

## NOVA POLÍTICA PENAL EM FACE DO TRÁFICO DE DROGAS

Antonio Evaristo de Moraes Filho

Para discorrer sobre uma nova política, em matéria de enfrentamento do tráfico de drogas, é imprescindível analisar, antes de tudo, as diretrizes genéricas, recomendadas pelo movimento de reforma das leis penais, desencadeado em vários países, nos últimos quarenta anos.

Em essência, o comércio ilícito de tóxicos se insere num painel mais amplo, constituindo um dos setores, talvez o mais transcendente, do crime organizado (Raul Cervini, "Crime Organizado", 1995,p.201) que tem, entre outras características, a contínua busca de poder e ganhos cada vez mais elevados, e o permanente recrutamento de pessoas, em geral adolescentes ou adultos jovens, para atuar nas trincheiras avançadas, executando diretamente a venda das drogas aos consumidores.

Sobretudo em face deste último aspecto, a Política Criminal, que hoje exerce influência basilar sobre o Direito Penal, com reflexos acentuados na dogmática, tem dirigido sua atenção para a procura de meios visando proteger os seres mais vulneráveis do corpo social, da sedução de buscar na atividade criminosa o atalho para a satisfação de suas necessidades, elementares ou supérfluas.

A solução mais simplista e antiga, que até hoje costuma galvanizar a simpatia da coletividade, é o uso da dissuasão pelo endurecimento das sanções criminais.

Assim, sempre que a opinião pública é traumatizada, mormente por notícias sobre a prática de crimes contra o patrimônio cometidos mediante violência, surgem segmentos advogando a premência de uma reforma das leis penais, cuja suposta brandura seria a principal responsável pela ascensão do número de tais delitos.

Nos tempos atuais ocorre no Brasil este clamor pelo endurecimento das normas, inobstante nosso Código Penal, com as modificações introduzidas pela denominada "Lei dos Crimes Hediondos", encontrar-se entre os mais severos do mundo, com sanções que chegam a trinta anos de reclusão, somente superadas nas legislações dos países que admitem a pena de morte ou a prisão perpétua.

De passagem, e sem desejar aprofundar-me no tema, gostaria de trazer a lume os números mais recentes que disponho, que vão até janeiro de 1994, sobre os índices de criminalidade nos Estados Unidos, notadamente em relação ao homicídio. Como é sabido, em 1976, a Suprema Corte norte-americana reconsiderou seu entendimento anterior, passando a admitir que os estados membros voltassem a incluir a pena de morte no rol das sanções, sem que isto representasse ofensa à Constituição Federal.

Desde então, as estatísticas revelam dados que desautorizam proclamar a alegada eficácia da sanção extrema, como importante fator dissuasório da prática de crimes contra a vida. Em vários estados, entre eles Arizona, Texas e Louisiana, apesar de reimplantada a pena de morte, o volume de homicídios aumentou, sendo estes dois últimos os recordistas em execuções. Já em outros estados, como Michigan e Havaí, houve diminuição do número de homicídios, apesar de não terem optado pela adoção do suplício máximo, observando-se que no Havaí ocorreram 44 crimes de morte em 1990 contra apenas 12 em 1991, o que traduz um decréscimo de 73%.

Estes percentuais confirmam a sábia advertência de Montesquieu, formulada há mais de duzentos anos, no "Espírito das Leis", no sentido de que a maior responsável pelo esgarçamento do sistema repressivo é a "impunidade dos crimes e não a moderação das penas" (apud René Ariel Dotti, "Alternativas à Pena de Prisão", Anais, org. Julita Lemgruber, 1994, p. 75). Sobre o tema, vale registrar as ponderações de Hassemer e Muñoz Conde, ao lembrarem que a pessoa, quando comete um delito, "lo hace pensando en no ser descubierta", motivo pelo qual não leva muito em consideração a maior ou menor gravidade da sanção ("Introducción a la Criminología y al Dececho Penal", 1989, p. 160).

\* \* \*

É, portanto, uma ilusão, sobretudo no Brasil, acreditar-se em panacéias tais como o agravamento das reprimendas ou a pena de morte, mesmo porque não logramos, ainda, fazer com que os autores da maior parte das extorsões mediante sequestro ou dos roubos a mão armada, ou que os grandes traficantes de tóxicos, sejam submetidos às sanções rigorosas que já se encontram no Código. E isto acontece porque, simplesmente, não conseguimos sequer descobrir a identidade dos responsáveis pelos crimes, para poder puni-los. Por certo, esta impunidade, e não a pretensa doçura de nossas leis, tem sido um grande estímulo para a prática dos delitos, que tanto inquietam o corpo social.

Além disto, ao se cogitar de reformulações no sistema punitivo, não podem ser preteridas as diretrizes traçadas pelos mais respeitados especialistas, a partir das constatações a que chegaram, ao cabo de quase dois séculos de experiência, durante a qual a pena de prisão foi o instrumento básico no combate à criminalidade.

As reflexões dos estudiosos, nestes últimos decênios, conduziram à necessidade de operar-se uma reforma, visando alcançar-se, acima de tudo, a humanização do Direito Penal (Hans-Heinrich Jescheck, "Reforma del Derecho Penal en Alemania", ed. arg., 1976, p. 21).

E a preocupação central da reforma tem gravitado em torno da função e das finalidades da pena (Miguel Bajo Fernandes, "Pensamiento Penal Moderno", obra coletiva, Colombia, 1991, p. 65), pois a grande questão, nesta matéria, é decidir-se o que fazer com o ser humano que, comprovadamente, praticou uma ação típica, antijurídica e culpável, ou seja, o que fazer com a pessoa que cometeu um crime.

As investigações criminológicas, de forma quase unânime, concluíram pela baixa eficácia da prisão como resposta principal para a maior parte dos delitos. Apesar disto, a coletividade vem sendo mantida na ilusão quanto às virtudes das penitenciárias e do próprio Direito Penal. Através de diversas manobras, seu olhar é desviado da "crise estrutural política e econômica", onde se encontra, realmente, a mais importante raiz do problema dos crimes convencionais praticados com finalidade de ganho patrimonial (Raul Cervini, "Los Procesos de Decriminalización", 1992, p. 69).

Aliás, para quem tiver dúvida sobre a íntima conexão entre crises econômicas e o incremento de delitos, basta atentar para o recente exemplo da Inglaterra. Depois dos anos de thatcherismo, com sua fórmula mágica da liberalização radical da economia, as sequelas foram a recessão e o alto índice de desemprego.

Com isto, ocorreu "um aumento espetacular da criminalidade". Os delitos contra o patrimônio "foram os que apresentaram índices mais expressivos de crescimento". De assinalar-se que "uma pesquisa encomendada pelo

Ministério do Interior britânico, sobre população carcerária", concluiu "que a maioria esmagadora dos presos era originária das camadas mais pobres da sociedade" (JB, 19/12/91).

Ainda recentemente, Nelson Franco Jobim, correspondente do "Jornal do Brasil" em Londres, noticiou uma pesquisa do conceituado "Instituto Mori", mostrando que "os britânicos perderam a confiança no futuro", sendo registrado "o aumento da pobreza, a insegurança no trabalho, a concentração de renda e a mudança nos padrões familiares", enquanto, paralelamente, segundo Roger Singleton, diretor do referido Instituto, "a criminalidade, o abuso de drogas e o analfabetismo cresceram e são resultados da pobreza e do desemprego". Em face disto, Donald Dewar, Ministro da Seguridade Social do governo paralelo trabalhista, conclui que "o crescimento da desigualdade e da exclusão social", talvez decorram dos 16 anos de thatcherismo (JB, 15/06/95).

Aliás, sobre o tema, no último mês de maio, do corente ano de 1995, realizou-se no Cairo o IX Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, tendo um dos documentos preparatórios do conclave sublinhado estar

"mais do que provado que a criminalidade é maior nas sociedades em que há pior distribuição de renda e onde são grandes as disparidades no acesso à educação, ao emprego, aos cuidados com a saúde e à cultura".

\* \* \*

Num reconhecimento explícito dos estreitos vínculos entre certa espécie de criminalidade e as mazelas da própria estrutura social, a denominada co-culpabilidade vem se tornando um dos temas mais atuais em matéria de individualização da pena, de modo que apreciável parcela dos estudiosos entende que se deve correlacionar a responsabilidade do acusado a "uma responsabilidade geral do estado que lhe vai impor a pena", fazendo "sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu" (Nilo Batista "Introdução Crítica do Direito Penal Brasileiro", 1990, p. 105).

Assim, quanto menor o espaço social - vale dizer, oportunidades no campo da educação, saúde, trabalho, etc. - que tenha sido concedido ao infrator da lei penal, menos intensa será sua culpabilidade, porque, no dizer de Zaffaroni, "la carga de reproche que deve restarsele a quien padece de una carencia social, debe cargala la sociedad que motiva esa carencia y no lo carenciado que no puede proveer a su superación" ("Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina", Informe Final, 1986, p. 59). Neste sentido o mestre colombiano Perez Pinzón arrola entre as diretivas relacionadas com a aplicação da lei penal o "principio de exigibilidad

social", pelo que deve o juiz ter em conta, ao individualizar a pena, "los criterios de valoracion del espacio de alternativas comportamentales disponibles para el hombre protagonista de la situacion problematica" ("Pensamiento Penal Moderno", cit. p.147). Sobre a matéria, as formulações pioneiras devem-se a Alessandro Baratta, para quem a responsabilidade penal há de observar diversos limites, dentre eles os ditados pelo "principio de la exigibilidad social del comportamiento alternativo", por força do qual impõe-se a fixação de "criterios para la evaluación del espacio de alternativas de conducta a disposición del sujeto" (apud Raul Cervini, "Los Procesos", cit., p. 84).

\* \* \*

Mas, voltando à explanação sobre o movimento internacional de reforma do Direito Penal, desencadeado nos últimos quarenta anos, cabe lembrar que a grande preocupação dos especialistas cifra-se na busca do tratamento que o Estado e a sociedade devam dar ao delinqüente (Jescheck, "Tratado", ed. esp., trad. 4ª ed. alemã, 1993, p. 677), tema que se tornou extremamente relevante em face da constatada falência do principal instrumento até hoje usado: a pena de prisão.

Em outubro do ano passado(1994), no Estado do Rio de Janeiro, realizou-se a "1ª Conferência sobre Alternativas à Pena de Prisão", organizada pela socióloga Julita Lemgruber, professora que reúne o conhecimento teórico à larga experiência adquirida no exercício de diversos cargos de direção no sistema penitenciário. No conclave foram colhidos preciosos informes de técnicos estrangeiros, todos assinalando a necessidade de encontrar-se uma sanção, diversa do encarceramento, para os autores de crimes menos graves (vide "Alternativas à Pena de Prisão - Anais", Sec. Justiça, Est. Rio de Janeiro, 1994).

Traduzindo o entendimento dos demais palestrantes, a publicista inglesa Vivien Stern, Secretária Geral da "Penal Reform Internacional" (PRI), enfatizou textualmente:

"Devemos aceitar a evidência acumulada em todo o mundo de que a prisão não cura criminosos. Há, de fato, evidências em de-masia que apontam, justamente, para o con-trário: a prisão torna as pessoas piores. Pode torná-las piores porque reforça suas tendências para a violência e criminalidade, e pode torna-las piores porque se deterio-ram de tal forma que, ao sair da prisão, o re-torno ao crime é, frequentemente, a única alternativa para conseguirem algum dinhei-ro" ("Anais", cit., p. 19).

E o corpo de delito deste fracasso do regime prisional está no índice de reincidência: "de todos os jovens, na Inglaterra, com menos de 21 anos de idade que deixaram a prisão em 1987, quase 75% foram condenados por novo crime no espaço de dois anos" (ibidem).

Em face disto, agora em 1991, no Reino Unido, foi promulgada importante reforma penal, incorporada no Criminal Justice Act, que estabeleceu uma diretriz para os magistrados no sentido de que "ninguém deve ser enviado para a prisão, a menos que o juiz considere a infração cometida tão séria, que apenas a privação de liberdade seja capaz de proteger o público do dano que poderia ser causado pelo infrator" ("Anais", cit. p. 21).

Esta diretriz consubstancia uma das tônicas do movimento denominado Direito Penal Mínimo, que se assenta no caráter subsidiário do Direito Penal, cujos instrumentos têm uma alta capacidade deletéria, razão porque somente devem ser usados para reprimir as infrações normativas mais graves, e quando não forem suficientes outros remédios de natureza civil, administrativa, disciplinar, etc. (Hassemer - Muñoz Conde, ob. cit. pgs. 71 e 116).

Os principais corolários desta corrente de pensamento são a descriminalização e a despenalização. A primeira significa retirar do elenco dos delitos aquelas condutas, mesmo as ilícitas, que possam ser objeto de outro tipo de tratamento, que não a pena criminal. Já a despenalização abrange "todas las formas de atenuación dentro del sistema penal", entre elas a substituição das "penas de prisión por sanciones con menores efectos negativos o secundarios, tales como multas, sistemas de la prueba, trabajos obligatorios, entre otras" ("Decriminalización", ed. arg., 1987, p. 23). Por exemplo, na Inglaterra, "atualmente, apenas 10 ou 12% das pessoas que passam pelos tribunais recebem uma pena privativa da liberdade", eis que as restantes 90 ou 88%, quando não absolvidas, são condenadas ao cumprimento de sanções diversas da privativa da liberdade (Vivien Stern, "Anais", cit. pgs. 85/6)

Em meu entender, no atual estágio da trajetória do Direito Penal, a busca de alternativas à pena de prisão, nos casos de infrações menos graves, tem maior relevo do que uma abolitio criminis massiva, de todo contra-indicada em face do volume expressivo de condutas ilícitas de marcante caráter danoso.

\* \* \*

Passando-se à análise do panorama criminal brasileiro, à luz das diretrizes das reformas que prevalecem no mundo, conclui-se, de início, que a superlotação de nossos cárceres se deve, em grande parte, à circunstância de lá se encontrarem trancafiados milhares de seres humanos que poderiam estar em liberdade, cumprindo penas alternativas. Isto sem falar nos que já fizeram, de há muito, jus a livramento condicional, ou à progressão para o regime aberto, mas cujos processos encontram-se pendentes de julgamento,

quase perdidos na morosa, insensível e perversa burocracia judiciária.

Na palestra proferida, durante a Conferência que organizou, Julita Lemgruber deu notícia de que 50% dos presos do Sistema Penal do Rio de Janeiro são pequenos traficantes de tóxicos ou pessoas condenadas por crimes não graves/ou violentos, sobre quem o encarceramento exerce um efeito deletério intenso ("Anais", cit. p. 42).

Assim, uma primeira iniciativa prática, harmonizada com o espírito da reforma que os especialistas preconizam, seria estender-se o benefício da suspensão condicional da pena para os condenados até quatro anos, aos invés dos atuais dois anos previstos no art. 77 de nosso Código. Com isto, muitos sentenciados que se encontram no cárcere, cumprindo penas por crimes contra o patrimônio, praticados sem o emprego de violência, ganhariam a liberdade, obviando, por outro lado, o problema a superpopulação nas penitenciárias.

Sobre esta matéria seria pertinente registrar o exemplo da Costa Rica. Em 1992, o ILANUD ("Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente") constituiu um grupo de trabalho, do qual tive a honra de participar, com a incumbência de manifestar-se sobre as "reformas al Sistema de Penas del Código Penal de Costa Rica y Redación de un Proyecto de Ley de Ejecución Penal".

O texto original dos anteprojetos foi concebido a partir de idéias formuladas pelo emérito prof. Eugenio Raul Zaffaroni, então Diretor Geral do ILANUD.

Um dos pontos fundamentais da reforma estava, justamente, na adoção de diversas modalidades de penas alternativas, em substituição à privativa da liberdade. Ao lado das já conhecidas penas pecuniárias, de prestação de serviços à comunidade e de detenção de fim de semana, foram alvitradas algumas outras como "limitación de residencia", "prohibición de residencia", "arresto domiciliário", "cumplimiento de instrucciones", "multa reparatoria", "admonestación", "caución de no ofender", além da suspensão condicional da pena e de suspensão do próprio processo. Aliás, esta última alternativa - suspensão do processo - acaba de ser adotada no Brasil, com a sanção da lei que criou os Juizados Especiais (Lei nº 9.099, 26/09/95), a qual se embasou, no ponto, em sugestão formulada pelo eminente Prof. Weber Martins Batista, titular da cadeira de Processo Penal, de nossa Faculdade de Direito da UERJ.

O anteprojeto de autoria de ZAFFARONI pretendia beneficiar com as sanções e medidas alternativas os condenados até três anos. No parecer que elaborei, propus um alargamento do benefício para os sentenciados até

quatro anos, sendo que os penalistas costariquenses, integrantes do grupo de trabalho (profs. Carlos Francisco Alvarado, Jose Manoel Arroyo e Alfredo Chirino) foram além, sugerindo um patamar de cinco anos. Destarte, se a proposta vier da ser aprovada pelo legislativo da Costa Rica, somente por exceção as pessoas condenadas até cinco anos cumprirão, efetivamente, a pena privativa da liberdade.

\* \* \*

Fixados os pontos característicos da reforma penal que vem sendo empreendida em vários países, vejamos como enquadrar uma nova política de drogas dentro deste contexto.

A legislação brasileira (Lei nº 6368), extremamente avançada para a época, data de 1976. Naquele tempo, a droga mais consumida, entre nós, era a maconha, e não existiam quadrilhas, portando armas de alto poder de fogo, manipulando milhões de dólares e ocupando espaços territoriais na exploração do comércio da cocaína. Além disto, a dicotomia simplista traficante/usuário adotada pela lei, com o tratamento linear: cadeia para o primeiro e "sursis" para o último-não mais reflete a realidade de hoje, com suas múltiplas facetas, a exigir uma resposta penal diferenciada para os diversos personagens que se envolvem, até culposamente, neste mundo dos entorpecentes.

Mas, acima de tudo, não podemos, em 1995, continuar ignorando que, em 19 de dezembro de 1988, foi aprovada, em Viena, a nova Convenção das Nações Unidas "contre le trafic illicite de stupefiants et de substances psychotropes" a qual, ao lado da Diretiva 91/308 do Conselho das Comunidades Européias, provocou mudanças na legislação de inúmeros países. Na França, por exemplo, foi editada, em 12 de julho de 1990, a Lei nº 90-614, estabelecendo severas punições para as instituições financeiras e congêneres que facilitassem o branqueamento de capitais provenientes do tráfico de drogas, prevendo sanções, inclusive, para comportamentos omissivos, como o deixar de comunicar à autoridade pública competente a existência de depósitos que pareçam provenientes "du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles" (Lei cit., art. 3º, inciso 1). O mesmo ocorreu na Espanha, com a promulgação da Lei nº 19, de 28 de dezembro de 1993.

Na realidade, a Convenção de Viena constituiu uma "verdadera revolución", se comparada com os pactos internacionais precedentes (Édgar Saavedra Rojas y Rosa Del Olmo, "La Convención de Viena y el Narcotráfico", p. 4,1991). Este diploma contemplou "una serie de formas sancionatorias novedosas", pois os Estados que firmaram o documento se capacitaram de que "la forma de represión tradicional no solo no era suficiente para detener el narcotráfico, sino que, por el contrario, demostraba



un auténtico fracaso". Assim, decidiram enfocar "la persecución tanto contra las sustancias estupefacientes y sicotrópicas como también contra aquellas que son empleadas en los procesos de producción", e também dirigiram o enfoque repressor no sentido de "decomisar y perseguir el producto y los bienes derivados de este criminal comercio", a par de "poner em movimineto una vasta y universal red de maquinaria judicial", numa "ayuda judicial reciproca" ( ibidem, p. 5).

O Brasil esteve presente a esta Convenção de Viena de 20 de dezembro de 1988, e nosso Congresso aprovou o texto do documento internacional, através do Decreto Legislativo n.162/91, a que se seguiu a promulgação pelo Decreto Presidencial n.154, de 26 de junho de 1991. Entretanto permanece, até hoje, intocada nossa legislação sobre drogas, apesar de o Ministério da Justiça haver nomeado, em 1988, uma comissão, presidida pelo ilustre professor Rogério Lauria Tucci, da qual tive a honra de participar, com a incumbência de elaborar o anteprojeto de uma nova Lei de Tóxicos. Depois de mais de um ano de trabalho, a Comissão apresentou, em maio de 1989, um anteprojeto integral, com sessenta e quatro artigos, mas tudo indica que os papéis se perderam, em Brasília, nos desvãos do majestoso palácio do Ministério.

Inspirado em conclusões a que chegou a Comissão Tucci , e à luz dos Anais da recente Conferência sobre alternativas à pena de prisão, gostaria de insistir em algumas propostas, todas afinadas com o relevante movimento da reforma penal, que se alimenta nas diretrizes traçadas pela Política Criminal.

\* \* \*

Em primeiro lugar, surge o problema do usuário, com as diversas alternativas: aprisionamento efetivo; concessão do "sursis" para os primários; imposição de penas alternativas; descriminação, acompanhada de sanções administrativas ou liberação, pura e simples, do uso de drogas, sem qualquer reprimenda estatal.

A lei brasileira vigente optou por uma pena de seis meses a dois anos de detenção e multa (art. 16, Lei nº 6368/76), o que abre a possibilidade do "sursis" para os primários. Esta solução representou, na época, uma conquista, pois o sistema anterior implicava recolhimento do usuário ao cárcere, obrigando os juízes mais arejados a incríveis exercícios de imaginação, para encontrar o caminho da absolvição "por insuficiência de provas" (art. 281, § 1º, III, do Cod. Penal, redação da Lei nº 5.726/71).

Creio, porém, que o critério vigente envolve o grave risco de mandar para a prisão o reincidente no porte de drogas para seu próprio uso. Aquele que já sofreu uma condenação, e não se deixou sensibilizar com a advertência do "sursis", e tornou a ser preso pelo mencionado art. 16, revela-se mais um

dependente, do que um infrator a merecer o cumprimento efetivo da pena privativa da liberdade. Por ocasião da Conferência organizada pela prof<sup>a</sup>. Lemgruber, à qual tantas vezes já nos reportamos, o magistrado paulista Luiz Flávio Gomes, em sua palestra, ao recriminar o comportamento de seus colegas que se obstinam em não aplicar tão somente a pena de multa para os usuários sem antecedentes, questionou:

"Pergunto, alguém que porte uma droga para uso próprio (...) deve ir para a cadeia? Hoje, pela manhã, dizia aqui um professor norte-americano: a cadeia é a escola do crime. Aí é que ele vai provavelmente transformar-se de usuário em traficante. A cadeia é, evidentemente, o lugar mais impróprio para o usuário de droga. O sistema penal é nefasto, nestes casos" ("Anais", cit., p. 60).

Aliás, a Convenção de Viena, embora recomende a criminalização da posse do entorpecente, mesmo quando "para consumo pessoal" (art. 3, § 2º), admite a substituição da pena privativa da liberdade por "medidas de tratamento, educação, acompanhamento posterior, realiberação ou reintegração social do delinquente" (art. 3, § 4º, "d"). A criminóloga Rosa Del Olmo considera a adoção de medidas alternativas como verdadeira "posibilidad de que el consumo no sea considerado como delito penal (ob.cit.p.94).

Assim, em face da manifesta inconveniência do encarceramento dos usuários de drogas, emerge a questão que vem avultando de importância: a descriminalização.

Ao contrário do que se possa supor, as denominadas propostas liberalizadoras têm adeptos da maior respeitabilidade, a ponto de existir no Parlamento Europeu um movimento dirigido a repensar las drogas e abandonar o sistema de prohibición total (J.L. de la Cuesta Arzamendi, "Fascículos de Ciências Penais", ano 3, v. 3, nº 2, 1990, pgs. 54 e segs.). O próprio Conselho da Europa, em Recomendação datada de 1984, embora mantendo uma postura de repressão penal ao tráfico de drogas, admite a existência de "grandes divergencias en lo que respecta al enfoque represivo", notadamente em relação ao uso abusivo de tóxicos (Antonio Beristain, "Fascículos", cit., p. 111).

De minha parte, sem aprofundar-me na análise da conveniência, ou não, da proposta de descriminalização, pura e simples, do portador de tóxicos para uso próprio, gostaria de registrar que não estou convencido do proveito social decorrente de uma liberação radical, ainda que das denominadas drogas leves, como a maconha.

Em primeiro lugar, teríamos, no Brasil, país signatário da Convenção de Viena, de superar um óbice jurídico-formal. O documento por nós aprovado, que se incorporou ao direito interno, recomenda, como vimos, a punição do portador-usuário, ainda que com penas alternativas. A par disto, a Constituição de 1988 rotula o tráfico de drogas como crime hediondo, o que impediria uma liberação radical, inclusive do traficante, sem prévia emenda da Carta, neste ponto.

Ademais, são inegáveis, em relação à maioria das pessoas, os efeitos nocivos para a saúde da ingestão de drogas, sem falar no comprometimento do desempenho laborativo, fenômeno, aliás, que ocorre, também, com o uso abusivo do álcool e do tabaco, que vem sendo desestimulado e restringido de forma cada vez mais intensa, de acordo, inclusive, com diretrizes internacionais emanadas, principalmente, da OMS . Em seu estudo, publicado na edição especial sobre drogas dos já citados "Fascículos de Ciências Penais" (pgs. 10 e segs.), o especialista Alberto Furtado Rahde , ao analisar os efeitos do uso de drogas em relação ao trabalho, fala em "diminuição da produtividade, aumentos dos acidentes de trabalho, absenteísmo frequente". Há, portanto, manifesto interesse social em que as pessoas não usem drogas.

Ainda da edição especial dos "Fascículos" extrai-se a definição de tolerância, em matéria de drogas, formulada pela médica dra. Carmen Sílvia Có Freitas: "é um fenômeno ligado intimamente à dependência" e "se desenvolve quando, após repetidas administrações de determinada droga, produz-se um efeito menor, ou seja, quando doses maiores precisam ser administradas e modo frequente, para que se obtenha os efeitos observados com a dose original" (ob. cit. p. 6). É , assim, a tolerância mais um fator contrário à tese liberalizadora.

Outro aspecto relevante é o da droga como fator criminógeno, cabendo sobre o assunto lembrar, mais uma vez, o prof. Alberto Furtado Rahde: "Estudos recentes mostraram que cerca de 50% de apenados confessaram estar sob o efeito de drogas, por ocasião do delito que haviam praticado". Também a ilustre socióloga Alba Zaluar, de todo insuspeita em face de sua posição simpática à tese da discriminação, registra que as estatísticas norte-americanas apontam o álcool, a cocaína, a heroína e a maconha, nesta ordem, como as drogas citadas pelos prisioneiros, "sob cujo efeito eles estavam ao praticar crimes" ("Governabilidade, Sistema Político e Violência Urbana", 1994, p. 103).

Destarte, parece que a melhor política social é evitar o crescimento do número de pessoas que integram em seu cotidiano o consumo de entorpecentes, inclusive os considerados leves. E neste sentido, as crianças e os adolescentes devem ser especialmente resguardados, dado à sua maior vulnerabilidade. Esta proteção dos menores acabaria bem comprometida, se eles ficassem expostos ao convívio aberto com usuários de drogas, o que

fatalmente ocorreria se adotada a tese da liberação. É sabido que dentre outros "fatores de risco que predizem o abuso de drogas" por parte de crianças e adolescentes estão "a disponibilidade de drogas no ambiente" que frequentemente, o "uso de drogas por parte dos pais, o uso de drogas por parte de parceiros", etc. (Roberta Blotner, "Comunicação & Política" - "Mídia, Drogas e Criminalidade", v. I, nº 2, dez 1994-março 1995, p. 42).

De qualquer forma, independentemente da posição que se assuma em face da tese liberalizadora, seria de todo pertinente fazer um boquejo do quadro relativo ao tratamento penal dado ao usuário em alguns países europeus.

Na Espanha, apesar do rigor repressivo em relação ao "circuito económico del tráfico de drogas", em decorrência das reformas legais de 1988 e 1992, a simples posse "para el propio consumo sigue siendo una conducta atípica" ("Derecho Penal - Parte Especial", T.S. Vives Anton et alli, 1993, p. 345). Também na Itália, pelo art. 80 da Lei nº 685/75, a posse de droga para uso não terapêutico "non è punibile", embora a conduta seja considerada ilícita, ficando o tóxico sujeito a apreensão e confisco. Além disto, o portador poderá ser submetido a um tratamento médico curativo, e, ainda, terá a obrigação de servir como testemunha para possibilitar a punição do fornecedor (lei cit., art. 82).

Situação peculiar é a da Holanda, país sempre citado como exemplo de liberação absoluta em matéria de consumo e tráfico de drogas. As informações fornecidas por Arzamendi ("Fascículos" cit. p. 43) são de que lá ocorreu, apenas, uma legalização de facto do consumo e "del pequeño tráfico de drogas blandas", inobstante a legislação considerar infração penal "la posesión, tráfico interno y producción de drogas". É que a adoção do princípio da oportunidade, para a propositura da ação penal, permitiu às autoridades optar pela não persecução dos usuários e dos vendedores de drogas leves, mantendo, contudo, penas severas, que podem atingir a 12 anos de prisão, para o tráfico de drogas duras.

Por fim, em relação à Suíça, o porte de tóxico para consumo é considerado contravenção penal, sendo que as experiências de liberação controlada, no cantão de Berna, vêm sendo objeto de pesquisas na Universidade de Zurique "para avaliar a praticidade da descriminação das drogas" (Gerald W. Lynch, "Comunicação & Política. cit. p. 14).

De qualquer forma, acredito que a melhor alternativa para o usuário, afastada a proposta radical de descriminação pura e simples, seria a previsão, unicamente, de uma das penas alternativas previstas no art. 44 do Código Penal, mesmo nos casos de reincidência. Dependendo da situação econômica do condenado (art. 60 CP) poderia estabelecer-se a imposição obrigatória e cumulativa da pena de multa.

Outros caminhos seriam transformar o porte de droga para uso próprio em mera contravenção penal, sujeita à sanção pecuniária, ou alguma pena alternativa (art. 44 CP.cit.) ; ou, ainda, considerar o referido porte um ilícito a ser apurado e punido com multa, através de um procedimento de natureza administrativa, a semelhança do que ocorre com as infrações de trânsito.

\* \* \*

Questão igualmente importante relaciona-se à diferenciação que se deve estabelecer, para efeito de pena, entre as diversas condutas dos que participam do tráfico de drogas. No trabalho que elaborou para a edição especial dos "Fascículos" antes citada, o ilustre prof. Eugenio Raul Zaffaroni observa a necessidade de dar-se um tratamento racional e diferenciado aos diversos partícipes da engrenagem das drogas, ponderando que "el establecimiento de escalas penales altas y, sobre todo, com mínimo altísimos, impide que los jueces puedan adecuar la individualización de las penas a las pautas generales" (ob. cit. p. 22). Nesta ordem de idéias, durante os trabalhos da Comissão Tucci, ao elaborar o anteprojeto de 1989, bastante se refletiu sobre a sanção que se deveria impor aos modestos auxiliares de traficantes, conhecidos por "aviões", que têm a tarefa de pegar a droga na denominada "boca de fumo", para entrega-la em mãos do comprador-usuário. Pela rígida dicotomia fixada na lei vigente, estes cúmplices, muitos deles com menos de vinte e um anos e também dependentes de tóxicos, são equiparados aos traficantes, ficando sujeitos a um mínimo de três anos de reclusão, o que impede a concessão do "sursis". A consequência disto é que as penitenciárias têm seus espaços ocupados por estes infratores, e por outros tantos que se limitaram a ceder, eventual e gratuitamente, a droga a um amigo usuário.

A melhor solução que se encontrou na Comissão Tucci, para obviar os malefícios decorrentes do encarceramento destas pessoas que, na maioria dos casos, não representam um grave perigo para a coletividade, foi reduzir para dois anos o mínimo da pena prevista para o tráfico, cujo máximo seria de vinte anos. Desta forma, considerando as peculiaridades de cada situação, o juiz teria a faculdade de conceder a suspensão condicional da pena em favor destes partícipes de menor importância, o que, aliás, já poderia ser feito hoje em dia, com uma aplicação menos avarenta do disposto no § 1º do art. 29 do Código Penal.

Em sua intervenção, durante a já mencionada Conferência sobre Alternativas à Pena de Prisão, o professor e sociólogo norte-americano Barry Krisberg, presidente do Conselho Nacional sobre Crime e Delinquência, sediado na Califórnia, afirmou que, em matéria de tóxicos, as prisões deveriam ser reservadas para "as pessoas que estão comandando o tráfico", e não para os que denomina "varejistas" ou "pequenos traficantes", e insistiu :

“nossos estudos, por todo país, demonstra-ram que apenas metade dos americanos presos preenche os critérios de periculosidade e violência, ou ameaça de violência, que justificariam o encarceramento. Assim, pelos menos metade da população de nossas prisões é constituída de pessoas que cometeram crimes relacionados com drogas, frequentemente transações muito pequenas. Não temos sucesso, em nosso país, em prender grandes traficantes. Parece que nunca os encontramos, mas somos sempre bem sucedidos quando é o caso de prender o pequeno traficante da esquina que está vendendo drogas para poder comprar a sua” (“Anais”, pgs. 27 e 31).

Aliás, apesar do rigor em matéria de repressão ao tráfico de drogas, e aos delitos a ele conexos, “em muitas áreas dos Estados Unidos estão iniciando programas que oferecem alternativas, que não o encarceramento para os usuários de drogas”, mesmo nos casos de acusação de crimes relacionados com o tóxico (v.g. furtos para compra de drogas). Isto se baseia na “premissa de que os acusados voltam para a sociedade numa situação melhor para resisitir às drogas e ao crime depois do tratamento, do que se tivessem passado um tempo comparável na prisão com o dobro do custo”. Assim, se oferece aos acusados a opção de protelar o processo e submeter-se a um programa de tratamento. O índice de reincidência dos que optaram foi de apenas 7%, enquanto que foi de 40% o dos que cumpriram pena de prisão (Gerald W. Lynch, da City University of New York, “Comunicação & Política”, cit.).

Para evitar o perverso e contraproducente encarceramento de pessoas que representem escasso perigo, a legislação de vários países europeus criaram, ainda que em matéria de tráfico, verdadeiros tipos privilegiados, de modo a punir com penas quase simbólicas os casos de venda de drogas leves em pequena quantidade, ou os “toxicómanos que realizam actos de tráfico para assegurar sus necesidades de consumo” (Arzamendi, “Fascículos” cit. p. 41/2). Com isto, também se procura minorar as sequelas da superpopulação carcerária, que interfere “gravemente en el desarrollo de una adecuada política penitenciária” (ibidem, p. 55).

Assim, à luz da experiência estrangeira, inclusive a norte-americana, poderíamos estabelecer uma diferenciação no tratamento penal dos intitulados traficantes, mantendo as severas penas de prisão para os médios e grandes, e abrindo uma oportunidade para os pequenos, não-reincidentes.

\* \* \*

Em contrapartida, uma reforma da legislação sobre drogas, ainda em consonância com a tendência generalizada, implica enrijecimento das medidas destinadas a soffrear o ímpeto, a audácia e a ganância dos grandes traficantes. Desta forma, à semelhança da França e da Espanha, entre outros

países, há de se reprimir não só os barões do tráfico de drogas como os que auxiliam a lavagem do dinheiro produto do comércio de tóxicos, não se devendo perder de vista a possibilidade de aplicação, no Brasil, da pena de perdimento de bens, admitida por nossa Constituição de 1988 (art. 5º, XLVI, b). Sobre este último ponto, a Convenção de Viena prevê a inversão do ônus da prova, de modo a transferir para o traficante a obrigação de demonstrar a origem lícita de seus bens (art. 5º, 7), para não sofrer o confisco (art.5, 1).

Aliás, em questão de rigor no tratamento penal dos donos do mercado dos tóxicos, e de seus acumpliciados, a Convenção aprovada pelo Brasil é exemplar, a ponto de obrigar a punição não só dos que propiciam o branqueamento dos valores ganhos pelos traficantes (art. 3, 1, b), como dos que adquirem bens, numa verdadeira receptação, tendo conhecimento "de que tais bens procedem" do comércio de drogas. Nesta linha, tem sido objeto de crescente interesse do Conselho da Europa "la lucha contra las actividades de aprovechamiento de los productos del tráfico ilícito" (Arzamandi, "Fascículos" cit., p. 30).

No artigo referente ao confisco, a Convenção admite esta medida extrema em relação ao produto derivado diretamente do tráfico, "ou de bens cujo valor seja equivalente ao desse produto" (art. 5, 1, a); sendo que quando o produto do crime "houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas (...) esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado" (art. 5, 6, b). E o diploma internacional ainda recomenda que, para a aplicação do confisco, os tribunais possam ordenar a quebra do sigilo bancário, o que hoje é possível "hasta en Suiza" (Arzamendi, "Fascículos" cit. p. 52).

Entre outros países que participaram do encontro de Viena, a Espanha adaptou seu Código Penal aos termos das conclusões sugeridas, introduzindo uma série de acréscimos ao art. 344, de modo a viabilizar o confisco de bens dos traficantes e a punição dos que lhes auxiliarem, ainda que por "negligencia o ignorancia inexcusables", a encobrir o produto do crime (art. 344, bis, h).

Por sua vez nos Estados Unidos foi instituído o "Asset Forfeiture Program", assim se expressando o antes citado professor Gerald W. Lynch a respeito do assunto:

"...o poder público pode confiscar o dinheiro e a propriedade dos traficantes de drogas. O crime é um grande negócio, e como qualquer negócio, seu objetivo é fazer lucro. Removendo o capital e os enormes lucros da organização, é possível remover, também, uma grande parte de sua influência. O confisco das posses não somente fere os criminosos, mas também ajuda os combatentes do crime. Em Nova Iorque, as posses confiscadas são usadas para financiar os custos dos processos e da execução

da lei e também muitos programas de tratamento e prevenção" (ob. cit. p. 10).

\* \* \*

Já em matéria de apuração dos delitos, impõe-se, no Brasil, a urgente regulamentação da escuta telefônica, também prevista na Constituição (art. 5º, XII); e a adoção de medidas que facilitem a colheita de informações sobre a existência e a atividade dos segmentos do crime organizado. Neste sentido, não se pode esquecer que foi muito eficaz, na Itália, a isenção de pena concedida em favor de terroristas arrependidos, que passassem a cooperar com o poder público. O anteprojeto do novo Código Penal espanhol, na parte referente ao tráfico de drogas, prevê a "remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular transcendencia para identificar a los delinquentes o evitar el delito" (art. 354,2).

Ainda neste terreno, merece também reflexão a técnica investigatória denominada "entrega vigiada", discutida por ocasião dos trabalhos da Conferência de Viena. De acordo com esta técnica, acolhida pelo art. 11 da Convenção, "se permite que uma remessa de drogas ilícitas, já detectada pelas autoridades, continue seu caminho, mas submetida a uma vigilância permanente e secreta, até chegar ao ponto de destino, previsto pelos traficantes" (Informe da Conferência, parágrafo 232). Com esta vigilância, é possível, muitas vezes "chegar a descobrir e, finalmente, deter os chefes das quadrilhas que praticam o tráfico" (ibidem).

\* \* \*

Após estas considerações sobre a questão dos tóxicos, resta ponderar que sempre que se cogitar de promover alterações nas leis repressivas, não se deve esquecer que, em grande número de casos criminais, no pano de fundo está a "injusticia social" (Roberto Bergalli, " El Poder Penal del Estado", ob. coletiva, 1985, p. 6). Se o rigor deva ser a resposta para os delinquentes afortunados, que tiveram todas as oportunidades para sobreviver dignamente, sem infringir as normas penais, a compreensão há de prevalecer em relação àqueles, sobretudo os jovens e primários, a quem a sociedade negou um mínimo de espaço social, e que por razões conjunturais de desemprego, ou de grave crise econômica, cometeram delitos contra a propriedade, sem o uso de violência (vide Cervini, "Los Procesos...", cit. p. 23).

Para encerrar, há de se ter sempre presente a sábia advertência de Alessandro Baratta (apud, Cervini, ibidem, p. 86), que constitui uma



verdadeira síntese do pensamento moderno, em matéria penal, embora seja a reprodução de verdades antigas: "Una política de justicia social, la satisfacción de las necesidades reales de los sujetos de una comunidad, constituyen formas activas de prevención y la verdadera alternativa democratica de la política criminal".

FILHO, Antonio Evaristo de Moraes. **Nova política penal em face do tráfico de drogas.** Disponível em [http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo\\_moraes/em\\_1.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/evaristo_moraes/em_1.html). Acesso em 19/07/2006.