

As drogas ilícitas: Consumo, Incriminação e Desculpabilização

Carlos Alberto Póiares

RESUMO: A história do consumo de drogas, desde a Conferência de Xangai (1909), confunde-se com o proibicionismo. A legislação portuguesa tem acompanhado esta atitude internacional, de que é feito. Todavia, do universo legislativo vêm emergindo perspectivas diversas do consumo e dos consumidores, passando-se da visão meramente criminal à progressiva abrangência de outras vertentes: o paradigma biopsicossocial, hoje dominante, revela o propósito de assimilar e compreender o fenômeno, superando o ciclo punitivo. Através da droga, é o esboço de uma nova configuração da penalidade que se desenha.

RÉSUMÉ L'histoire de la consommation des drogues dès la Conférence de Xangai (1909) est confondue avec le prohibitionisme. La législation portugaise a suivi cette attitude internationale. Toutefois, de l'univers législatif émergent diverses perspectives sur la consommation et les consommateurs, évoluant de la vision purement criminelle à la progressive mise en rapport d'autres versants. Le paradigme biopsychosocial, qui domine aujourd'hui, révèle le propos d'assimiler et comprendre le phénomène surmontant le cycle punitif. À travers la drogue, c'est l'ébauche d'une nouvelle configuration de la pénalité qui se dessine.

ABSTRACT: The history of drug use since the Conference of Changai in 1909, has been confounded with prohibitionism. The portuguese legislation has followed this international attitude, of which it is on effect. However, from the legislative universe have emerged different and diverse perspectives of consumption and of users themselves. Namely, the shift from a limited criminal view to broader and more progressive stands: the biopsychosocial paradigm, dominant today reveals the importance of understanding and accepting the phenomena separating the punitive cycle. It seems that the theme of drug use is responsible for the development of the preliminar lines of a new configuration of penalty.

1. Da História do consumo de drogas...

A problemática do consumo de drogas ilícitas assume, na contemporaneidade, a dimensão de um tema permanentemente inscrito nas agendas dos Estados e das organizações internacionais, traduzindo a crescente ansiedade que, um pouco por todo o Mundo, provoca nos detentores do Poder. Contudo, é consabido que o recurso às drogas possui ancestrais raízes históricas e culturais, que atravessam todos os períodos da História das civilizações.

Efectivamente, desde as épocas mais remotas que o Homem busca em determinadas substâncias oferecidas pela Natureza meios que considera idóneos ao alívio e

cura do sofrimento físico, à desinibição, ao revigoreamento das energias, para o trabalho e para a guerra, e à aproximação mística às entidades divinas (1). Poderá afirmar-se que a primeira alusão ao uso de um produto como droga surge no Antigo Testamento (Génesis, 9.20-21), quando se descreve que Noé, saído da arca, plantou uma vinha, bebeu e, depois, desnudou-se e dançou: trata-se da função desinibidora e lúdica da substância. Vários povos sul-americanos serviam-se da folha da coca para saciar a fome e como forma de recuperação do vigor necessário aos trabalhos; e os colonizadores espanhóis, que começaram por proibir e reprimir esse hábito, acabaram por perceber que a capacidade laboral dos indígenas diminuiria sem o con-

sumo das folhas da coca, razão por que se apressaram a revogar a proibição.

Por outro lado, em diversas latitudes e tempos históricos, o uso de drogas serviu para potenciar o misticismo e a aproximação dos humanos aos deuses. Curiosamente, já no Novo Testamento as descrições da Epifania referem que os magos levaram a Jesus ouro, incenso e... mirra. São plúrimas as referências históricas que interligam as drogas, tradição mística e religiosidade. O cacto peyote e as carnes de deus são apenas alguns exemplos que a História regista. Daí a tentativa de aproveitamento do princípio constitucional da liberdade religiosa que, nos anos Sessenta do presente século, T. Leary pretendeu obter para a Liga para a Descoberta Espiritual - L.S.D., invocando o precedente do peyotlismo.

Das drogas sabemos também que lhes eram atribuídas qualidades curativas e regenerativas, conhecimento que provém da Antiguidade grega, com Hipócrates, do Renascimento, com Paracelso, e do século XVI, com Garcia da Orta. Nos Estados Unidos, durante a Guerra da Secessão (1860-65) a morfina teve utilização médica nos feridos, dando origem à dependência de que muitos soldados padeceram, após a desmobilização, e que acarretou um primeiro contacto entre o uso da droga e a criminalidade de subsistência (os soldiers disease).

Já no nosso século, as duas guerras mundiais voltaram a recolocar certas drogas entre os hábitos das populações combatentes: no decurso do segundo conflito mundial estima-se em setenta milhões o número de comprimidos de anfetaminas consumidos pelas forças aliadas.

2. ... À proibição internacional.

2.1. A comunidade internacional, consciente da gravidade que o assunto começava a revelar, em termos sanitários, procurou disciplinar o consumo de droga, empenhando-se na produção de normas que permitissem minorar a sua intensidade. Pode considerar-se que a causa próxima da motivação internacional residiu na vertente saúde pública, que o abuso do ópio e da cocaína ameaçavam. Todavia, numa leitura menos conformista em relação aos princípios proclamados

nos primeiros *fora*, é admissível que as preocupações evidenciadas, especialmente pela delegação norte-americana, compreendessem também outros objetivos, designadamente o intuito de seriação de populações imigrantes: a comunidade chinesa, que se deslocara para os Estados Unidos, primeiramente para o Oeste, para trabalhar na implantação dos caminhos-de-ferro, transportara consigo a tradição do ópio, ao passo que os sul-americanos, de diversas procedências, que entraram em território norte-americano, introduziram o consumo de cocaína e de marijuana. Nesta perspectiva, o intento proibicionista visaria não só a promoção da saúde pública, mas também a estigmatização de grupos étnicos, comportando ideias próximas da xenofobia.

No início do século XX, quando a comunidade internacional foi chamada a intervir neste domínio, a questão droga não revestia ainda os contornos criminais que mais tarde lhe apareceram associados. Naturalmente que uma das causas contribuintes da não emergência de surtos criminais consistia no preço das substâncias então utilizadas, que ainda não atingira as proporções que viriam a conhecer a partir da segunda metade do século XX, o que decorre de, pelo menos, dois factores: sobre tais produtos não recaíra a proibição, pelo que não havia lugar à formação de um mercado subterrâneo; e a procura situava-se em valores baixos, limitando-se a zonas populacionais e sociais delimitadas - a droga não sofrera ainda o impulso democratizador verificado a partir das décadas de Cinquenta e Sessenta.

2.2. A iniciativa norte-americana que, em cooperação com a China, originou a Conferência de Xangai (1909), assinala o momento inaugural do Direito convencional da droga e teve subjacentes múltiplas motivações: de ordem comercial, religiosa e sanitária (v. Caballero, F., 1989, p.40 e ss.). Na verdade, embora os Estados Unidos tenham pretendido protagonizar uma luta em nome da reposição da moralidade, que consideravam ameaçada pelo uso de drogas, não se podem escamotear as influências que estavam em jogo numa zona estratégica da China, pelo que se impunha ferir os lucros provenientes do comércio do ópio (cfr. Martins, L., 1998, p. 68). A atitude norte-americana, procuran-

do congregar o maior número de Estados para o combate ao ópio, apareceu, portanto, legitimada pelo puritanismo religioso, fundamentalista, simbolizado na acção do Bispo Brent, acentuando-se a perniciosidade (moral e sanitária) adveniente do consumo de ópio e seus derivados.

As convenções produzidas até 1961 perspectivam, essencialmente, a limitação da produção, fabrico e comércio de estupefacientes, impondo aos Estados a obrigação de exercerem controlo sobre os operadores do mercado lícito das drogas e punindo os prevaricadores, transmitindo a um órgão internacional - o Comité de Estupefacientes da Sociedade das Nações - as estimativas das quantidades anuais de que careciam, para finalidades médicas e científicas legítimas, bem como os stocks de que dispunham e a evolução da situação interna no concernente à observância das disposições convencionais. Porém, o consumidor de drogas ainda não surgia erigido em sujeito dos preceitos, sendo que os textos internacionais eram omissos em relação ao consumo desses produtos.

2.3. Será a partir da Convenção Única sobre os Estupefacientes, de 1961, e, em especial, com a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e após a aprovação do Protocolo de 1972, que modificou a Convenção de 1961, que o consumidor de drogas recebeu estatuto de cidadania no Direito Internacional da Droga. Aqueles textos marcam uma nova maneira de abordar essa problemática, enquanto problema do foro sanitário e criminal, trazendo o sujeito consumidor para a ribalta, encarado como alvo das ortopedias e dos saberes médico e jurídico, cuja articulação aparece pela primeira vez subjacente aos textos internacionais. No seu enquadramento geral, ambas as convenções «... culminam o movimento, que se iniciara nos primórdios do século XX, pelo controlo do mercado lícito de drogas, isto é, reduzi-los ao consumo para fins médicos e científicos (Martins, L., 1998, p. 68; sublinhados do Autor).

2.4. A aprovação da Convenção Única sobre os Estupefacientes constituiu o ponto de partida para uma nova etapa do Direito convencional da droga, abrindo uma trajectória em que se vieram inscrever a

Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas e a recente Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, adoptada em Viena (1988); todavia, se é certo que, quer a Convenção de 1971, quer o texto de 1988, constituem um herdo da C.U.E., é justo realçar que também a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas acabou por determinar a mutação da atitude internacional sobre o consumo de estupefacientes, conduzindo à adopção de uma perspectiva de compreensão face ao fenómeno: o Protocolo de 1972, alterando o artigo 36º da C.U.E., teve na C.S.P. de 1971 (artigo 22º) a fonte imediata.

Registe-se, enfim, que a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas promove um controlo menos rigoroso do que o previsto na C.U.E. para os estupefacientes, o que tem sido interpretado como condescendência da comunidade internacional face às substâncias produzidas pelos países do Norte, deste modo se estabelecendo, mesmo em sede da saúde pública, uma política de dois pesos e duas medidas.

Quase noventa anos após Xangai cabe perguntar: a proibição internacional do consumo de drogas resolveu o problema? A almejada erradicação do uso e abuso de drogas foi conseguida? Assinalam-se tendências para a diminuição da procura?

As últimas três décadas parecem não ser reconfortantes. Com efeito, apesar das avultadíssimas verbas dispendidas em todo o Mundo e, de modo acentuado, nos Estados Unidos, e do incremento sistemático da repressão sobre os consumidores, traficantes de rua e narco-empresários, os efeitos ainda não podem considerar-se tranquilizadores.

3. A incriminação na actual legislação portuguesa.

3.1. A legislação portuguesa sobre drogas iniciou-se em 1914(2), com a Carta de Confirmação e Ratificação da Convenção Internacional do Ópio, assinada na Haia, entre Portugal e outras nações, em 23 de Janeiro de 1912 (publicada no Diário do Governo, de 31 de Janeiro de 1914). Contudo, a produção legiferante original começaria cerca de dez anos depois da edição daquela Carta, com a Lei nº 1 687 e o Decreto nº 10 375, ambos de 9 de Dezembro de 1924. Em Portugal

Continental (3) o uso de drogas não se afigurava constituir um problema grave, quer a nível sanitário quer no domínio criminal, no decurso dos primeiros decénios do presente século, o que justificará, pelo menos em parte, a inércia legislativa até 1924 (para além de um certo protecționismo no que se refere à comercialização de ópio em Macau). A única excepção então evidenciada no plano da saúde individual dos consumidores consistiu na iniciativa legislativa apresentada no Parlamento pelo Deputado A. Crispiniano da Fonseca (1924, 1925) que, prevendo que o delinquente toxicómano fosse entregue à assistência pública, a fim de ser tratado, acentuava a vertente sanitária do consumo de drogas, equacionando o recurso ao que poderemos designar a pré-ideologia do tratamento (Poiães, C., 1996, p. 208-212). Mas esta abordagem do problema não logrou passar de um acto isolado num país que acreditava, nos anos Vinte e Trinta, que a droga não era mais do que estórias longínquas de mandarins.

Nesta fase do nosso percurso histórico o consumo de drogas situava-se, por via de regra, entre classes sociais que dispunham de meios suficientes e, frequentes vezes, das próprias substâncias, que manuseavam nas suas ocupações profissionais: com efeito, entre os consumidores de que há notícia, contavam-se os médicos e farmacêuticos (proprietários, técnicos e ajudantes de farmácia), bem como os armazenistas de produtos químico-farmacêuticos, ou seja, pessoas que mantinham íntima relação com os objectos do consumo. Por outro lado, a utilização dessas substâncias era feita sobretudo em ambientes recolhidos, como as casas de prostituição, na altura ainda legalmente permitidas - as casas de passe ou de toleradas. Realce-se que alguns dos primeiros processos instaurados em Portugal por consumo de drogas tiveram como cenário os mais afamados estabelecimentos de prostituição de Lisboa (Bairro Alto), tornando réus não só os utilizadores mas também as proprietárias, empregados e, em um dos casos, até o médico avençado.

Ser utilizador de drogas, nessa fase, aparecia envolto numa aura de diletantismo: tratava-se de um outro mundo, ao qual apenas os mais abastados tinham acesso (v. França, J.-A., 1992; Coelho, A., 1931).

3.2. A criminalização do consumo de drogas, em termos directos e inequívocos, apareceu com o Decreto-

-Lei nº 420/70, de 3 de Setembro, uma vez que o precedente diploma substantivo do Direito Penal da Droga (o Decreto nº 12 210, de 24 de Agosto de 1926), inscrevendo-se no que já denominámos paradigma fiscal, colocava o acento tónico na detenção e transacção dos produtos proscritos, passando praticamente a latere do sujeito consumidor (cfr. Poiães, C., 1994, pp. 191-192; 1995, pp. 21-24). Efectivamente, foi com o normativo de 1970 que se inaugurou a perspectiva criminalizadora do consumo de droga, substituindo-se a visão da droga-mercadoria/transgressão aduaneira em que se consubstanciava o paradigma fiscal (1914-1970), pela racionalidade que designámos por paradigma criminal (1970-1975)(4).

3.3. A matriz da actual época normativa assenta num novo modelo disciplinar, iniciado em 1983, através do Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro, e que consubstancia a construção do paradigma biopsicossociológico, no qual se evidencia um novo quadro de referência, constituído por preocupações de compreensão científica dos actores sociais envolvidos no processo (Legislador, Aplicador e Transgressor). A criação da Lei revela agora propósitos de intervenção com carácter preventivo e ressocializador, erigindo o consumidor em sujeito principal da acção legislativa, sendo que a mensagem nuclear reside na recuperação clínica e reinserção na comunidade (=reutilidade do sujeito), em detrimento da antecedente noção criminalizadora. Esta fase da engenharia legislativa está genealógicamente inscrita na ruptura operada com a filosofia criminal, em 1975, quando o Legislador adoptou a postura pluridisciplinar das drogas, lançando a arquitectura dos dispositivos clínicos e psicossociais - foi nessa época que, sob a iniciativa de Almeida Santos, então Ministro da Comunicação Social e, depois, da Justiça, se criaram diversas entidades vocacionadas para o denominado combate à droga, v.g. o Centro de Estudos da Juventude/Centro de Estudos da Profilaxia da Droga e o Gabinete Coordenador do Combate à Droga/Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga (v. Poiães, 1996, pp. 262-310). Realce-se, no entanto, que havia já um percurso legislativo no sentido de recortar a silhueta do utilizador de drogas por entre as brumas fiscais e criminais: referimo-

-nos à legislação aplicável em Macau (1962-1965), protagonizada por Adriano Moreira e Silva Cunha.

3.4. Vigora actualmente, como diploma substantivo do Direito Penal da Droga, o Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, o qual incrimina o consumo de drogas. Com efeito, dispõe o artigo 40º que o consumo ou o cultivo, a aquisição ou a detenção, para consumo pessoal, de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV anexas ao normativo são punidos com pena de prisão até 3 anos ou com multa até 30 dias (nº 1). Porém, se a quantidade cultivada(5), detida ou adquirida pelo transgressor exceder a necessária para o consumo médio individual durante 3 dias, a pena eleva-se até 1 ano de prisão ou multa até 120 dias (nº 2). Tratando-se de um consumidor ocasional, o agente incurso no crime p. e p. pelo nº 1 da citada disposição pode ser dispensado da pena (nº 3).

Verifica-se, por conseguinte, que a lei procedeu à gradação de dois tipos de responsabilidade: no primeiro caso, trata-se de consumo simples, cuja pena se situa no escalão mais baixo, desde que a porção em causa se situe ao nível do consumo juridicamente aceite, ou seja, dentro dos limites tolerados a contrario pelo nº 2; no segundo caso, o nº 2 consagra a incriminação do consumo qualificado, isto é, sempre que quantidade em causa exceda o limite do consumo individual em 3 dias, fixando uma punição mais severa (reclusiva ou patrimonial).

O critério diferenciador de um e outro dos tipos previstos reside na quantidade, sendo que o mencionado consumo médio individual foi determinado pela Portaria nº 94/96, de 26 de Março. Ora, este critério não nos parece suficientemente idóneo para a cominação de uma medida punitiva, já que a relação entre o sujeito consumidor e o objecto do consumo deverá ser perspectivada em termos abrangentes, que possibilitem a valoração mais adequada às especificidades de cada situação. De facto, circunstâncias várias podem concorrer para que, em determinado momento, um consumidor de droga adquira ou detenha quantidade superior à reportável ao consumo médio individual de 3 dias, sem que daí se possa inferir, validamente, que destinava as substâncias a qualquer espécie de cedência. Na verdade, ou porque em certo dia dispunha de mais dinheiro, que

pode até ter proveniência lícita, ou porque teve ensejo de adquirir droga mais pura, o agente pode obter maior quantidade procurando, deste modo, evitar várias deslocações aos centro de venda ou a eventual aquisição de produto adulterado (cujos riscos para a saúde são frequentemente maiores). Há que atender, por conseguinte, a diversas variáveis (poder económico, condições de oferta, pureza da substância), pelo que o critério imposto pelo nº 2 parece menos feliz - e pouco ajustado à realidade que é o consumo de drogas. Acresce que, tratando-se de um dependente, não é aceitável que se proceda à ameaça com uma pena que pode atingir um ano.

A ratio deste preceito arranca da ideia de que «... o perigo de uso não só pelo detentor como por outros (do seu círculo de amigos ou conhecidos) é proporcional à quantidade detida» (in «Nota Justificativa» da proposta de lei, cit. em Martins, L., 1994, p. 205). E acrescentava-se: «... embora não se faça a demonstração de que a droga se destinava ao tráfico, a normalidade das coisas impelirá a pensar que se pode estar perante um traficante ou traficante-consumidor». Ora, esta argumentação é, a nosso ver, perfeitamente falível e susceptível de colidir com princípios fundamentais de natureza penal. Afigurar-se-ia mais curial remeter em exclusivo para o julgador a valoração de cada caso e a consequente aplicação da pena, partindo de uma única norma incriminatória; é que nada impede que um traficante tenha consigo, no momento da abordagem policial, apenas o necessário a um ou dois dias, invocando que destinava a droga a uma experiência ocasional, podendo, portando, beneficiar de dispensa de pena, enquanto um consumidor, sem quaisquer intuitos de transacção, corre o risco de ser ver condenado em pena mais severa. A «Nota Justificativa» dá conta de algumas dessas preocupações, mas não as resolveu no texto legal, remetendo a resposta para os mecanismos penais.

3.4.1. A problemática da despenalização do uso de drogas é, desde há muito, tema recorrente no nosso país e por todo o Mundo, utilizando-se ampla gama de argumentos, num e noutro dos sentidos. Lourenço Martins enuncia as principais argumentações expendidas a este propósito, fornecendo as correlativas contra-argumentações (Martins, L., 1994, pp. 215-224).

Entre nós e, em particular no domínio da lei vigente, a incriminação do consumo surgiu por dois tipos de motivação: i) O receio de alterar o quadro criminalizador existente; e ii) O apelo ao simbolismo da lei penal, enquanto meio de afastar os potenciais consumidores (pelo respeito inculcado pela norma). Parece que uma das motivações da mensagem punitiva arrancou do desconhecimento e do medo de o enfrentar. De facto, o então Ministro da Justiça (Laborinho Lúcio) afirmou no Parlamento que não existem ainda «... dados de conhecimento suficientes para optar com consciência, por uma ou outra destas posições radicais» _penalização/despenalização_ (in Diário da Assembleia da República, I série, nº 88, de 15 de Julho de 1992, p. 2874). Mais tarde, já após a entrada em vigor da nova lei, o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Justiça (Borges Soeiro) proclamava: «Numa área onde o desconhecimento ainda impera ... não se deve partir de uma realidade experimentada e conhecida para uma aventura...» (Soeiro, B., 1994, p. 25).

Por outras palavras: na ausência de informação, o Poder decide conservar o modelo existente, considerando-o capaz de resultados positivos; não que a punição assente em estratégia inequívoca, mas porque não existem elementos que habilitem o Legislador a equacionar um outro enquadramento do consumo. A adopção desta concepção penalizadora foi objecto de uma sondagem pré-legislativa, de acordo com a qual 67% dos inquiridos se manifestou a favor da continuação da punição do uso de drogas, incluindo das ditas leves.

Argumenta-se também com a impossibilidade de despenalizar o consumo em Portugal, como acto internacionalmente isolado, o que tornaria o nosso país numa Meca dos toxicodependentes. O actual Ministro J. Sócrates acentuou este aspecto, tendo assegurado que não existirá despenalização - isto, enquanto técnicos e cientistas designados pelo mesmo ministro estudam o problema e preparam um Relatório sobre a problemática da droga; todavia, a posição oficial foi já antecipada.

3.4.2. A intervenção simbólica da lei penal constitui outras das causas da incriminação. Ora, se é certo que o Direito Penal deverá constituir uma *ultima ratio*, dependendo do binómio necessidade-eficácia, a criminalização de qualquer comportamento deve partir da

ponderação dessas valências. Autores há que advogam a eficácia do simbolismo penal, reputando-o susceptível de dissuadir potenciais consumidores ou de os motivar ao tratamento (v. Martins, L., 1998). Naturalmente que, em áreas tão vastas e complexas como o consumo de drogas, com a toxicodependência e a criminalidade que lhes estão associadas, é possível encontrar situações diversas, cada uma delas apelativa de diferentes formas de intervenção. A ameaça do castigo pode funcionar como elemento de despiste face a hipotéticos consumos iniciais (Martins, L., 1998, p. 71), como pode a prisão provocar num toxicodependente a conflitualização com o uso de drogas, apetrechando-o para enfrentar o tratamento em condições de adesão verdadeiramente voluntária (contraposta à “voluntariedade” legal, quando se colocam ao arguido as alternativas imediatas da prisão ou da sujeição a tratamento). Porém, há que atender a duas questões, no que se reporta à incriminação do consumo de droga: por um lado, este é o único caso em que se acha prevista a punição do sofrimento auto-infligido (Almeida, J. 1994, p. 100), sendo pouco compreensível que a lei estigmatize, em menor ou maior grau, o sujeito consumidor, quando parte do princípio que se trata de um enfermo; por outro lado, o utilizador de droga, se se encontrar já em fase da toxicodependência, dificilmente será sensível a simbolismos, ainda que provenham dos espaços da penalidade. Efectivamente, nestes casos o sujeito já não dispõe, em grande parte das vezes, de capacidade descodificadora dos símbolos; e, se se alegar que a ameaça da punição visa motivá-lo para o tratamento, esta via, assim obtida, não corresponderá à necessária adesão voluntária, correndo o risco de soçobrar mais facilmente. E a incriminação do consumo pode estreitar a relação do consumidor com outros meandros criminais (Moraes Rocha, 1994, p. 124). A prisão, a que M. Foucault (1977) chamou fábrica da delinquência está a tornar-se também em armazém da toxicodependência. Acresce que a lei abre caminho a medidas alternativas à punição (artigos 44º e 45º), o que parece apontar preferencialmente para o exercício do simbolismo no plano da previsão e não no domínio da aplicação concreta. Nesta sequência, a incriminação destina-se a funcionar ao nível da intimidação e só num número reduzido de casos passaria à prática. Mas esta atitude legislativa, ou seja, a

incriminação raramente acompanhada de sanção concreta, é susceptível de implicar o descrédito do normativo penal, face à sua inaplicabilidade prática, servindo de manobra de diversão. Se o objectivo da lei consiste no tratamento, na pós-cura, na ressocialização e não no recurso à punição, para quê prevê-la? E para quê criar uma dosimetria que pode elevar-se até 1 ano de prisão? Qual o simbolismo de uma pena detentiva que pode chegar a 1 ano? Afigura-se, pois, que esta utilização do Direito Penal simbólico não respeita os elementos necessidade-eficácia que mencionámos e, tornando-se inoperante, a regra penal sofrerá inevitável erosão. Esta norma arrisca-se a ter destino idêntico aos preceitos do Código Penal (1886) que incriminavam o adultério ou às disposições que prevêem a punição do aborto, no actual Código Penal. Há ainda que contar com todos os custos sociais inerentes à incriminação, nomeadamente o descrédito que o actual regime pode implicar para os tribunais, potenciando elevado desgaste das instituições judiciais.

A intenção do Legislador parece mergulhar na ideia de vacina: a intervenção penal, ainda que reduzida ao plano simbólico, funcionaria como uma vacina jurídica, considerada apta à imunização do corpo social. Nos casos em que ainda não existe contaminação, essa vacina actuará como defesa do organismo; porém, em corpos já adoecidos, a vacina poderá não produzir quaisquer efeitos positivos e, nalguns casos, acabará por ser contraproducente. Atente-se em situações em que um consumidor, detido com uma dose de droga que exceda o consumo mínimo aceite, acaba por passar longos meses em prisão preventiva, aproximando-se não só do espaço prisional como da vida e mentalidade carcerárias. O Legislador procura, desde 1975 e, no que tange às leis substantivas, desde 1983, a compreensão do fenómeno do consumo de drogas, ensaiando medidas legislativas e práticas. Assistimos, desde há quinze anos, à psicologização das leis da droga, tendo-se transformado o utilizador em protagonista dos discursos e práticas (legislativa e aplicativa). A previsão da suspensão da pena e obrigação de tratamento (artigo 44º) e a adopção do regime da prova (artigo 45º) constituem duas estações salientes nesse trajecto, especialmente no que toca aos delitos conexos com o consumo de drogas (o que era inexistente em 1983 e foi suscita-

do pela experiência colhida pelos tribunais nos quotidianos da droga que se lhes vêm deparando). Mas a ambiguidade coabita com o princípio de compreensão da problemática da toxicodependência. Com efeito, como refere Moraes Rocha (1994, p. 121), «o legislador encara o consumo de forma aparentemente ambígua: se no artigo 40º, castiga, já mais adiante, v.g. arts. 41º, 42º, 43º, 47º, 56º, prefere o tratamento. E, se a intervenção penal é - nas palavras do Sr. Ministro da Justiça - simbólica, afigura-se-nos que tal contraria o princípio basilar de direito penal consistente na intervenção mínima, imprescindível e eficaz deste ramo do direito.» Acrescente-se, enfim, que nesta matéria há que procurar soluções sem se negar ou aceitar, à partida, dogmaticamente, qualquer das possibilidades. A droga afirma-se, cada vez mais, como um tema que rompeu as estruturas e as barreiras tradicionalmente reconhecidas, quer no âmbito jurídico, quer no contexto das Ciências Sociais: a sua pluridisciplinaridade tudo põe em causa, gerando a desordem, incluindo no espaço da penalidade. Punir, tratar ou reinserir consumidores de droga constituem projectos já ensaiados mas cujos frutos não tem sido suficientemente aptos a minorar o sofrimento das comunidades. C. da Agra (1982, p. 544), aludindo à terapêutica sobre os toxicodependentes, anunciou que «o campo do tratamento tornou-se pois baldio, está aberto a quem nele queira vir semear e ceifar o que bem entender». Da mesma maneira, em termos de Direito, vive-se actualmente, a nível global, idêntica situação, conhecendo-se tentativas várias e muitas sugestões: despenalização, legalização, incriminação, maior severidade penal, tratamento, medidas alternativas, sancionamento administrativo, etc., por vezes ao sabor de desígnios eleitoralistas. A Humanidade leva décadas de experimentações, quase sempre dentro dos quadros da proibição; e o terreno continua aí, baldio, muitas vezes, permeável a toda a sorte de iniciativas. A lei actualmente em vigor, na esteira, aliás, do diploma progressivo, erige a recuperação e o tratamento dos toxicodependentes em valores fundamentais de toda a mensagem legislativa. Poder-se-á dizer que estamos em presença de um crime antecipadamente objecto de desculpabilização, o que decorre do carácter patológico que lhe é assinalado, desde 1975, bem como da frequência com que se regista nas sociedades contemporâneas.

Entretanto, as cadeias estão inundadas de toxicodependentes, acusados e condenados por outros ilícitos - a segunda geração transgressiva decorrente do consumo de drogas. Relativamente a estes, no quadro do precedente diploma (1983), apenas restava esperar que, no momento de singularização da lei, o juiz lançasse mão dos mecanismos de atenuação - caso contrário, a prisão seria um ambiente duradouro na vida de muitos toxicodependentes.

Dessas experiências colhidas no terreno resultou o reconhecimento explícito da delinquência associada ao consumo e a possibilidade, a que já aludimos, de o transgressor, se declarado toxicodependente, beneficiar da suspensão da execução da pena, sujeitando-se voluntariamente a tratamento ou a internamento. Para além das reservas que já enunciámos à eventual natureza forçada dessa sujeição voluntária, a sua consagração na letra da lei assinala que o Legislador assumiu a toxicodependência, primeiramente, como problema de saúde, procurando criar condições para a recuperação dos agentes: o crime mais não é do que sequela da doença. Esta medida, porventura contraditória com a mensagem contida no artigo 40º, em especial no seu nº 2, revela os pressupostos de cura e reinserção social prosseguidos pela lei e a perspectiva biopsicossocial que

constitui a sua matriz. Trata-se de um importante passo numa trajectória que, desde 1975 e, em particular, desde 1983, demonstra a emergência de um novo paradigma, assente numa racionalidade de compreensão dos comportamentos toxicodependentes. Todavia, há que ter em conta que a actual configuração paradigmática contém, tal como as anteriores, condições de mutação, de metamorfoseamento e que o rumo a imprimir no futuro, em sede de lei substantivas da droga, assentará na comunicação permanente entre o Saber e o Poder - e, porventura, a futura fisionomia do Direito Penal da Droga tornar-se-á propulsora de uma nova configuração da penalidade. ■

Carlos Alberto Poiães

Advogado

Professor auxiliar convidado

Faculdade de Economia da U.N.L.

*Campus de Campolide - Tvª Estêvão Pinto,
1000 Lisboa*

Professor do curso de Psicologia

Universidade Lusófona de Humanidades

e Tecnologias - Campo Grande, 376 - 1 700 Lisboa

Telefones (pessoal) - 885 38 41-885 05 85

Fax 885 05 85

NOTAS

(1) A este respeito, cfr.: Salvado Ribeiro, (1995), pp. 5-7; Martins, L. (1998), pp. 66-69. Abordámos esta matéria, com algum desenvolvimento, na dissertação *Análise psicocriminal das drogas - O discurso do Legislador* (1996).

(2) Referimo-nos à legislação de âmbito nacional, já que no final do século XIX e no dealbar deste século o território de Macau conheceu produção normativa própria sobre droga: cfr. o nosso trabalho, cit. na nota (1), pp.218-233.

(3) Abordamos aqui unicamente o território continental, já que a questão possuía diferentes características nas colónias, em particular em Macau. Mas os restantes países europeus colonizadores viviam situações igualmente específicas nos territórios colonizados, como é atestado pela preocupação revelada nos Acordo e Protocolo Adicionais à Convenção de Genebra (1925), que estipula a ilegalização, a prazo, dos consumos nas colónias (cfr. o n/ trabalho cit. em (1), pp. 164-166).

(4) Analisámos a trajectória legislativa do consumo de droga em Portugal, tendo procedido à destriça entre várias constelações normativas, que identificámos a partir da coesão e coerência dos diplomas editados em cada uma dessas épocas. Essas constelações, temporalmente definidas, correspondem a vários paradigmas, sucessivamente estabelecidos, revelando cada um deles uma diferente observação e apreciação do uso de drogas e do respectivo protagonista, o consumidor, passando-se da sua ausência à emergência.

(5) A inclusão do cultivo parece menos exacta neste contexto. Com efeito, se os critérios do consumo médio individual se oferecem dúbios, quando se referem a droga adquirida ou detida, no que se reporta à droga cultivada essa previsão quantitativa não parece poder ser interpretada com rigor.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. (1994). Drogas psicoactivas - A ilusão de(o) poder; das ruas às prisões, o(s) passo(s) de uma dependência. In José Niza (Ed.), *Droga e Sociedade - O novo enquadramento legal*. Lisboa: G.P.C.C.D./Ministério da Justiça, 86-102.
- CABALLERO, F. (1989). *Droit de la drogue*. Paris: Dalloz.
- CHAVES, R. (1994). Regime jurídico do tráfico e do consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Coimbra: Livraria Almedina.
- COELHO, A. (1931). Ópio, cocaína e escravatura branca. Lisboa: Livraria Clássica Editora.
- DA AGRA, C. (1982). A toxicomania: Desordens bioquímicas e ordem social. *Psicologia - volume III*. Lisboa: Associação Portuguesa de Psicologia, 71-88.
- FOUCAULT, M. (1977). *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. Petrópolis: Editora Vozes.
- FRANÇA, J.-A. (1992). Os anos 20 em Portugal: Estudo de factos sócio-culturais. Lisboa: Editorial Presença.
- GARCIA DA ORTA (1895). Colóquios dos Simples e drogas da Índia, e assí dalgumas frutas achadas nella, onde se tratam algumas cousas tocantes a medicina prática, e outras cousas boas para saber. Lisboa: Imprensa nacional.
- MARTINS, L. (1984). *Droga: Prevenção e tratamento - Combate ao tráfico*. Coimbra: Livraria Almedina.
- MARTINS, L. (1994). *Droga e Direito - Legislação, jurisprudência, Direito comparado, comentários*. Lisboa: Aequitas - Editorial Notícias.
- MARTINS, L. (1998). Os sistemas penais, o tráfico e o consumo de droga. In *Toxicodependências*, 4. Lisboa: Ministério da Saúde, 65-82.
- MORAES ROCHA, J. (1994). *Droga - Regime jurídico (legislação anotada, diplomas internacionais)*. Lisboa: Livraria Petrony.
- POIARES, C. (1994). A nova lei da droga: Em busca de uma postura jurídico-psicossociológica da toxicodependência. In José Niza (Ed.) *Droga e Sociedade - O novo enquadramento legal*. Lisboa: Ministério da Justiça, 184-202.
- POIARES, C. (1995). A legislação penal da droga - Contribuição para uma análise do discurso do Legislador. *Toxicodependências*, 3, 17-29.
- POIARES, C. (1996). *Análise psicocriminal das drogas - O discurso do Legislador*. Porto: Elcla Editora: no prelo.
- SALVADO RIBEIRO, J. (1995). Dependência ou dependências? Incidências históricas na formalização dos conceitos. In *Toxicodependências*, 3. Lisboa: Ministério da Saúde, 5-16.
- SOEIRO, B. (1994). I. Sessão de abertura. In José Niza (Ed.), *Droga e sociedade - O novo enquadramento legal*. Lisboa: Ministério da Justiça, 21-28.