o sacrifício humano na for-

(56) Sabina Loriga, *A Experiência Militar*, in Levi, Giovanni e Schmitt, Jean-Claude (orgs.) *História dos Jovens*, trad. P. Neves, N. Moulin e M. L. Machado, São Paulo: 1996, Cia. das Letras, v. 2, p. 23.

um terço do total de mortos norte-americanos em combate na guerra do Vietnã. Enquanto alguns juristas desatentos não se dão conta de quanto é ridículo propor a pena de morte num país em que a polícia a executa tão intensamente, no Rio de Janeiro a boa pontaria é premiada com aquilo que o homem carioca chama de “gratificação faroeste”. Mas aí encontramos outro princípio, que Maquiavel também tomou a Vegécio e transcreveu em sua *Arte da Guerra*: “mantemos os soldados nos quartéis com o medo e com penalidades; na guerra, nós os conduzimos com a esperança e prêmios”⁵⁷.

O modelo bélico da política criminal imprime suas marcas também no procedimento judiciário, a começar pela contradição de julgar alguém que, por constituir-se num inimigo, deve ser implacavelmente abatido (= condenado). Tal contradição ficará exposta nas múltiplas tolerâncias para com violações ao devido processo penal, no preconceito generalizado contra as garantias constitucionais dos acusados por tráfico de drogas, que alcançam também os democratas que não transigem com os direitos humanos. “As almas filantrópicas – dizia Clausewitz – poderiam facilmente julgar que existe uma maneira artificial de desarmar e derrotar o adversário sem verter demasiado sangue. Por mais desejável que isso pareça, é um erro que é preciso eliminar. Num assunto tão perigoso como é a guerra, os erros devidos à bondade da alma são precisamente a pior das coisas”⁵⁸. Diante de tal enfoque, as limitações constitucionais ao exercício do poder penal se convertem num absurdo, e retomemos Clausewitz: “não seria possível introduzir um princípio moderador na própria filosofia da guerra sem cometer um absurdo”⁵⁹. Basta olhar

a tolerância dos tribunais – com honrosas exceções – para com as nulidades, com o excesso do prazo da prisão preventiva em processos concernentes a tráfico de drogas, para constatar a influência velada do pensamento de Clausewitz. A questão da prova ilícita, que está para a investigação policial como a espionagem para a guerra, também revelará uma tolerância especial para casos de tóxicos. Curiosamente, a operação de contra-espionagem, mediante a qual uma falsa informação é passada ao inimigo, é designada por “intoxicação”...⁶⁰ No limite, as “tensões internas” associadas aos “aprisionamentos em massa”, aos “maus tratos ou condições inumanas de detenção” e ao menosprezo habitual pelas garantias fundamentais que equivalha a sua suspensão – estamos transcrevendo Swinarski⁶¹ – poderão criar condições diante das quais a invocação do direito internacional humanitário, as regras das Convenções de Genebra que limitam os métodos da guerra, deixaria de constituir uma trágica metáfora.

Podemos ficar por aqui. A substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e frequentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal. Mao Tsé-Tung retomou certa feita a famosa comparação de Clausewitz, formulando-a nos seguintes termos: “a política é guerra sem derramamento de sangue, enquanto que a guerra é política com derramamento de sangue”. Neste sentido, podemos concluir que, em nosso país, temos para as drogas uma política criminal com derramamento de sangue.

(57) Maquiavel, op.cit., p. 34; Vegécio, op.cit., p. 122.

(58) Op.cit., p. 74.

(59) Ibidem.

(60) Jean-Pierre Alem, *El Espionagem y el Contraespionage*, trad. D. Huerta, México: 1983, Fondo de Cultura Económica, p. 17 e 103.

(61) Christophe Swinarski, *A Norma de Guerra*, Porto Alegre: 1991, Fabris, p. 30.