

SEÇÃO II – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

SUBSEÇÃO I – DIREITO PENAL

1. ARTIGOS

1.1 A NOVA ORIENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL PARA O CRIME DE USO DE DROGA

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Promotor de Justiça no estado de Santa Catarina
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

Com a entrada em vigor do novo regime legal antidrogas, ocorreu a ebulição de opiniões desfavoráveis ao tratamento político-criminal dispensado ao infrator usuário. A mídia chegou a divulgar, erroneamente, a descriminalização daquelas condutas tendentes ao uso de drogas, tentando, desta forma, polemizar um tema que vem já sendo amplamente discutido por diversos segmentos da sociedade, não apenas formados por juristas, mas por profissionais da saúde e da educação, em nível mundial, de forma desapaixonada, responsável e bastante realista. No entanto, o enfoque dado à questão, foi absolutamente apressado, com o equívoco grosseiro sobre a política criminal, para além de ter patinado no *pré-juízo* acerca das extensões de danosidade desse crime, ainda visto por alguns juristas brasileiros de alto coturno como um fator criminógeno. Não houve, como se sabe, a descriminalização das condutas relacionadas com o uso. Mas, também, temos de frisar, nenhuma evolução significativa ocorreu no campo da prevenção penal, salvo a inclusão de um *tertium genus* de pena, de caráter duvidoso e de efeitos – já podemos prever – simbólicos. Se, por um lado, o legislador penal deixou de enfrentar a descriminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, por outro lado deixou de estabelecer uma política criminal séria no sentido de estabelecer a prevenção penal. E é aqui que começam a surgir nossos problemas: qual o discurso que vai subliminarmente aderido à posição oficial assumida pela *auctoritas*? Que tratamento penal pode ser dispensado ao infrator usuário ou dependente de drogas? Que políticas jurídicas podem ser realizadas no plano concreto da atividade jurídico-jurisdicional?

Cabe destacar, antes de mais, que o crime descrito no art. 28, da Lei n.º 11.343/06, referido em nossa tradição penal como crime de uso (que, a rigor, não pune propriamente o uso, mas todas aquelas condutas relacionadas com o consumo de drogas, como sua aquisição e guarda e seu transporte), é já categorizado como crime menor (art. 48, § 1º, da Lei n.º 11.343/06). Mas desde o antigo regime legal, quando a modalidade criminosa vinha definida pelo art. 16, da Lei 6.368/76, o conteúdo sancionador enformava-se ao conceito de crime de menor potencial ofensivo, já que se operou uma política

jurídica nos tribunais que considerou aplicável à espécie o disposto no art. 2º, da Lei n.º 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais). As repercussões penais eram, do ponto de vista de prevenção especial negativa, pequenas, embora a política criminal oficial se alinhasse com os termos da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, quando se entendia que a posse de drogas constituía um autêntico fator criminógeno que devia ser combatido com punição restritiva de liberdade (art. 36, 1, da Convenção). Havia, portanto, uma paradoxal política jurídica traçada pelos tribunais: por um lado, entendia-se inaplicável o princípio da insignificância, punindo-se a conduta do agente mesmo que a quantidade de droga apreendida fosse ínfima e sequer justificasse aí uma intenção de uso ou perigo para o bem jurídico-penal tutelado (TJMG – 1ª C. Crim. 209.379-7/00, rel. Des. Lauro Bracarense, DJMG 06.04.2001; TJSP – 3ª C. Crim. – A. Crim. 273.885.3/6 – Rel. Des. Walter Guilherme). Mas, por outro lado, as repercussões penais decorrentes da desjudiciarização eram (e continuarão a ser sob o novo regime legal) atenuadas (evitando-se inquérito policial, o rito e toda a carga intimidante dele decorrente e o próprio papel pedagógico inscrito na realização do direito através da atividade jurídico-jurisdicional), não se logrando com a transação penal nem os efeitos de prevenção geral, nem os de prevenção especial. Deste breve apanhado da história político-criminal, podemos dizer que a moderna orientação adotada pela *auctoritas* nos projetos de lei que trataram do regime antidrogas não avançou com nenhuma estratégia de descriminalização, mas, também, não foi coerente com os postulados de *law and order*, deixando de imprimir, portanto, um caráter intimidador nas sanções previstas para as condutas relativas ao uso. Manteve o crime, contudo, erigindo um sistema punitivo *sui generis* que, com toda a certeza, criará embaraços para a realização da atividade jurídico-jurisdicional. Vejamos, então, o que há de novo.

O longo processo legislativo do atual regime antidrogas iniciou-se com projeto governamental n.º 6.108/2002, seguido pelo Projeto de Lei n.º 7.134/2002, da Câmara dos Deputados, que mantiveram a criminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, mas com imperfeições gritantes. Este projeto incluía como elemento integrante do conceito do crime o termo “pequena quantidade”, o que, em primeiro lugar, conduziria o problema da tipificação para uma zona de imprecisão (o que é pequena quantidade? Como estabelecer um padrão conceitual de pequena quantidade de droga?) e, em segundo lugar, a *pequena quantidade* de droga não se prestaria a distinguir tráfico da mera conduta tendente ao uso (há os passadores de droga que a *guardam* ou a *trazem consigo* em pequenas quantidades e há usuários que fazem estoque dela). Mas os problemas não ficavam por aí. O legislador pretendeu submeter o infrator a *medidas de caráter educativo* (art. 22, do PL n.º 7.134/2002), como a do “comparecimento a programa ou curso educativo”, a “proibição de freqüência a determinados lugares” e o tratamento, imbricando (ou, talvez, confundindo) tratamento penal com as políticas oficiais de tratamento e de ressocialização de usuários e

dependentes. Era algo estranho: as condutas tendentes ao uso estavam catalogadas entre os crimes, mas em vez de sanção penal se aplicaria medida educativa. Coisas desse nosso legislador fabuloso, que vê a lei penal como a solução dos problemas sociais, mesmo não estando firmemente convicto de sua eficácia. Pior: ao que parece todo o trabalho legislativo não se fez precedido de um estudo sério de criminologia que, em outros sistemas jurídico-penais, tem já apontado um equacionamento eficiente entre custos e benefícios da criminalização do uso. Mas o fato – fato lamentável – é que nosso laborioso legislador mitifica a Lei e a usa como forma de dar respostas aos reclamos da sociedade, daí que certas normas em vez de estarem em consonância com a esfera histórico-sociocultural, são apenas retalhos mal costurados de importações ou a expressão mais simples de emprestar caráter de juridicidade a fenômenos problemáticos melhor solucionáveis por outros meios de controle social.

Pois bem, a redação definitiva da Lei, que se consolidou a partir do Projeto de Lei do Senado n.º 115, de 2002, extirpou algumas excentricidades da norma penal, deixando de exigir para a perfectibilização do crime a apreensão de *pequena quantidade* de droga, para além de estipular a sujeição do infrator não a medidas de caráter educativo, mas a sanções penais. Isto ao menos sob o aspecto estritamente formal, pois que a Lei criou, em boa verdade, um *tertium genus* de pena que não se conforma à tipologia tradicional por nós conhecida¹. Tentemos explicar melhor. As “penas” a que se submeterá o infrator carecem de carga preventivo-especial. Nem conduzirão o reeducando à ressocialização, nem lhe impingirão um dever-ser de disciplina conforme à noção ético-social. Por um lado, devido ao caráter meramente simbólico das “penas”. Não acreditamos que uma advertência aplicada pelo Juiz ao reeducando terá efetividade para o conscientizar dos efeitos danosos provocados pelo uso reiterado de droga. Mesmo a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (que, devido à falta de definição legal, precisará ser preenchida pela política jurídico-legal ou jurídico-jurisdicional, para lhe dar substância) não resultará proveitosa se o reeducando estiver relutante e não se interessar pelo curso. O usuário ou a pessoa dependente sabe perfeitamente dos males provocados pelas drogas, mas, tal como o fumante ou o alcoólatra, dispõe de sua saúde, fazendo opções de vida que nem sempre se conformam a um determinado padrão ético. E muitas vezes, seu problema é verdadeiramente de saúde, de forma que as “penas” de nada lhe servirão. Por outro lado, a ineficácia das “penas” advirá de problemas estruturais, pois os juízos criminais não dispõem, via de regra, de um programa de prestação de serviços à comunidade (que, para caso específico desta Lei, deverá ser “[...] cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais [...], que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”) e os municípios, por sua vez, não mantêm rede de entidades de prevenção ou de tratamento de toxicômanos. Os programas ou cursos

¹ Para um exame mais aturado da questão, Sabbá Guimarães (2006, p. 14 et seq.).

educativos carecem não só de definição, mas de estruturação adequada para atenderem a reeducandos penais.

Essas são apenas algumas das dificuldades que divisamos em nosso horizonte jurídico-penal numa rápida passada de olhos pelo art. 28, da Lei n.º 11.343/2006. Mas há outras tantas que requerem aturado esquadramento de políticas jurídicas para que se evite o (completo) malogro dos objetivos previstos na Lei. Uma delas, v.g., pode ser referida à atividade jurídico-jurisdicional na fase de execução das “penas”, quando, na hipótese de não cumprimento injustificado por parte do reeducando, tiver o Juiz de aplicar, sucessivamente, admoestação verbal e multa. Mecanismos jurídico-legais que igualmente padecem de efetividade e que, na prática, correm o risco de substituir as “penas” que forem atribuídas ao infrator.

Quando discreteamos sobre esses problemas que se instalarão na *práxis* jurídico-jurisdicional (e, como mais acima referimos, são apenas alguns que antevimos. Muitos outros, certamente, se avizinharão da atividade profissional de Juizes, Promotores e Autoridades Policiais), fica-nos uma pergunta que adere ao conjunto problemático até aqui desenvolvido: será que o legislador penal não conseguiu ter uma perfeita noção das conseqüências (de peso) para o mundo jurídico ao estabelecer essa nova política criminal que, a todas as luzes, não se coaduna com as proposições da criminologia moderna? Ou, expondo de outra forma: será que durante o processo legislativo não se percebeu a inocuidade do trato do fenômeno da toxicodependência (ou, simplesmente, do uso de drogas) pelo viés jurídico-penal? Parece-nos pouco provável que o decisionismo jurídico-legislativo tivesse se radicado numa perspectiva puramente reducionista de enfrentamento do problema do uso de drogas, como se ele fosse um autêntico problema criminal. Não, o legislador não foi acometido por uma cegueira. Pelo contrário. Tinha ele a perfeita noção da ineficácia das penas para essa modalidade de problema social. Tanto é que evitou estabelecer um regime penal nos moldes tradicionais, criando medidas de caráter educativo (mais tarde, na redação definitiva dada à Lei, dissimuladas com o emprego do termo “penas”). E aqui, nesta dialética operada durante o processo legislativo, está a chave para desvendarmos o que, de fato, vai insito no *têlos* do art. 28.

É bom notar que o discurso do legislador – por conseqüência, o próprio discurso jurídico-legal – vai impregnado por aspectos muito peculiares, que decorrem de sua circunstância histórico-político-social. Por um lado, a Lei é uma imposição cada vez mais real num Estado que se quer de direito e democrático, e abre a noção (embora muitas vezes ilusória, porque padecemos nos dias de hoje da falácia jurídico-legal, aquela que promete a solução para todos os problemas sociais através da *norma normada* pelo legislador) de segurança jurídica. De maneira que tem sobrado poucos, pouquíssimos espaços para decisões de caráter técnico-político. A segurança pública,

por exemplo, é uma destas áreas que pode ser tratada através de ações políticas. A implementação de mecanismos preventivos para a saúde pública é outra matéria que pode ser inserida aí, na área das atividades técnico-políticas do poder político. E não entendemos impossível a criação desses mecanismos inclusive para mitigar os males provocados pelo consumo de drogas (através do serviço social ou pela criação de sistemas multidisciplinares, v.g.). No entanto, o mito da Lei exige a operosidade do legislador, que, por outro lado, se vê na contingência de dar alguma resposta para a sociedade, realizando aquilo que Silva Franco denuncia como “função simbólica” do direito penal². Mostra-se através da Lei que algo é feito para debelar os problemas sociais, mas, em boa verdade, apenas impinge-se na sociedade uma falsa crença. E sabe perfeitamente o legislador penal que o Estatuto de Desarmamento não colocará fim à criminalidade brutal que assola o País, assim como a aplicação de pena aos usuários ou dependentes de drogas não expressa, por um lado, os efeitos preventivo-especiais (de ressocialização e de mitigação do fenômeno desviante) e, por outro, não protegerá o bem jurídico saúde pública. No entanto, ele obstina-se em transmitir à sociedade uma impressão de estar atento e decidido em relação a esses problemas. Em muitas circunstâncias, o legislador recorre à operação jurídico-penal “para produzir um mero efeito simbólico na opinião pública, um impacto psicossocial, tranquilizador para o cidadão e não para proteger com eficácia os bens jurídicos fundamentais para a convivência”³. No caso específico de que estamos a tratar, acresce-se uma outra dificuldade: o legislador chegou a uma encruzilhada onde, para além da opinião pública, estão presentes um caminho sem consistente pavimento de política criminal e um outro muito mal traçado de criminologia (ou será que existe entre nós estudos sérios sobre fatores criminógenos e desvios sociais?). Nesta encruzilhada não há saída para uma política de descriminalização delimitada pela criminologia e pelos princípios axiológicos contidos na Constituição⁴. De forma que o legislador resigna-se (quem sabe talvez celebre-se) com a produção da Lei.

No entanto, a norma contida no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 revela, subliminarmente, a descrença do próprio legislador na sanção penal como mecanismo apto a proteger o bem jurídico saúde pública. E, apesar de estabelecer uma categoria *sui generis* (talvez melhor diremos, simbólica) de sanção penal, manteve, pretendendo um efeito meramente simbólico, a ameaça de imposição de “penas” para as condutas desviantes, categorizadas como crime. Mas, voltamos a perguntar: que eficácia preventivo-especial há, v.g., na imposição da “pena” de “advertência sobre os efeitos das drogas”? Que alcance terá essa mesma “pena” para a proteção do bem jurídico-penal saúde pública? O legislador penal sabe tão bem quanto qualquer operador do direito as respostas. Deixemo-las de lado, pois não precisamos percorrer o caminho das obviedades (isto

² SILVA FRANCO (1996, p. 175-187).

³ Antonio Garcia-Pablos apud Silva Franco (1996, p. 182-183).

⁴ SABBÁ GUIMARÃES (2001, p. 76 et seq.).

que tem ocupado a atenção da *mediocracia* atual). Qual, então, o *logos* presente neste novo e surpreendente discurso jurídico-legal?

Para nós a questão pode ser equacionada assim: o legislador, em boa verdade, deixou de enfrentar abertamente o problema político-criminal sediado em torno do velho dilema entre as políticas de criminalização e de descriminalização, mas, por um lado, ao manter o crime de uso na nova Lei Antidrogas, realizou um discurso subjacente de desjudiciarização (o autor do fato não será submetido ao ritual do processo judicial, pois, via de regra, tudo poderá esgotar-se na audiência preliminar no juizado especial, com a transação de “pena”) e de despenalização (pois que estará o autor do fato sujeito a – digamos de forma mais honesta – medidas de caráter educativo – lógico, de valor duvidoso) e, por outro lado, aposta ele numa solução a longo prazo de política jurídica a ser realizada não nos domínios da Lei – da atividade jurídico-legal –, mas na atividade jurídico-jurisdicional. Expliquemos melhor. Tudo leva a crer que os juízes encontrarão enormes dificuldades para, a curto prazo, criar programas de prestação de serviços à comunidade e programas ou cursos educativos nos moldes exigidos pela Lei. Problemas estruturais presentes na maior parte dos municípios brasileiros serão o grande obstáculo. De modo que será mais freqüente (e factível) a transação da “pena” de advertência, implicando isto na prática de uma política jurídica verdadeiramente despenalizadora.

Como se pode perceber, o conjunto de problemas gerado em torno do tipo penal definido pelo art. 28, da Lei n. 11.343/2006 é complexo. E exige uma mediação político-criminal calcada em elementos mais sólidos de criminologia e na consolidação do entendimento das normas de caráter constitucional-penal. Se não for adequadamente abordado por uma intervenção do legislador penal, encontrará, como tudo leva a crer, uma solução ditada pela *práxis* jurídico-jurisdicional (a política jurídica dos Juízes), mas que, como facilmente se pode prever, será a condição de esvaziamento da norma penal, gerando aquilo que Bobbio refere como categoria de norma válida mas sem eficácia. E, concluímos nós, gerará, mais uma vez, a mais rotunda humilhação da norma jurídico-penal.

Referências Bibliográficas

SILVA FRANCO, Alberto. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, fascículo 2, p. 175-187, abr./jun. 1996.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições* (em busca de um direito penal eficaz). 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Nova Lei Antidrogas comentada: crimes e regime processual penal*. Curitiba: Juruá, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 209.379-7/00. Relator. Des. Lauro Bracarense. Belo Horizonte, 6 de abril de 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ação Criminal nº 273.885.3/6. Relator: Des. Walter Guilherme.