

A nova lei de tóxicos e o ordenamento jurídico brasileiro

Gustavo Kenner Alcântara

1.0 – INTRODUÇÃO

A Nova Lei de Tóxicos adota um posicionamento extremamente evoluído e racional do ponto de vista legal. Notamos uma mudança expressiva da forma de abordagem que tínhamos dos crimes relacionados a substâncias com caráter de entorpecentes ilícitas e psicotrópicas. O usuário e dependente de drogas assumem uma posição privilegiada em relação ao texto legal anterior, em contrapartida o tráfico e a produção recebem uma incriminação mais severa.

Devemos perceber que essa nova postura é, de fato, inovador em se tratando do Brasil. Apesar de severo defensor dos direitos fundamentais individuais, sempre se mostrou bastante rígido e conservador frente a assuntos que abrangem drogas, prostituição ou qualquer questão deste gênero.

A intenção legislativa é clara: Retirar o “mito da demonização” do usuário. Ou seja, assume legalmente a posição de vítima direta das drogas, sem o tradicional traço de vilão social. Assim o Estado deve promover medidas pra ressocialização de dependentes, ao invés de privar ainda mais da possibilidade de integrar de forma legítima no seio social.

Há tempos, o Brasil vem passando por um processo racionalizante da pena, e a concebera como uma forma de estabelecer a paz social e a própria ressocialização do delituoso. Como afirma REALE Jr, “O Direito Penal por via da integração de fatos e valores estatui os comportamentos delituosos, descrevendo as condutas que ofendem valores a serem respeitados, e impondo a omissão destas condutas sob a ameaça de uma pena, atribuindo de um lado, ao Estado o poder-dever de punir esta conduta e de outro a sujeição do autor da conduta à pena [1]”. Realmente não notamos nenhuma ofensa de valores no uso de tais substâncias, porque esta deve se dar no âmbito social, que é exatamente o quadro social que o Direito Penal possui legitimidade para agir. Este ramo do Direito deve respeitar o alcance da vida íntima, bem como a vida privada individual. Há distinções entre valores internos e sociais, e o Direito Penal deve privar seu alcance, de forma restrita a estes últimos, não interferindo nunca em aspectos individuais da pessoa humana que não violem nenhum bem jurídico.

É devido a essa exposição que nos parece admirável e importante a idéia geral presente nesta nova ordem normativa. Pougando os usuários dependentes de penas privativas de liberdade, não significando, contudo, que é legalizado o uso ou a posse de substância entorpecente. Enquanto pune mais severamente o real ameaçador da defesa e da saúde social, o próprio traficante.

2.0 - A LEI FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Estado Democrático de Direito deve intervir na vida social dos seus integrantes de modo a permitir um mínimo de liberdade frente à ordem jurídica, e também à ordem estatal de forma geral. Assim, há a autonomia individual de cada integrante de uma nação para decidir assuntos que não influenciem na vida de outros indivíduos e não violem princípios legais. Ou seja, observado que não exista nenhuma ilegalidade, não pode o Estado intervir na vida individual.

Além disso, esta ordem legislativa infraconstitucional deve ser criteriosa para evitar a infração do mandado constitucional que determina o respeito à intimidade, bem como a dignidade da pessoa humana. De acordo com a o pensamento do Ilustre Douto Alexandre de Moraes, “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos” [2]. Vemos então, que tratar os dependentes como um marginalizado aplicando uma pena privativa de liberdade seria até mesmo constitucional, uma vez que, de certa forma, estaria no limite de sua autodeterminação.

Percebemos que a lei penal é um exemplar reflexo da ordem histórico-democrática que vivemos. Como assinala MIR PUIG: “A retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial não constituem opiniões ahistóricas, senão diversos cometimentos que distintas concepções do Estado têm assinalado em diferentes momentos ao Direito Penal. Não se trata, pois, de perguntar só pela função ‘da pena’, em abstrato, senão de averiguar que função corresponde à pena no Direito penal próprio de um determinado modelo de Estado”. [3]

Lembramos que não há, aqui, uma defesa no sentido de justificar o uso. O ponto central é, que há tempos, o Direito Penal não possui um aspecto simplesmente punitivista como queria Kant e Hegel. Na verdade, a pena é adotada, pelo Estado Democrático de Direito, como fim de prevenção, ou seja, não é um mal ao indivíduo, mas um bem até ao próprio infrator. Desta forma, no momento da análise de um texto normativo devemos ter em vista a finalidade, a eficiência de determinada medida pra o bem comum. Louvável afirmação do ilustre professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Paulo Queiroz: “Nas sociedades contemporâneas, em que,

como regra, o papel do Estado e de suas instituições estão previamente definidos pelas Constituições promulgadas, as quais, por sua vez, estabelecem os pressupostos de criação, vigência, e execução do resto do ordenamento jurídico, convertendo-se assim, em elemento de unidade, e em cujos textos já se acham constitucionalizados os direitos e garantias fundamentais, (entre nós, CF, art. 5º), o papel do direito, e em particular, do direito penal, está, por consequência, e em linhas gerais, já constitucionalmente definido. Saber quais as funções que se devem creditar ao direito penal implica, assim, saber previamente, as funções constitucionalmente assinaladas ao Estado. O perfil do direito penal, - autoritário ou democrático - depende, portanto, da conformação político-constitucional que se lhe dá (ao Estado). Afinal, as funções do direito e do Estado são, em última análise, uma só e mesma função: possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência, enfim”. [4]

Não há justificativas ressocializantes em um mandado de prisão a um usuário, o aspecto abordado é meramente punitivista. Principalmente porque não há dano a nenhum bem jurídico alheio, assim, não pode ser considerado perigoso simplesmente pelo fato de ser usuário de determinada substância ilícita. Sendo assim, o foco do Estado vai ser exatamente em reaver o indivíduo de forma que, evite a repetição do ilícito. A prisão deste cidadão não vai, de forma alguma, beneficiar a sociedade, tampouco o delinqüente.

Como expõe Érico de Oliveira Della Torres: “O sistema carcerário brasileiro encontra-se inflacionado, com cadeias superlotadas, pouca racionalização prática quanto à penalização de criminosos e permeado de técnicas de tortura que viciam a população carcerária e geram um ódio dos infratores contra o próprio Estado e contra seus agentes e instituições, conforme pode ser percebido na análise do cotidiano” [5]. De fato, a destinação de usuários ao sistema penitenciário está longe de resolver o problema. Uma vez que, o indivíduo afastado da ordem social, fica impossibilitado de ser reintegrado.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVI, d, afirma: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras as seguintes:

privação ou restrição da liberdade;

perda de bens;

multa;

prestação social alternativa;

suspensão ou interdição de direitos;”(grifos nossos)

Percebemos então, que o pensamento comum vê o crime somente como aquele que possui penas privativas de liberdade. E na verdade nem sempre essa é a forma

adequada. Aliás, esse erro ultrapassa pensamento comum, abrangendo até mesmo a legislação. Como percebemos no Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Lei 3.914/41): “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. Vênia concedida, não parece esta ser a melhor definição. Há uma inversão de valores, porque a pena não se confunde com o crime, sendo assim, impossível uma conceituação de um a partir do outro. É certo que a pena é uma consequência do crime, porém consequência não indica identidade. Critica-se ainda a definição porque restringe a idéia de crime pela reclusão ou detenção. Indo de encontro direto com a norma constitucional exposta, a qual define outras formas de penas.

De acordo com pensamento do ilustre jurista Beccaria, a pena deveria conter uma proporcionalidade justa e eficaz para o cumprimento real da justiça. “Se o prazer e a dor são os motores dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens, mesmo para as mais sublimes acções o invisível legislador incluiu o prêmio e a pena, da sua incorrecta distribuição nascerá aquela tanto menos observada contradição, quanto mais comum, segundo a qual as penas punem os delitos a que deram origem. Se uma mesma pena se destina a dois delitos que de forma desigual ofendem a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte para cometer o maior delito se a isso se associar uma maior vantagem”. [6] Deve ser analisado então se seria proporcional uma prisão de dois anos para uma pessoa que é dependente de drogas, uma vez que o sistema carcerário brasileiro não garante nem mesmo que essa pessoa não fará uso dessas substâncias dentro do presídio.

O Código Penal prevê em seu artigo 171 “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1(um) a 5(cinco) anos, e multa”. Enquanto isso a lei 6368/76 prevê que “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20(vinte) a 50(cinquenta) dias-multa”. De acordo com o entendimento do juiz, uma pessoa que simplesmente adquire uma substância deste tipo poderá sofrer uma sanção maior do que alguém que pratique estelionato. Desta forma, não parece haver uma proporcionalidade real.

Percebemos que a lei publicada vem atender uma série de princípios e determinações constitucionais que surgiram do decorrer histórico, além de uma adequação ao sistema sócio-político vigente, o que realmente demonstra uma demasiada diferença em relação ao Brasil que conhecíamos em 1976, data da publicação da antiga lei de tóxicos.

3.0 – ASPECTOS NORMATIVOS QUANTO AOS SEUS AGENTES

Quanto à distinção de seus agentes percebemos que a Lei faz uma nítida separação de três campos de atuação. São eles: o consumidor, o produtor e o traficante.

3.1 – DEPENDENTES E DESPENALIZAÇÃO

Como foi já mencionado, a nova lei concede tratamento ao consumidor, seja dependente ou mero usuário, como parte afetada de um problema de saúde social, que receberá a partir de então um tratamento sócio-cultural de reeducação e ressocialização. Ressaltamos, porém, que isso não faz com que a compra, porte, transporte, para consumo pessoal seja considerado uma conduta descriminalizada. Tem sido comum, desde aprovado o projeto legislativo, mesmo antes da sanção presidencial, o comentário a respeito da “descriminalização uso ou posse de entorpecentes”, vênua concessa, esta não é a previsão constitucional, visto que na verdade a mudança não foi o fator criminalizante de determinada conduta, na verdade temos uma despenalização.

Como ressalta sabiamente COELHO, “Não há consenso quanto ao uso das palavras ‘descriminalizar’ ou ‘descriminar’. Trabalhando-se a partir dos antônimos, tem-se que discriminar é o contrário de incriminar, que significa imputar um crime a alguém. Assim, discriminar significaria absolver, tirar a culpa, inocentar, absolver da imputação do crime. Descriminalizar por sua vez, seria o contrário de criminalizar, de tornar criminal. Por decorrência, opta-se, aqui, pela palavra descriminalizar” [7].

No que tange a despenalização o mesmo autor afirma que “trata-se do ato de diminuir a pena de um delito sem descriminaliza-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter do ilícito penal” [8].

Partindo do assinalado supra, devemos partir para uma análise do texto legal. Primeiramente, devemos perceber que o Capítulo III, do título IV recebe a intitulação de “DOS CRIMES E DAS PENAS”. Seria, assim, inadmissível que considerássemos o uso ou posse uma conduta descriminalizada, uma vez que a prática incide exatamente em uma tipificação de acordo com o artigo 28 deste capítulo. Não há sentido em tratar de uma conduta lícita, descriminalizada em um capítulo que recebe essa denominação, seria no mínimo considerar um erro legislativo. O Tipo Penal presente nesta norma preceitua:

“Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Percebemos, assim, que a Lei 10.343 prevê de forma clara a possibilidade de tipificação destas condutas, determinando respectiva pena. Afasta-se assim, qualquer instabilidade no ordenamento juntamente com o princípio *nullum crimen nulla poena sine leges*. Como já afirmamos, a medida central da mudança é a exclusão de penas privativas de liberdade, além de uma determinação jurídica quanto ao tratamento, ou seja, invocando coativamente o infrator a comparecer a programas ou cursos educativos.

Cabe-nos a ressaltar que aquele produtor que tiver como fim somente o consumo pessoal da droga será punido conforme usuário.

Outra dificuldade que enfrenta o sistema judiciário, e a própria polícia, é quanto à determinação da destinação da droga. Não há meio eficaz para determinar quando uma droga é para uso pessoal ou para tráfico. A lei, assim como a anterior, preceitua que será analisado de acordo com a substância, bem como a quantidade. Não entendemos que sejam medidas eficientes, uma vez que o indivíduo assim como pode estar portando pequena quantidade para uma venda de baixo valor, poderia também adquirir um volume considerável para seu próprio consumo. Claro que essa medida conduz a uma liberdade para que continue havendo arbitrariedade da perícia policial.

3.2 - TRÁFICO

Quanto ao envolvimento com fins distintos de consumo pessoal, como já assinalado, a lei aparece como norma incriminadora, *lex gravior*. A nova lei incrimina inclusive a instigação, indução ou auxílio ao uso indevido que também é punido, com pena de um a três anos de detenção e multa. Desta forma, ainda que não tenha fins lucrativos, o envolvimento será mais duramente penalizado do que o uso.

A norma, ainda, indica que qualquer ação que utilize substâncias ilícitas deverá ter prévia autorização judicial, seja produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir. Desta forma, ainda que os fins sejam lícitos, o poder judiciário deverá punir de acordo com a lei, mesmo que seja para fins medicinais. Nestes casos, a pena prevista é de 3 a 10 anos de reclusão mais sua respectiva multa.

O agente direto, ou seja, aquele que fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas receberá pena de reclusão de 5 a 15

anos mais a respectiva multa. Aqui notamos traços da *lex gravior*. Na Lei 6369/76 havia determinação legal de 3 a 15 anos de reclusão, e a multa prevista na atual lei também se mostra mais elevada. Nota-se ainda que o fornecimento de maquinário, na lei revogada, recebia tratamento diferenciado do tráfico, e a pena cominada era de 3 a 10 anos. A lei se mostra ainda mais dura neste caso comparando-a com a lei atual.

A atual ordem normativa nos mostra sua face mais severa quando se trata dos verdadeiros chefes da organização de drogas. Os financiadores de qualquer dos crimes supra mencionados devem ser punidos com pena de 8 a 20 anos além de multa. Ou seja, a pena é pior até mesmo que o crime de homicídio, previsto no artigo 121 do CP, que prevê pena de 6 a 20 anos.

O que percebemos é que o poder legislativo compreendeu que deveria combater o problema no topo. Não adiantava mais punir os usuários e dependentes com pena privativa de liberdade para que tivessem mais contato ainda com o mundo ilícito. Decidiu-se, então, punir severamente os financiadores, produtores, vendedores, etc, pois esses são os verdadeiros criminosos que espalham entre nossos conhecidos, familiares, amigos os germens do problema. Aproveitando-se talvez de momentos de fraqueza, desespero, desesperança para enriquecer, acabando, assim, com vidas.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito aparece como verdadeira figura ressocializadora, e ao mesmo tempo como figura punitiva daqueles causadores de graves problemas sérios. Percebe-se que em toda história os punidos sempre eram aquelas partes frágeis do sistema, desta forma, quanto maior o porte criminal do infrator maior será a conseqüente pena.

Vale ressaltar que, assim como a Constituição, a lei prevê que o tráfico de entorpecentes e drogas afins será considerado inafiançável e insuscetíveis de graça. Mais uma demonstração de como a República Federativa do Brasil se mostra como real defensora da luta contra as drogas, longe de se parecer um país a caminho da liberalização ou descriminalização.

4.0 – RETROATIVIDADE DA NOVA LEI

De acordo com a análise sistemática do previsto diploma legal, percebemos que há pontos que se apresenta com uma *lex mitior*, e, outros, *lex gravior*. O princípio geral de leis criminais é a irretroatividade, ou seja, não é permitido que a lei retroaja para julgar ação ou omissão que tenha ocorrido sobre a vigência de lei anterior. Porém, a retroatividade é aceita quando a lei revogadora se apresenta como benéfica ao réu.

Conseqüentemente, haverá casos que esta mesmo ordem legislativa se apresentará como descriminalizante [9], e outros como incriminadora. Nosso posicionamento, bem como de Nelson Hungria [10], é que o juiz deverá aplicar os pontos mais brandos de todas as leis, revogadas e revogadoras, sob possibilidade de ferir o princípio constitucional da retroatividade da lei mais branda.

Há doutrinadores, porém, que concebem essa ação como criadora de uma nova lei, fazendo o poder judiciário se apresentar como verdadeiro poder legislativo. Data vênia, não parece esta ser a compreensão ideal. Um dos pressupostos básicos da lei é que ela seja geral. Essa aplicação seria restrita a um caso específico, não havendo nenhuma generalidade. O Juiz estaria utilizando seu poder de decisão em um caso concreto, e não oferecendo poder vinculante em relação a todos os julgados,

Como ressalta BITENCOURT, em caso de dúvidas a solução mais justa seria possibilitar a escolha ao réu, que será o sujeito mais adequado para decidir o que realmente será mais benéfico a si próprio.

Ademais, lembramos que a lei se encontra em estado de *vacatio legis*. A publicação de um diploma legislativo penal com determinação de *vacatio* inibe bastante a aplicação da lei de forma eficaz. Isto por que, um ato criminoso abordado pela lei neste período deveria ser julgado pela lei anterior, mas de qualquer forma não haveria sentido uma vez que os pontos benéficos seriam retroativos e, conseqüentemente, seria necessário novo julgamento, fazendo um dispêndio desnecessário de tempo processual e de fundos pecuniários governamentais.

É, neste sentido, que se apresenta FRANCO, “O efeito retroativo da norma penal benévola, determinado em nível constitucional, parte, portanto, da publicação da lei sucessiva ao fato criminoso, lei essa que está desde então, porque existente no mundo jurídico. Dotada de imediata eficácia e que não pode ser obstaculizada por nenhum outro motivo” [11]. Apesar da consciente afirmação, não concordamos que esta seja a medida mais adequada a se tomar. Não discordamos sob o aspecto da existência da lei no mundo jurídico, porém a existência não é fator o único determinante para que seja aplicável ao meio social, de forma que neste período é existente, mas se encontra em repouso. Enquanto não terminar a vacância não deverá ser aplicada. Concordamos, aliás, que o erro está no legislativo quando recorre a determinada medida a nível criminal, visto que medida mais eficiente seria na esfera cível, ou em quaisquer outros ramos do Direito. Não podemos desconsiderar que antes da prevista vigência, esta norma poderia ainda ser revogada. Considerá-la aplicável antes do término do previsto *vacatio*, é aplicar uma norma em certos casos que talvez nunca deveriam ter recebido tais tratamentos.

5.0 - CONCLUSÃO

Por fim, reafirmamos que concebemos a ordem legislativa como uma importante evolução do Direito Criminal em relação a drogas entorpecentes e psicotrópicas. Não devemos esquecer que a Lei nº 6368 de 1976 foi publicada sobre a égide de um governo fechado, repressor e ditatorial. A realidade brasileira é outra, não podemos continuar com diplomas não condizentes com a ordem constitucional vigente e com o regime governamental. Como já dizia REALE “O Direito é um fenômeno histórico-social sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo”. [12]

Desta forma, como objeto cultural que é, o Direito não pode se dar o privilégio de desprezar as variações sociais que ocorrem em sua volta, sob possibilidade de se tornar anacrônico e afastar-se de seu ponto principal, justiça, para se mostrar como meio de injustiças e ações ineficazes para controle social.

Concluindo, assim, a Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, nos parece bem atender a necessidades sociais da atualidade brasileira. Mostrando a face de uma política criminal de intervenção mínima e ao mesmo tempo severa em ações realmente anti-sociais.

[1] REALE Jr. Miguel, Instituições de Direito Penal: Parte Geral, volume I. 1 ed. Forense: Rio De Janeiro, 2002.

[2] MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 17 ed. Atlas: São Paulo, 2005, p.16

[3] MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal: Parte General. 5 ed. Reppertor: Barcelona, 1998, pgs. 64 e 65

[4] QUEIROZ, Paulo, Funções do Direito Penal, 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, pgs. 114 e 115

[5] TORRES, Érico de Oliveira Della. Juizados Especiais Criminais: Dosimetria e Eficácia da Transação Penal. Disponível em http://www.trinolex.com.br/artigos_view.asp?icaso=artigos&id=2670 - Acessado em 10/08/2006, às 12:29

[6] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas | Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2 Ed. Revista e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo:, 1997, p. 75

[7] COELHO, Edihermes Marques, Manual De Direito Penal, 1 ed. Juarez de Oliveira Ltda: São Paulo, 2003, p. 16

[8] COELHO, Edihermes Marques. Op. Cit., p.16

[9] O uso descriminalizante aqui representa o fato de que a lei seja mais benéfica e não que ela seja descriminalizadora em seu sentido formal.

[10] HUNGRIA, Nelson. Comentário ao Código Penal, volume 1, 27 ed. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1949, p. 112

[11] FRANCO, Alberto Silva. Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudência, 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p.48

[12] REALE, Miguel, Lições Preliminares do Direito. 27 ed. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 14

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2904/A-Nova-Lei-de-Toxicos-e-o-Ordenamento-Juridico-Brasileiro>
Acesso em: 30 jun. 2009.