

# DO AMOR E OUTROS DEMÔNIOS (OU SOBRE DROGAS LEGAIS, ILEGAIS E COMMODITIES)

OF LOVE AND OTHER DEMONS (OR ABOUT LEGAL, ILLEGAL DRUGS AND COMMODITIES)

## Jacson Zilio

Doutor em Direito Penal e Criminologia. Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná. Professor do ICPC.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9304-5002>  
[jacsonzilio@me.com](mailto:jacsonzilio@me.com)

## Rodrigo Codino

Doutor em Ciências Penais. Professor da Universidade de Buenos Aires.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3425-3191>  
[rodrigocodino@hotmail.com](mailto:rodrigocodino@hotmail.com)

### Resumo:

O presente artigo trata dos problemas autoritários de fundamentação da criminalização de condutas pelo chamado direito penal de drogas. Coteja as jurisprudências brasileira e argentina, especialmente na punição de consumidores, dentro da política determinada e definida pelo Estado Unidos da América.

**Palavras-chave:** Drogas, Ilegalidade, Punição.

### Abstract:

The present paper covers the authoritarian problems substantiating conduct criminalization through criminal drug laws. Compares Brazilian and Argentine jurisprudence, particularly in consumer punishment within criminal polity determined and defined by the United State of America.

**Keywords:** Drugs, Illegal, Punishment.

Quando no mercado um cachorro cinzento, de estrela na testa e raivoso, mordeu quatro pessoas, três escravos negros e a filha única do marquês de Casaldueiro, Sierva María de Todos los Ángeles, que fora com uma empregada mulata comprar uma fieira de guizos para a festa dos seus doze anos, o destino da nobre família estava marcado. Toda negritude foi arrastada ao abismo. O vírus da raiva, como provocador de doença incurável e fabulações populares, voltou implacável. A nobreza, a brancura e a crença religiosa não impediram a propagação do mal, ainda que, como sempre, quem tenha levado a pior foram aqueles que tinham a epiderme escura, pois eram apresentados, nos lugares públicos, como demônios. Os dramas mais terríveis ocorriam entre a população negra.<sup>1</sup>

Os métodos de enfrentamento do problema, no caso da raiva, por exemplo, diferenciavam-se: no caso anterior mais rumoroso, um pelotiqueiro foi morto a pauladas, em meio de umas alucinações pavorosas; dois dos mordidos foram sequestrados por parentes para tratá-los como feitiços; outro morreria de raiva na terceira semana; outro, mulato velho, salpicado pela baba do mesmo cão, agonizava no hospital; cristãos pobres de qualquer cor, no arrabaldes e no campo, misturavam veneno na comida dos seus parentes raivosos para evitar-lhes o horror dos últimos momentos. No final do século anterior, conta García Marques, uma família inteira tomou uma sopa envenenada porque ninguém teve a coragem de envenenar sozinho um menino de cinco anos.

No entanto, o médico mais notável da cidade, Abrenuncio de Sá Pereira Cão, apesar da má fama de nigromante e maldizente, rechaçava os acertos inverossímeis e os métodos insólitos. Costumava falar que depois dos dois primeiros ataques de raiva não há recurso algum. Os tratados alegres que consideravam curável a doença, com base em diversas fórmulas, eram tudo bobagens.

O marquês de Casaldueiro, crioulo de tão parcas luzes, já impressionado pela morte da esposa causada pela centelha de um relâmpago, cuja cidade interpretou como uma tragédia oriunda

da deflagração da cólera divina por alguma falta inconfessável, optou pela superstição popular de que os raivosos acabavam iguais aos bichos que os tinham mordido. Apesar de Sierva María não apresentar sintomas da raiva, salvo um pouco de febre, foi submetida aos mais diversos tratamentos, por médicos, boticários, barbeiros sangradores e um sem-número de curandeiros e mestres em feitiçaria. No final, convencido pelo bispo da diocese de que Sierva María estava louca ou possuída por demônios, o marquês de Casaldueiro decidiu pela internação no convento histórico das clarissas, na ala do "pavilhão das enterradas vivas", para que ali pudesse ser submetida aos métodos religiosos de cura da possessão demoníaca.

A trágica história de Sierva María e de tantos outros personagens contada por **García** revela uma perfeita combinação na descrição da realidade latino-americana, nos mínimos e admiráveis detalhes e, às vezes, permite entender algumas coisas que nem sempre são ditas, notadamente sobre as crenças em métodos populares anticientíficos, sobre as diferenças entre o bem e o mal e sobre os limites do permitido e o proibido. A enfermidade da raiva, aqui, serve como excelente arquétipo para analisar outros problemas.

Nos anos 90 do século passado, quando o famoso escritor colombiano ainda não tinha escrito o romance que leva o título deste artigo, a imaginação de alguns magistrados poderia ter servido de inspiração para outros escritos literários mais engraçados.

Por exemplo, com exceção do **Dr. Enrique Petracchi** e de uma minoria que o acompanhou, que souberam pensar a relação estreita entre justiça e política – como um *caranquejo consciente que se reconhece crustáceo* –, a jurisprudência argentina segue uma tendência de acreditar que a posse de drogas para consumo pessoal deve ser castigada. Esse entendimento fez inaplicável o precedente "Bazterrica" da própria Corte Suprema de Justiça da Nação, proferido poucos anos antes, o que indicava novamente um retorno ao passado mais truculento.<sup>2</sup>

Assim se decidiu porque, na Argentina, as assimilações nunca foram totalmente inocentes. Pense-se que nos anos da ditadura, o “viciado” era considerado um “comunista subversivo”, questão esta que, a rigor, deveria ser analisada pela psiquiatria, como uma espécie de delírio, não fosse sua vinculação direta com uma política penal imposta de fora.

Os argumentos de acordo com os quais os juízes supremos argentinos fundamentaram o precedente “Montalvo” na década de noventa não impede perceber outra coisa, senão que consideraram as drogas de forma semelhante ao tratamento da enfermidade causada pelo cachorro raivoso que circunda a obra de **García Márquez**.<sup>3</sup> Ainda que no romance literário a transmissão do vírus entre pessoas não aparecesse como eixo narrativo, na escrita dos magistrados o contágio como perigo à saúde pública serviu como fundamento da persecução penal.

Neste último caso, mesmo que isso não apareça de forma expressa na sentença, não era alheia à política penal do país que tutela e impõe à América Latina certas receitas que, nas origens, podem ser rastreadas na ideia de supremacia soberana sobre outros povos, que impulsionou inclusive a doutrina Monroe. Os anos posteriores ao governo de Ronald Reagan, de Georges Bush como presidente, marcaram um caminho pelo qual tinha obrigatoriamente que se transitar. Bush afirmava, naquela época, que a punição deveria alcançar a todos: “aos que consumiam drogas, aos que vendiam e aos que olhavam para o outro lado.”

A criminalização de certa drogas requer, por um lado, deter-se e discutir o que se considera como *commoditie*, isto é, como matéria prima ou produto elaborado que se usa para fazer bons negócios, que podem ser patenteados ou não; por outro lado, requer também analisar o momento pelo qual o Estado entende a *commoditie* como legal ou ilegal.

Esta última reflexão é importante porque abre a porta da regulação estatal da distribuição de mercancias. O álcool e o clonazepam, por exemplo, parecem ter certos privilégios em comparação com à *cannabis* e à cocaína. Na verdade, há clara desigualdade na decisão da ilegalidade. É contraditório que sendo toda droga nociva para a saúde pública, somente se sancionem algumas. Com razão **Bustos Ramírez**, quando reconheceu que não há como justificar essa razão declarada da lei penal, pois não se protege a saúde pública frente a todas as drogas e, por outra parte, tampouco as drogas ilegalizadas aparecem como aquelas com maior danosidade social, mas justo o contrário.<sup>4</sup> Basta pensar, comparativamente, que 0,4g de nicotina possui efeitos mortais, enquanto que a morfina e a cocaína, ao contrário, trazem um efeito tóxico menor (0,3g ou 1-2g atuam mortalmente).<sup>5</sup> Além disso, há mais doentes por drogas lícitas que ilícitas (tabaco e álcool, por exemplo). Assim nascem, do permitido e do proibido, independente da consequência primária de cada substância, empresários com atividades lícitas e ilícitas. Uns estão submetidos ao poder regulatório estatal e, por isso, pagam impostos; outros exercem seu império de maneira violenta, abrindo frente ao caminhar.

A despenalização, a legalização e o monopólio da distribuição de drogas ilegais não possuem o mesmo *status* jurídico. As consequências, na realidade, são distintas.

Desde o precedente “Arriola”, da Corte Suprema de Justiça da Nação, o delito de posse de drogas para consumo pessoal foi declarado inconstitucional na Argentina, apesar de que isso não foi suficiente para que se freasse o encarceramento à vontade de certas pessoas – no geral, pobres e não brancas –, por posse de um baseado ou cigarrinho de maconha, de alguma planta desbotando, de algumas gramas de ouro branco ou, o que é mais grave, pela produção de azeite que permite aliviar o efeito de algumas enfermidades.<sup>6</sup>

Algo semelhante e mais grave acontece no Brasil. Muito embora existam algumas decisões judiciais esparsas no controle difuso de inconstitucionalidade do tipo penal do art. 28 da Lei. 11.343/2006, no geral prevalece uma certa presunção de constitucionalidade da criminalização. Aliás, essa postura *passivista em questões penais*, como ressaltou **Dimitri Dimoulis**, que faz reverência ao legislador penal e, indiretamente, à mídia e à opinião pública, é marca do STF.<sup>7</sup>

A inconstitucionalidade material ainda não foi declarada (RE 635.659, rel. min. Gilmar Mendes) e os votos até aqui proferidos, ainda que favoráveis em parte, são de fundamentação precária e duvidosa. No geral, por profundo desconhecimento de direito penal, as fundamentações confundem os efeitos primários e secundários da drogas, não enfrentam o problema de hipostasia de aparentes bens jurídicos coletivos nos casos em que se trata de bens individuais, mantêm o sistema de desigualdade na escolha arbitrária da definição da ilegalidade e, por fim, nada alteram na escolha seletiva, discricionária e autoritária da criminalização secundária das agências policiais.

O Uruguai, pelo contrário, foi inovador pelo menos na política da *cannabis*: fez legal o que era ilegal, sem prejuízo do controle estatal. A política uruguaia é, mundialmente, ponta de lança no monopólio da venda e na qualidade do produto consumido. A política da maconha e do álcool ganham similitudes, sem desconhecimento das suas grandes antinomias. Com isso, enfraqueceu os empresários das drogas, livrou os consumidores de riscos pessoais alheios às drogas e fortaleceu o sistema de saúde.

Por outro lado, nessa altura da situação, parece arcaico discutir os contágios que causam umas drogas sobre outras, bem como distinguir o consumo perigoso em pessoas de acordo com a cor da pele ou mesmo sua capacidade econômica. É preciso avançar. Pensar em políticas de drogas brandas e duras com uma única advertência da própria realidade. Manter essa criminalização desigual e violenta, que se deita sobre os mais miseráveis, é contar como se fossem formigas as pessoas da exponencial superpopulação carcerária.

A distribuição descontrolada e a ganância obtida pela venda provocam milhares de mortos pela declarada guerra punitiva contra as drogas. As prisões latino-americanas convertem-se em um campo de concentração. O encarceramento por produção, venda e consumo de substâncias proibidas é massivo. A outra cara mais aterrorizante são os milionários que lucram com essa proibição, que adquirem bens suntuosos ou que desfrutam, no estrangeiro, da contagem de bilhetes verdes em algum cofre bancário, subtraindo-se, assim, o poder das leis que criminalização da lavagem de ativos.

O debate sobre penalização, descriminalização, legalização e regulamentação de drogas proibidas tem um sentido humanitário na atualidade: a) o drama da quantidade de homicídios de jovens no percurso de distribuição de drogas proibidas; b) o efeito dessocializante da prisão; e c) o consumo como questão de saúde pública e não como castigo estatal exemplar.

O dilema que inquietou o marquês de Casaldueiro da obra de García Márquez, quando soube que sua filha tinha sido mordida por um cachorro raivoso, talvez deixe um ensinamento: não basta matar o cachorro para compreender a realidade da tragédia. Não basta tratar a política penal de drogas como profissão de fé. A realidade é uma só: o fracasso da guerra punitiva contra as drogas nos coloca, na América Latina, caminhando entre cadáveres ou com seres humanos empilhados em minúsculas celas carcerárias.

A despenalização do consumo – tal como sustentou a Corte Suprema no citado caso “Arriola” na Argentina e tantas outras cortes constitucionais pelo mundo – deve também servir para

modificar as atuais leis de entorpecentes na América Latina, para excluir o moralismo, o tratamento compulsivo e principalmente a necropolítica da guerra.

A *cannabis* não pode ser entendida como portadora de algo similar ao vírus da raiva. Os irmãos orientais compreenderam isso melhor. A discussão sobre a cocaína deve ser realista: em que pese todas as classes sociais consumirem, uns disfrutam de pureza, enquanto outros, meninos de bairros populares, consomem algo desvirtuado, um veneno, que ninguém sabe se sobra algum resquício de pó branco.

Há, pelo menos, uma certeza: o debate sobre as drogas proibidas remete sim a outros tantos problemas. A história da proibição indica que a cocaína foi um *commoditie* desde o final do século XIX no Peru, que, inclusive, os laboratórios franceses, alemães e norte-americanos disputavam a distribuição. **Sigmund Freud**, por exemplo, foi um degustador e bom narrador dos efeitos produzidos pela cocaína nele e em seus pacientes, além de ter sido promotor de laboratórios que a fabricavam.

A maconha foi consumida massivamente durante os anos 60 do século passado nos Estados Unidos e alcançou toda as camadas sociais da população, nada obstante somente os negros tivessem sido

encarcerados, sob a desculpa de que ficavam demoníacos e, assim, cometiam delitos.<sup>8</sup>

A regulação estatal é um remédio para as questões de saúde pública. Mas, além disso, a legalização desestimula a distribuição descontrolada, o preço elevado e a má qualidade do produto.

Não se pode fazer como o marquês de Casaldueiro e se preocupava somente com sua filha e sua morte inevitável, olhando apenas de que maneira tornaria pública sua morte.

A discussão não avança se o modelo de classificação de substâncias ignora que algumas se assemelham as *commodities* - como a soja, o milho e o trigo -, mas com efeitos nocivos para a saúde dos pobres e, ao contrário, com algazarra de leite dos ricos, pois estes, além de consumi-las equilibradamente, encham os bolsos de dinheiro com a proibição. No caminho só restam rastro de seres humanos enjaulados ou mortos violentamente.

Não há que se esquecer, neste debate, que os danos produzidos pelas drogas sempre foram mais um efeito da política punitiva do que seus efeitos farmacológicos, como demonstram as cifras. Mas as matemáticas, em tema de proibição de entorpecentes, não se traduzem apenas em números. Falamos de vidas e de direitos humanos que são pouco quantificáveis. Todo o restante é literatura.

## NOTAS

- <sup>1</sup> MARQUES, Gabriel Garcia. *Del amor y otros demonios*. Bogotá: Literatura Random House, 1994. No Brasil, *Do amor e outros demônios*. São Paulo: Editora Record, 1994.
- <sup>2</sup> Sentença de 29 de agosto de 1986, do caso *Gustavo Mario Bazterrica*, da Corte Suprema de Justiça da Nação.
- <sup>3</sup> Sentença de 11 de dezembro de 1990, do caso *Alfredo Montalvo*, da Corte Suprema de Justiça da Nação.
- <sup>4</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: PPU, 1996, p. 93.
- <sup>5</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminología: una fundamentación para o Direito Penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos y Helena Schiessl Cardoso. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2010, p. 512.
- <sup>6</sup> Sentença de 25 de agosto de 2009, do caso *Sebastián Arriola y otros*, da Corte Suprema de Justiça da Nação.
- <sup>7</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional. Garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 21.
- <sup>8</sup> Sobre esse problema da manipulação do bem jurídico, SCHÜNEMANN, Bernd, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Trad. de María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann. In: HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 223.

Sobre os problemas primários e secundários mencionados, HULSMAN, Louk, Consecuencias negativas de la penalización de las drogas, en La política de las drogas, fuente de colonización y represión. *Nuevo Foro Penal*, n. 35, 1987; HULSMAN, Louk, RANSBEEK, Hilde Van, Evaluation critique de la politique des drogues. *Déviante et société*, Gêneve, v. VII, n. 3, 1983. Em suma: os efeitos primários são relacionados com a natureza da droga e servem para desenvolvimento de estudos, estratégias e procedimentos preventivos, educativos, assistenciais e terapêuticos. São efeitos que definem o grau de danosidade e o risco da substância para a saúde individual. Não se confunde, portanto, com o problema da droga. O feito dela depende de múltiplos fatos, mas em especial da situação pessoal e das condições do consumo. Por sua vez, os efeitos secundários são maiores e incidem sobre o consumidor e sobre os sistemas social, penal, terapêutico, assistencial, educacional e econômico. Os efeitos da criminalização podem ser efeitos secundários individuais concretos ou efeitos secundários sociais. Os custos individuais podem ser o isolamento, a estigmatização, o risco de marginalização, o elevado preço da droga, o sofrimento familiar, os danos à saúde pela má qualidade da droga, as más condições higiênicas de consumo etc. Nesse sentido, BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*. Trad. de Mauricio Martínez. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires: IBDeF, 2006. p. 112-138.

Autores convidados

# TRÁFICO DE DROGAS E PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: UMA POSSIBILIDADE DOGMÁTICA

*DRUG TRAFFICKING AND THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE: A DOGMATIC POSSIBILITY*

## Bruno Tadeu Buonicore

Doutor em Direito (Direito Penal) – Summa cum laude – pela Universidade de Frankfurt. Professor da Universidade Católica de Brasília. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0536-268X> [bruno.buonicore@gmail.com](mailto:bruno.buonicore@gmail.com)

## Gilmar Mendes

Doutor em Direito pela Universidade de Münster. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do IDP. Ministro do Supremo Tribunal Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3919-7237> [gilmaracademico@gmail.com](mailto:gilmaracademico@gmail.com)