

TÓXICOS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES PENAIS

LYCURGO DE CASTRO SANTOS

Promotor de Justiça

1. Legislação vigente — 2. Aspectos de política criminal — 3. A inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 6.368/76 — 4. A questão do tráfico ilícito de entorpecentes.

1. Legislação vigente

A Lei 6.368, de 21.10.76, cuida das medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes que determinam dependência física ou psíquica e dá outras providências.

O art. 12 da referida lei, com as modificações introduzidas pela Lei 8.072, de 25.7.90, que dispõe sobre os crimes hediondos, trata do tráfico ilícito de entorpecentes ou psicotrópicos e prevê uma pena de reclusão de três a quinze anos, assim como pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa. Já o art. 16 da Lei de Entorpecentes determina uma pena de detenção de seis meses a dois anos e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa a quem “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

A atual legislação, portanto, recria distintamente o tráfico e o uso de entorpecentes (embora o tipo penal do art. 16 anteriormente citado não incluía em sua formulação o verbo “usar”, é certo que requer que o agente adquira, guarde ou traga consigo a substância entorpecente “para uso próprio”). Con-

vém salientar que os dependentes de estupefacientes que praticarem qualquer infração penal em estado de inimputabilidade causada pela dependência, estarão sujeitos à medida de segurança (art. 19 e 29 da Lei de Entorpecentes). Por outro lado, o semi-imputável que praticar um crime qualquer em virtude da parcial capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, sofrerá pena porque o legislador o excluiu da sujeição à medida de segurança.

Por fim, no cap. II da Lei de Entorpecentes, está normatizado o tratamento aplicado a qualquer pessoa dependente de substâncias entorpecentes, independentemente do fato de que tenha ou não praticado crime, e esteja ou não sob medida de segurança ou cumprindo pena.

2. Aspectos de política criminal

Encontra-se demonstrado pelas diversas estatísticas a respeito do tema e pela própria experiência de quem tem os olhos abertos para a realidade social, que o Direito Penal é um meio pouco eficaz para o combate ao tráfico e uso de entorpecentes. Pode-se até defender a idéia, sem qualquer pretensão em fomentar a discussão sobre o fim deste ramo do Direito Público, que o in-

cremento da repressão penal ao comércio ilícito e ao uso de entorpecentes contribuiu, paradoxalmente, ao incremento do problema da droga na sociedade moderna.

Atualmente é comum associar o estupefaciente, em si, com uma série de comportamentos ilegais, como a formação de quadrilhas ou bandos, o tráfico ilegal de armas, o lenocínio, os crimes contra a propriedade, e outros. O tóxico é, para muitos, a força-motriz da criminalidade e, por esse aspecto principal, deve ser extirpado.

Esse entendimento, não obstante, revela uma errônea percepção acerca do que representa o tóxico na sociedade contemporânea.

Não se pode considerar, como ocorre muitas vezes, o mero usuário como um delinqüente comum (o autor de um furto por exemplo). É distinta a situação do toxicômano que apenas tem uma perspectiva diferente do que seja bem-estar (similar todavia, àqueles que tem o hábito do tabaco e do álcool), e não tem a vontade dirigida a lesionar ou colocar em perigo um bem jurídico, seja ele a saúde pública, senão incrementar o seu particular conceito de saúde. O usuário não está preocupado normalmente, com a vasta rede de narcotraficantes, com os bandos ou quadrilhas armados, com a corrupção de agentes policiais ou com qualquer outra circunstância que não seja aquele momento de prazer proporcionado pelo tóxico.

É preciso desmistificar também o falso entendimento de que a droga causa na pessoa uma modificação tal que por si só a conduz a praticar outros delitos, normalmente violentos. E por incrível que pareça, não é difícil encontrarmos cidadãos supostamente esclarecidos que não pensam duas vezes em afirmar que "Fulano matou e estuprou porque havia ingerido determinada quantidade de cocaína". É notório, por outro lado, nos meios científicos que a droga em si não

tem qualquer outro poder que estimular determinadas sensações em quem a ingere. Não se pode olvidar, sem embargo, que determinados sujeitos predispostos à violência tornam-se mais violentos eventualmente com o consumo de determinadas substâncias entorpecentes. Isso é distinto do que considerar a droga como um elemento causador da violência. Há que considerá-la, sim, como o álcool, por exemplo, como estimulante em determinados e muitos particulares casos.

Por fim, é de notável relevância o fato de que a penalização do tráfico e do consumo de entorpecentes propicia o surgimento de diversos crimes (o estupefaciente isoladamente considerado, como dissemos acima, não é um fator criminógeno). Toda a criminalidade que se acerca ao tráfico e ao consumo de drogas é motivada pela sua criminalização, na medida em que estigmatiza o consumidor e o vendedor de produtos que são apreciados por uma determinada parcela da população. O estigma arremata os indivíduos que o recebem do processo de desenvolvimento social, cria uma ordem distinta àquela estabelecida pelo Estado, pronta a confrontá-lo com qualquer ação criminal. Em outras palavras, a partir do processo de estigmatização penal, a delinqüência incrementa e deixa de ser um fator isolado para transformar-se em uma normalidade social sob o binômio incluídos/excluídos da ordem jurídico-social.

A par dessas considerações, impõem-se esclarecer outras falsas afirmações que ocorrem com certa frequência. A primeira delas diz respeito à falácia de que a droga leve supõe um trânsito em direção ao uso de drogas pesadas. Com acerto sustenta Gimbernat que não é o consumo anterior de *cannabis*, mas sim graves perturbações psicológicas preexistentes que explicam o passo ao consumo de substâncias extremamente pre-

judiciais à saúde como é o caso da heroína ou da morfina (cf. Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, p. 48).

O fato de que grande número de jovens que já provaram droga leve (há cifras que chegam a mencionar que 60 entre 100 jovens já usaram ao menos uma vez entorpecente considerado leve) não escalaram em direção ao uso de droga pesada indica que aquela falsa afirmação é desprovida de qualquer valor científico. Ademais, continua Gimbernat, o consumo juvenil de marijuana ou haxixe costuma ter um caráter transitório dentro do marco do processo de auto-afirmação frente ao mundo adulto e a estigmatização penal encerra o grave perigo de converter uma tragédia o que, sem a reação punitiva, não passaria de uma mera anedota (Enrique Gimbernat Ordeig, ob. cit., p. 48).

Por fim, não é despidendo salientar que muitos pensam ser a intervenção estatal o único meio de se conseguir eliminar o consumo de drogas em nossa sociedade. O primeiro erro em que incide quem defende tal postura está em que o entorpecente ou qualquer substância que produza dependência física ou psíquica (como o haxixe, a cocaína, o ópio e o álcool, por exemplo) nunca deixará de um modo ou de outro de fazer parte de uma cultura em determinado tempo e lugar. Veja-se que os índios que vivem nos andes mascam a folha de epadú, da qual se origina a cocaína; um grupo de muçulmanos que habitavam a antiga região da Pérsia, logo depois da morte do Profeta Maomé, utilizavam o haxixe em um rito conservado por milênios entre as tribos que ali viviam antes de guerrear e massacrar os oponentes à fé que defendiam, o que levou a qualificá-los de assassinos, relacionando a substância entorpecente que usavam com a matança que se produzia com grande intensidade. Outro exemplo significativo é o uso do álcool

na sociedade ocidental. Quando proibido seu comércio houve um incremento no consumo paralelamente ao aumento de comportamentos criminais que em torno ao tráfico ilícito se formavam (Lei Seca norte-americana nos anos 30).

Em conclusão, não se pode ignorar que o uso de derivados de *cannabis* e da *cocaína* (esta com menor frequência) fazem parte da sociedade em que vivemos, assim como o álcool e o tabaco (este teve nos últimos anos uma diminuição tremenda no consumo entre jovens americanos, como revelam as últimas pesquisas realizadas). A proibição do comércio de um ou de outro, assim como do seu uso, pelo instrumento penal, demonstra uma opção insatisfatória sobre todos os pontos de vista, uma verdadeira ingerência estatal no desenvolvimento normal da comunidade (que deve eleger o que quer para si), incompatível com os princípios que regem um Estado Democrático de Direito.

3. A inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 6.368/76

É inconstitucional o art. 16 da Lei de Entorpecentes frente à Constituição da República de 5.10.88? A resposta a essa pergunta, que atualmente se faz presente com certa regularidade nos Tribunais em nosso País deve, pela própria natureza, compreender uma análise de alguns princípios de Direito Constitucional.

O Estado Democrático em que se caracterizou o Estado Brasileiro guarda na Constituição que o admitiu uma série de valores objetivos que condicionam a sua própria existência. Já no preâmbulo da Carta Magna a sociedade pluralista se erige em um princípio fundamental. E no dizer de José Afonso da Silva, "... sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressi-

vas". (...) "Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos". (...) "O pluralismo — escreve J. Lacroix — implica o direito inalienável para o homem de pertencer a todas as comunidades de ordem moral, cultural, intelectual e espiritual, únicas que permitem o desenvolvimento da pessoa" (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 1990, pp. 127-128).

Reconhecer uma sociedade pluralista, em nosso entender, significa reconhecer em princípio um amadurecimento social em que os diversos grupos que a compõem, seja qual for a ideologia que defendem, devem ser respeitados e ter discutidas suas idéias por outros grupos indistintamente, num movimento constante em direção a um pleno desenvolvimento social e individual. Implica reconhecer uma integração em que os diversos grupos antagônicos ocupam no todo um papel conflitivo e funcional, enquanto, por outro lado, admitem os mesmos valores fundamentais que importam aos demais grupos e a própria existência e desenvolvimento da sociedade.

Desse modo, forçoso é reconhecer a inexistência de diferenças substanciais entre os que elegem determinados psicotrópicos permitidos e outros que optam por um entorpecente que é qualificado pela lei penal como proibido, de forma a justificar a intervenção do Direito Penal, como se estivéssemos frente a conflitos que colocassem em risco a própria ordem jurídica. Cumpre salientar, nesse passo, que a ingestão de derivados de *cannabis* não provoca maiores danos do que o uso de outras toleradas, como o álcool e o tabaco (c.f. Informe La Guardia nos Estados Unidos, Informe Callaghan, na Inglaterra e Congresso de 1979 da Sociedade Alemã de Investigação e Terapia da Drogod dependência).

Ora, desde que não existe um conflito entre esses grupos de apreciadores de substâncias entorpecentes proibidas e aqueles usuários de drogas permitidas de forma a comprometer a estrutura da sociedade pluralista, nada há a legitimar a criminalização do tráfico e do uso de algumas substâncias e outras não, que guardam entre si mais ou menos o mesmo poder nocivo à saúde (princípio da mínima intervenção do Direito Penal).

Essa idéia é reforçada por outros preceitos legais colhidos na Constituição da República. Com efeito, diz o art. 5.º da Carta Magna que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; garante o direito à igualdade, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Não há na atual Constituição da República qualquer restrição à igualdade que todos tem perante a lei, como havia na anterior em que se enumeravam as hipóteses de garantia constitucional (como por exemplo sexo, raça, trabalho, etc.). A observação de igualdade perante a lei há de ser, portanto, irrestrita: ao legislar ou aplicar a lei, tanto o legislador quanto o intérprete deverão tratar de forma igual aos iguais e de forma desigual aos desiguais. Na lição de Seabra Fagundes, citado por José Afonso da Silva, este princípio significa que "ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições — os mesmos ônus e as mesmas vantagens — situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades (José Afonso da Silva, ob.cit., p. 192).

Desse modo, cremos que ou o legislador proíbe a utilização de todos os tipos de estupefacientes que cientificamente comprovado prejudicam de maneira mais ou menos uniforme a saúde, ou permite o uso e o consumo de todos

aqueles que, de uma maneira ou de outra, provocam em quem os utiliza situações em certo grau equivalentes. O que não pode ocorrer, desde uma perspectiva penal, é uma diversidade de tratamento que comprometa seriamente esse princípio constitucional.

Por outro lado, o direito à privacidade como forma genérica de exprimir todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, contrapõe-se ao próprio enunciado do tipo penal inserido no art. 16 da Lei de Entorpecentes: "adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

A partir deste princípio questiona-se, por um lado, a legitimidade de agentes policiais em revistar um cidadão sob a suspeita de que traz consigo determinada quantidade de entorpecente para uso próprio. Não estaria o agente invadindo a intimidade do cidadão que, segundo René Ariel Dotti, citado por José Afonso da Silva, caracteriza-se por ser "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais"? (José Afonso da Silva, *ob.cit.*, p. 184). O direito da pessoa decidir aquilo que lhe parece melhor na esfera de sua vida privada, não sofreria um sério abalo? Se a Constituição da República tem por objetivo, com a garantia desse princípio, tutelar o segredo da vida privada e a liberdade da vida privada, estabelecendo que as pessoas podem ao mesmo tempo opor-se a que qualquer um saiba ou tome conhecimento acerca do conjunto de decisões próprias da vida interior, reservada, e também a que se diga quais os princípios de ordem moral devem regê-la, não seria uma afronta a revista (que só eventualmente se dá à margem da vista pública) e todo o processo criminal com a posterior condenação a esse magno princípio?

Pois bem, se para que seja respeitado o direito à privacidade é imprescindível que o indivíduo detenha ampla liberdade de realizar sua vida como melhor lhe pareça, não nos parece legítimo que se criminalize a conduta de adquirir, guardar ou trazer consigo, para consumo, determinada substância entorpecente.

Ademais, desde o ponto de vista individual, é questionável se uma substância entorpecente é nociva ou não a quem a ingere. O próprio conceito relativo de saúde pode levar um especialista a afirmar que o consumo de um tóxico determinado por determinado paciente lhe é altamente benéfico. E se cada um pode fazer com sua saúde e com sua vida o que melhor lhe convém (nesse aspecto nosso Código Penal é coerente com o princípio em tela, enquanto não tipifica nem o intento de suicídio nem a autolesão), tampouco pode o Estado invadir a vida privada do indivíduo para reprimir o uso de entorpecente.

A opção que faz um indivíduo pela utilização de um determinado tóxico não pode ser recriminada com fundamento na defesa de um bem jurídico, a saúde pública, cujo conceito carece de determinação exatamente quando pressupõe que a ingerência penal diminuirá o consumo e, em consequência, incrementará a qualidade de vida da população.

Na esteira dos princípios constitucionais mencionados, e guardando firme coerência com eles, a admissão do caráter fragmentário do Direito Penal, da sua intervenção mínima, que garanta ao mesmo tempo bens jurídicos inestimáveis à preservação e desenvolvimento da sociedade e o direito ao livre desenvolvimento da liberdade, refuta a idéia de constitucionalidade do art. 16 da Lei de Entorpecentes.

Por esses aspectos, estimamos que a Constituição da República, conquanto represente hoje não simples garantias do cidadão frente ao Estado, mas sim a

concreção de uma ordem objetiva de valores, derogou a norma penal contrária a ela, terminando *ipso iure* sua vigência pela inconstitucionalidade.

4. A questão do tráfico ilícito de entorpecentes

O enfoque penal destinado ao tráfico ilícito de entorpecentes difere substancialmente daquele dispensado ao uso de tóxicos, não obstante encontrarem pontos em comum na própria origem do problema.

Cumprido, em primeiro lugar, salientar que não cabe sustentar a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei de Entorpecentes, a exemplo do art. 16 deste diploma legal, vez que não se trata de impor preceitos constitucionais atinentes às garantias individuais frente a excessiva ingerência penal no âmbito dos direitos do cidadão. Não obstante, são necessárias críticas ao sistema adotado pelo legislador para reprimir e prevenir o comércio ilegal de estupefacientes.

Ainda que a Lei não o faça, urge diferenciar, desde já, o traficante mafioso, o vulgar e perigoso delinquente que se dedica a viver às custas do vício alheio e que se encontra à margem de todo o ordenamento jurídico, do traficante toxicômano que, em geral, situa-se no último escalão da cadeia comercial e vende droga apenas para sustentar seu vício. Situações distintas e que deveriam ser tratadas de maneira diferenciada pelo legislador, respeitando os princípios constitucionais anteriormente mencionados, lamentavelmente encontram-se consubstanciadas em uma única fórmula penal.

Não seria justo, a toda evidência, dar um tratamento igual àquele destinado ao traficante por profissão ao toxicômano que apenas circunstancialmente (e muitas vezes em situações de inimizabilidade) se predispõe ao comércio ilícito de drogas.

O marco da culpabilidade (a pena base atribuída ao tráfico ilícito de entorpecentes varia de três a quinze anos de reclusão e multa), alargado com a introdução da lei de crimes hediondos, não soluciona, todavia, a questão.

Não poucas vezes, o magistrado enfrenta um verdadeiro dilema: ou absolve um toxicômano traficante, não obstante haver praticado um fato típico, antijurídico e culpável, adentrando a via da falta de provas suficientes para a condenação, ou o condena a uma pena de três anos de reclusão a ser cumprida integralmente em regime fechado, além de multa, contrariando eventualmente postulados de justiça material.

Propõe Gimbernat, com acerto, que o traficante por ofício receba normalmente a sanção penal, enquanto o traficante circunstancial que pratica o comércio para sustentar seu vício sofra medida de segurança pós-delitual de tratamento hospitalar ou ambulatorio. Essa solução em nosso Direito Penal, todavia, requer estejam preenchidos todos os requisitos da inimputabilidade pelo agente, o que por muitas vezes é difícil de ocorrer em razão da própria conceituação deste estado prevista no art. 19 da Lei de Entorpecentes. Creemos que uma fórmula que avançaria em direção a uma solução para a questão seria, *de lege ferenda*, estabelecer a inimputabilidade para os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes com a simples constatação da dependência da droga.

Por fim, a idéia de legalização do comércio de estupefacientes nos parece, em princípio, uma solução razoável por diversos aspectos, considerando o Estado como entidade legitimada a exercer o comércio: a administração de entorpecentes baixo controle médico significaria que muitos acidentes por *overdose* poderiam ser evitados; a venda controlada de drogas em si, paralelamente ao esclarecimento massivo da população acerca das consequências nefastas do

seu uso — que certamente não ocorre no comércio ilícito — inibiria com toda certeza o excessivo consumo e resultaria em uma prevenção muito mais eficaz do que o recurso ao Direito Penal (veja-se a queda no consumo de tabaco verificada nos últimos anos, especialmente entre os jovens); a corrupção, o tráfico de armas, a formação de bandos e quadrilhas, os crimes contra o patrimônio, enfim, uma série de comportamentos criminais, atrelados ao tráfico ilícito, resultariam, senão eliminados, mais satisfatoriamente prevenidos.

O comércio legalizado, todavia, apresenta pelo menos três inconvenientes que não nos permite defendê-lo, por hora: a imaturidade do corpo social para aceitar e conviver com um Estado que, de certo modo, estaria favorecendo a generalização do consumo de substâncias nocivas; o contexto internacional que produziu a aliança de diversos Países, entre os quais o Brasil, no combate ao narcotráfico, não permite o abandono aos compromissos externos, sob pena de estar favorecendo o que se transformou numa das maiores redes de comércio ilegal do mundo; a estrutura econômica

do País não permite dispor de uma distribuição de estupefacientes que assegure a qualidade do produto e uma pronta assistência médica, ao mesmo tempo em que esclareça a população acerca dos males que provoca o uso do tóxico.

Entendemos, todavia, que a proposta de Gimbernat poderia significar uma via para amainar o problema. O citado autor distingue o tráfico de drogas leves e tráfico de drogas pesadas: para as primeiras, considerando a pouca nocividade, o ilícito administrativo deveria ser o meio adequado a evitar a difusão de uma droga que, embora não seja mais nociva do que o álcool ou o tabaco, não deve ter favorecida a sua generalização pelo Estado; para as segundas, o recurso ao Direito Penal se apresenta como satisfatório (Enrique Gimbernat Ordeig, ob.cit. pp. 49-50).

Seguimos entendendo, todavia, que a legitimidade do Estado na questão de drogas está em informar suficientemente a população acerca dos malefícios por elas causados para que todos possam, com responsabilidade, eleger o caminho a seguir.