

Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço

Cristiano Avila **MARONNA**

Advogado

MARONNA, Cristiano Ávila. *Nova lei de drogas : retrocesso travestido de avanço*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.167, p. 4, out. 2006.

A nova lei de drogas adota orientação político criminal de caráter dúplice: de um lado, a prevenção para o uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes; de outro, inclemente repressão ao tráfico.

A nova lei transita no fio da navalha, entre a cruz e a caldeirinha, tentando equilibrar os pratos da prevenção e da repressão: afirma o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade, compromete-se com a diversidade e com uma abordagem multidisciplinar, reconhece a necessidade de equilíbrio, a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso e da repressão à produção e ao tráfico. Nada obstante o discurso conciliatório, o pendor repressivo da Lei nº 11.343/06 é inegável e reafirma a opção do legislador pelo alargamento do campo punitivo.

O novo diploma legal, nesse passo, possui duas marcas distintivas:

1) sanciona a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte, o porte, o semeio, o cultivo e a colheita para consumo pessoal com sanções não privativas de liberdade.

2) agrava a repressão ao tráfico e à produção não autorizada, inclusive com a criação de novas figuras típicas, como o informante colaborador do tráfico (reclusão de 2 a 6 anos) e o financiador do tráfico (reclusão de 8 a 20 anos), majorando a pena mínima do tráfico e figuras equiparadas de 3 para 5 anos de reclusão, vedando ainda fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Há quem sustente ter optado a nova lei pela não incriminação do porte para consumo pessoal ao argumento de que a Lei de Introdução ao Código Penal apenas considera 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.

Com a devida vênia, a não cominação de pena de reclusão ou detenção ao porte para consumo pessoal não desnatura o indiscutível caráter penal da norma em questão, malgrado a proibição de incriminação de condutas que não excedem o âmbito do próprio autor. Afinal, a natureza da sanção não possui o condão de determinar, de *per se*, se uma determinada conduta é ou não criminosa, especialmente quando tal conduta está prevista no capítulo da lei que trata dos crimes e das penas. Além disso, o inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, **entre outras**, a privação ou restrição da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. A locução “entre outras” deixa evidente que o rol é meramente exemplificativo. Continua sendo, portanto, o porte para uso próprio uma infração penal de menor potencial ofensivo.

No que diz respeito à previsão de sanções alternativas à prisão, no caso de porte para uso próprio, em que pese louvável por ser dos males o menor, na prática não representa nenhuma novidade em comparação à legislação anterior, que já permitia a transação penal e também a aplicação de substitutivos penais em caso de condenação definitiva (*sursis* e penas restritivas de direitos, exceto no caso de reincidência em crime doloso).

Já o exacerbamento punitivo patrocinado pela nova lei de drogas em relação ao tráfico representa uma significativa mudança. Desde a edição da malsinada Lei dos Crimes Hediondos e, posteriormente, com o advento da 9.714/98, estabeleceu-se um acerbo debate no meio jurídico a respeito da possibilidade de aplicação dos substitutivos penais (*sursis* e penas restritivas de direito) em relação ao tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo e

submetido, portanto, ao regime jurídico estabelecido pela Lei nº 8.072/90. Após muita polêmica e não poucas hesitações, o Supremo Tribunal Federal entendeu admissível a aplicação dos substitutivos penais aos crimes hediondos e equiparados.

Dois julgados em especial foram fundamentais para a pacificação da matéria: HC nº 84.414/SP (STF, 1ª T., rel. **Marco Aurélio**, v.u., j. 14.09.04), onde se decidiu pela possibilidade da aplicação da suspensão condicional da pena (art. 77 do CP) aos crimes hediondos e equiparados, desde que presentes os requisitos legais, tendo em vista a ausência de vedação expressa, bem como a inexistência de incompatibilidade *a priori*, e, posteriormente, HC nº 84.928 (STF, 1ª T., rel. **Cezar Peluso**, v.u., j. 27.09.05), onde se entendeu não haver óbice à aplicação da regra do art. 44 do CP, tendo em vista que a Lei nº 8.072/90, embora determine o regime integralmente fechado, não proibiu sua substituição por pena restritiva de direitos, não sendo pertinente cogitar-se do regime prisional de execução como obstáculo à substituição. Além do mais, a Lei nº 9.714/98, posterior à Lei nº 8.072/90, ao ampliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não vedou sua aplicação aos crimes hediondos e equiparados.

Sérgio Salomão Shecaira, um dos primeiros doutrinadores a defender a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de tráfico de drogas, anotou com precisão que *“nem toda conduta descrita no artigo 12 da Lei de Tóxicos há de ser considerada ‘hedionda’”, cabendo “ao magistrado, como observa com sensibilidade o procurador de Justiça Mário de Magalhães Papaterra Limongi, ‘distinguir entre quem é verdadeiramente perigoso e quem apenas é uma pequena peça desta estrutura podre’*” (*“Mudança de mentalidade”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 27, jul./set. 1999, pp. 353/354).

Nada obstante, a nova lei de drogas, ao majorar a pena mínima do tráfico e figuras equiparadas de 3 para 5 anos de reclusão, adotou a privação da liberdade como única sanção possível, impedindo expressamente a substituição por pena restritiva de direitos (art. 33, § 4º). O legislador, uma vez mais, apresenta um voto de desconfiança em relação ao juiz criminal, reduzindo acentuadamente o âmbito da individualização da pena.

O novel diploma, como se vê, segue o ideário da *war on drugs*. Nem mesmo o colapso do sistema prisional arrefeceu o ímpeto punitivo do legislador pátrio, para quem a sensação de insegurança causada pelo crime (e muito especialmente pelo “problema” das drogas ilícitas) deve ser combatida com ordem, disciplina e punição sem quartel. Encarceramento em massa. Prisão processual obrigatória. Penas longas. Tolerância zero.

O proibicionismo triunfou novamente e talvez seja uma das raras unanimidades planetárias, da direita à esquerda, do centro à periferia, da ditadura à democracia. Nesse contexto, a nova lei de drogas representa mais do mesmo: a opção pelo modelo proibicionista e sua política criminal bélica, com derramamento de sangue.

No que tem de essencial, portanto, a Lei nº 11.343/06 é draconiana. O alardeado abrandamento do tratamento dado ao porte para consumo pessoal é, na verdade, uma cortina de fumaça com o objetivo de contrabalançar o agravamento da punição ao tráfico. No entanto, somente será possível encontrar uma solução racional e eficaz para ambas as questões fora da proibição, pois, conforme a lição que se pode extrair da Lei Seca que proibiu o álcool nos EUA entre 1919 e 1933 (*Volstead Act*), é melhor, mais eficiente e razoável tentar controlar e prevenir do que proibir e reprimir.

Cristiano Avila Maronna
Advogado