

# DIREITO PENAL/DIREITO PROCESSUAL PENAL

## A NOVA LEI DE TÓXICOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

**RODRIGO DE OLIVEIRA VIEIRA**

Promotor de Justiça/RS

### 1. INTRODUÇÃO

Estas linhas resultam do estudo da significação jurídica de alguns dispositivos da Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002 (nova Lei de Tóxicos), em cotejo com as vigorosas disposições acerca do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins constantes da Constituição Federal.

Discutem os constitucionalistas acerca do conceito de Constituição. Pode-se dizer que tem grande aceitação a fórmula que classifica a Constituição de um país como a lei fundamental e suprema de um Estado, que prevê a estrutura deste, os limites ao poder estatal, regulamenta as formas de aquisição e exercício desse mesmo poder e a formação dos Poderes Públicos, bem assim, a asseguaração dos direitos e garantias individuais. Os estudiosos do tema, em vez da formulação de um conceito estanque de Constituição, costumam fazer referência a uma diversidade de acepções, levando em conta não só as diretrizes jurídicas, mas, também, as diretrizes políticas e ideológicas que dão sustentação a uma Carta Constitucional.

Assim, com esteio em sólido magistério doutrinário (p. ex.: Virgílio de Jesus Miranda Carvalho e Pinto Ferreira, entre outros), é possível afirmar que o conceito do que representa uma Constituição para uma comunidade, e o que ela tem por objetivo, atualmente, transcende o sentido puramente jurídico. Mais do que o só alcance político-jurídico, o texto constitucional é o documento que enfeixa os valores e as aspirações cultivados por uma sociedade em um dado momento histórico.

Com efeito, a Constituição Federal promulgada no histórico 05 de outubro de 1988 estatui com vigor e uma clareza solar, em vários de seus dispositivos, uma repulsa enérgica que o crime de tráfico de drogas recebe da sociedade brasileira. Aliás, sociedade essa – em nome de quem foi escrita a Carta Magna –, se hoje tivesse a oportunidade de ser ouvida, demonstraria uma repugnância ainda maior em relação a essa verdadeira tragédia social deste início de século.

O desafio maior de uma Constituição é tornar-se efetiva, o que somente será alcançado quando o seu texto refletir o pensamento que pulsa nas ruas, nos lares e nos locais de trabalho, ou seja, o sentir de todo um povo, em uma determinada época. Nesse diapasão, é o ensinamento de KONRAD HESSE<sup>1</sup>:

*“(...) a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva de relações da vida.”*

## 2. A CONSTITUIÇÃO E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS

Como já observado, a Lei Fundamental de 1988, em várias de suas passagens, fixou de forma invidiosa que o tráfico de drogas deve ser combatido vigorosamente, e sem benevolências aos que o praticarem.

Vejam, de forma sintética, os dispositivos constitucionais que tratam do assunto.

### 2.1. Inciso XLIII do Art. 5º

*“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.” (grifo nosso)*

<sup>1</sup> A Força Normativa da Constituição, Sergio Fabris Editor, 1991, trad. Gilmar Mendes, p. 18

Neste inciso, o legislador constituinte não só selecionou algumas condutas criminosas, das mais repugnantes à sociedade brasileira, entre elas o crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, mas fixou uma diretiva a ser seguida pelo legislador ordinário.

Observe-se que não foi somente a vedação de fiança e da concessão de graça ou anistia que o constituinte buscou alcançar, mas, também, ditou que, pela prática de tráfico de drogas, da tortura, do terrorismo e dos crimes hediondos, devem ser sancionados penalmente os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Com efeito, por menor que seja a participação de alguém no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ainda que diminutamente figurar como mandante ou tiver executado apenas parcela do crime ou, podendo evitá-lo, se omitir, não poderá ser colocado a salvo do processo, onde será apurada sua responsabilidade.

A disposição contida na parte final do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal geralmente é pouco lembrada, inclusive pelos que se dedicam a doutrinar Direito Penal. Porém, é um indicativo retumbante do tratamento legal que deve ser dispensado aos crimes ali mencionados. Mais, ainda, é a expressa dicção do Texto Constitucional apontando ao legislador que a vontade da Constituição – e novamente recorde-se KONRAD HESSE – é de que essas condutas criminosas devem ser punidas com severidade.

Não há acordo, transação, ou o nome que se queira dar, que possibilite subtrair do processo e da sanção penal aquele que tiver sido mandante, executor ou omissor em relação ao tráfico de drogas.

É de ser registrado que a Carta Maior de 1988 pouco refere-se a crimes em espécie, mas quando o faz, é para traduzir o sentimento vigente no meio social, e prever que determinados ilícitos merecem uma reprimenda severa e sem as benesses legalmente previstas para os que cometerem crimes de menor reprovação.

## 2.2. Inciso LI do Art. 5º

*“nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.” (grifo nosso)*

A extradição é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça do outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo<sup>2</sup>.

Por expressa dicção constitucional, o brasileiro nato jamais será extraditado. Aliás, é uma regra de Direito Internacional, que um Estado não entrega um filho seu para que seja julgado e punido por outro Estado.

O brasileiro que adquirir esse *status* pela naturalização, poderá ser extraditado em duas únicas hipóteses, segundo prevê o aludido inciso LI do art. 5º: em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Observe-se que, enquanto em relação ao crime comum cometido pelo brasileiro naturalizado, a Constituição distingue o momento da prática do ilícito penal, ou seja, somente poderá haver extradição se o crime tiver sido praticado antes da naturalização, no que concerne ao crime de tráfico de drogas, o texto da Lei Fundamental não faz distinção quanto ao momento do cometimento do ilícito. O brasileiro naturalizado poderá ser extraditado desde que haja comprovação de seu envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes, antes ou depois da naturalização. O constitucionalista ALEXANDRE DE MORAES, ilustre membro do Ministério Público bandeirante, ressalta<sup>3</sup>:

*“Portanto, tráfico ilícito de entorpecentes é o único crime praticado após a naturalização que possibilita a extradição do brasileiro naturalizado.” (não grifado no original)*

Não terá sido em vão que o legislador constituinte, de forma a não deixar dúvidas, previu que o crime de tráfico de drogas é o único ilícito penal que enseja a extradição de brasileiro naturalizado, independente do momento de seu cometimento. Induvidosamente, o rigorismo e a severidade com a prática desse crime é um valor que ressalta do texto expresso da nossa Lei Maior.

<sup>2</sup> HILDEBRANDO ACCIOLY, Manual de Direito Internacional Público, 8ª ed., Saraiva, 1968, p. 105, *apud* JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed., Malheiros, 2001, p. 344

<sup>3</sup> Direito Constitucional, 10ª ed., Atlas, 2001, p. 113

### 2.3. Art. 243

*“As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”*

O art. 243 é de uma clareza invulgar. Não trata de modalidade de desapropriação, que, como regra prevista na Constituição Federal, exige indenização prévia, justa e em dinheiro. Aqui, é expropriação mesmo, e, como asseverado no dispositivo, sem qualquer direito a indenização.

A Lei nº 8.257/91, regulamentadora do art. 243 da Carta Magna, dispõe em seu art. 2º, que são consideradas plantas psicotrópicas aquelas que permitem a obtenção de substância proscrita, segundo previsão do órgão competente do Ministério da Saúde.

Destaque-se que, com essa previsão, o constituinte considerou altamente reprovável a utilização de áreas de terras para o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, matéria-prima para o fabrico e preparo de entorpecentes e drogas afins.

### 2.4. Parágrafo Único do Art. 243

*“Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e revertido em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”*

Dos últimos e menos lidos dispositivos da vigente Carta Política, o parágrafo único do art. 243 é mais uma diretiva apontada pelo legislador constituinte no combate ao narcotráfico.

A utilização dos bens de valor econômico nos tempos atuais deve ter como aspiração a valorização do trabalho e a própria felicidade humana. Portanto, o uso desvirtuado dessa riqueza econômica com o fim de tráfico de drogas deve ser reprimido com o confisco, conforme reza o Texto Constitucional.

### 3. LEI Nº 10.409/2002

Após tramitar por demorados anos no Congresso Nacional, em 11 de janeiro de 2002, foi sancionada a Lei nº 10.409, que se pretendia fosse o diploma legal a reger a questão de tóxicos. Porém, o Presidente da República, aduzindo inconstitucionalidade de vários preceitos, bem como, contrariedade ao interesse público, após veto parcial ao Projeto de lei nº 1.873, de 1991, que deu origem àquela Lei. Como consequência, também foi vetado o dispositivo que revogava a Lei nº 6.368/76. Assim, em matéria de tóxicos, atualmente convivemos com dois sistemas.

As normas incriminadoras de condutas foram todas vetadas, logo, continuam em vigor, os tipos penais da Lei nº 6.368. Com efeito, as áreas do procedimento e da prevenção e tratamento foram as que sofreram alterações de maior significado com o novel diploma legal. Os apontamentos surgidos logo após publicada a Lei nº 10.409, como, por exemplo, o Informativo nº 2/2002, do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público gaúcho, identificam como questão intrigante, saber qual o procedimento a ser adotado, visto que o art. 27 estatui as regras procedimentais aplicáveis aos crimes definidos na Lei nº 10.409. Como, em função dos vetos, a Lei não define crime algum, argumenta-se que o procedimento refere-se a crime nenhum.

Porém, como pretendemos demonstrar, a questão é de maior profundidade. Como ressaltado nas razões de veto do Presidente da República, o legislador ordinário, em vários dispositivos do projeto de lei, desconheceu valores que informam a ordem constitucional brasileira. Analisemos agora, de forma breve, alguns dispositivos vetados pelo Presidente da República.

**Parágrafo 8º do art. 8º.** Previa a expropriação de glebas onde fossem cultivadas plantações ilícitas, ressalvando a boa-fé do proprietário que não estivesse na posse direta.

Conforme dito nas razões do veto, não pode a lei ordinária estabelecer ressalva que a própria Constituição Federal (art. 243, *caput*) não previu.

**Art. 32.** Dispunha que, antes de iniciada a ação penal, o Ministério Público ou o defensor poderiam requerer ao juiz competente o arquivamento do inquérito ou o seu sobrestamento, atendendo, entre outros motivos, às circunstâncias do fato, à personalidade do indiciado ou à insignificância de sua participação no crime.

Andou bem o Presidente da República ao vetar o *caput* do art. 32. Em primeiro lugar, porque seria absurdamente inconstitucional facultar ao juiz, mediante pedido do defensor, determinar o arquivamento ou sobrestamento do inquérito, o que implicaria limitação ao exercício constitucional da ação penal pelo Ministério Público. Em segundo, porque o exercício da ação penal pelo Ministério Público é presidido, entre outros, pelos Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade, os quais impõem o oferecimento de denúncia sempre que presente ilícito penal e identificado seu autor. As circunstâncias do fato, da personalidade do indiciado ou sua menor participação no crime devem ser sopesadas quando da aplicação da pena, nos termos do art. 59, *caput*, do Código Penal.

Ademais, o disposto no art. 32, *caput* – felizmente vetado – afronta a regra expressa no inciso XLIII do art. 5º da Lei Maior. Tal preceito constitucional reza que, pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, devem responder os mandantes, os executores e os que, podendo evitar, se omitirem. Como se vê, não há possibilidade legal de colocar-se a salvo da sanção penal aquele que cometer o crime de tráfico de drogas. É a letra incontornável da Constituição.

**Art. 35.** Previa a possibilidade de prisão cautelar do indiciado apenas para a garantia da ordem pública, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Caso não vetado o art. 35, haveria um retrocesso em relação às disposições do Código de Processo Penal, visto que estaria expurgada a possibilidade de decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Além disso, o artigo vetado, de índole processual, também não contemplava a hipótese de prisão temporária, diga-se, eminentemente cautelar, prevista na Lei nº 7.960/89.

Algumas disposições da Lei nº 10.409, justamente aquelas que, no nosso sentir, traduzem uma colisão frontal com ditames da Carta Magna, infelizmente não mereceram o veto do Presidente da República. Vejamos algumas delas. Antes, porém, registre-se que o legislador ordinário estava animado pelo mesmo espírito, tanto ao escrever os dispositivos vetados como os que não receberam o veto. Entretanto, o vício, originário da mesma fonte e da mesma inspiração, contamina também as regras sancionadas.

### 3.1. Parágrafo 2º do Art. 32

*“§ 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.”*

Este dispositivo viola, a mais não poder, o já citado inciso XLIII do art. 5º da Carta Republicana. Conforme já aduzido, tal regra elevou ao *status* de preceito constitucional a vedação de concessão de fiança criminal e a impossibilidade de graça ou anistia para o crime de tráfico ilícito de drogas, estabelecendo de forma inescusável que a responsabilização criminal dos mandantes, dos executores e dos que, podendo evitá-lo, se omitirem, é um ditame constitucional a ser seguido sem tergiversações pelo legislador ordinário.

Com efeito, levado em conta tal dispositivo da Constituição, não há exegese que torne possível subtrair da responsabilização criminal aquele que cometer tal delito. Não é facultado a ninguém, nem ao Ministério Público, celebrar acordo com indiciado por crime de tráfico de drogas, para o fim de sobrestar o processo. Havendo elementos suficientes à formação da *opinio delicti*, será de rigor o oferecimento de denúncia pelo delito de tráfico de entorpecentes, devendo o denunciado ser submetido a processo e julgamento. E assim o é, porque a Constituição Federal assim determina que o seja.

Demais disso, considerando-se os Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade, que regem a ação penal pública, identificada a hipótese de agir, o Promotor de Justiça deve obrigatoriamente provocar, por meio da denúncia, o pronunciamento jurisdicional sobre a pretensão punitiva.

O momento próprio para determinação do *quantum* de pena a ser aplicado é a sentença. Não encontra guarida na Constituição o estabelecimento de tratativas para a redução de pena do traficante, antes mesmo de instruído o feito.

### 3.2. Parágrafo 3º do Art. 32

*“Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão.”*

Em relação ao parágrafo 3º do art. 32, considerem-se as mesmas observações feitas relativamente ao parágrafo 2º. Assim, igualmente impossível, em face da vigente ordem constitucional, qualquer acordo ou negociação, com vistas à hipótese de não-aplicação de pena ao mandante ou executor de tráfico de drogas, ou o que, podendo evitá-lo, for omissivo.

Quanto à possibilidade de redução da pena pela chamada delação eficaz, a Lei nº 8.072/90, no parágrafo único do art. 8º, já faz essa previsão.

### 3.3. Art. 38

*“Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandato (sic) aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso.”*

O art. 38 introduz a possibilidade de, antes mesmo de recebida a denúncia, possa o acusado apresentar defesa preliminar, oportunidade em que poderão ser oferecidas exceções, argüidas preliminares e invocadas todas as razões de defesa. Dita defesa preliminar não é, propriamente, uma inovação, de vez que já prevista para os crimes funcionais afiançáveis (CPP, arts. 513 e seguintes) e para as ações penais de competência originária dos tribunais (Leis nºs 8.038/90 e 8.658/93).

Andou mal o legislador ao conceder aos acusados de tráfico de drogas, conduta por demais reprovável em face da degradação social que causa, uma benesse processual não estendida aos acusados de crimes de muito menor prejuízo à sociedade. Por exemplo, um reles punquista não desfruta da possibilidade legal de, antes do recebimento

da denúncia contra si ofertada, apresentar defesa preliminar, que abra a porta à rejeição da acusação antes mesmo de instaurado o processo.

Essa norma traduz uma verdadeira iniquidade jurídica e social. Com ela, serão beneficiados os grandes barões do narcotráfico, hoje incrustados nos altos círculos políticos, sociais e econômicos.

Aos acusados de tráfico de entorpecentes – como aos acusados em geral – devem ser assegurados todos os direitos e garantias estatuídos na Lei Magna, e nada mais. Em relação à prática de tráfico ilícito de drogas a Constituição fixou claras e enérgicas diretivas. Não pode o legislador ordinário, sob pena de incorrer em uma colisão irrefutável com premissas da Carta Constitucional, conceder benesses e facilidades aos acusados de traficar drogas, as quais não são estendidas aos que cometam crimes de menor reprovabilidade social.

### 3.4 Art. 39

*“Observado o disposto no art. 43 do Código de Processo Penal, a denúncia também será rejeitada quando:*

*I – for manifestamente inepta, ou faltar-lhe pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;*

*II – não houver justa causa para a acusação.”*

Também esse dispositivo, a exemplo do art. 38, veio para alcançar ao acusado pelo cometimento de tráfico de drogas uma ampliação de sua possibilidade de defesa. Observe-se que, considerado o art. 39, uma vez oferecida a denúncia, o juiz poderá rejeitá-la – decisão que, passada em julgado, fará coisa julgada material – com base em outras hipóteses, além das já elencadas no art. 43 do CPP. Quer dizer, para o denunciado como traficante de drogas, a lei ampliou o rol de hipóteses que ensejam à rejeição da inicial acusatória. Tal benesse, não existe para o denunciado pela prática de outros crimes.

## 4. CONCLUSÃO

Com efeito, as disposições acima aludidas da Lei nº 10.409/2002, notadamente as que dizem respeito às benesses processuais concedidas aos acusados por crime de tráfico ilícito de drogas, revelam-se incompatíveis com a Constituição Federal, incorrendo, assim, na eiva da inconstitucionalidade material, por colidirem frontalmente com normas que expressam valores substanciais da Carta Republicana.

O legislador ordinário, ao estabelecer benefícios processuais não concedidos aos praticantes de crimes muito menos repulsantes, ingressou numa linha de incontrastável confronto com premissas e dicções indubitadas da Carta Maior.

É jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento que, para a consideração acerca da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) das leis e atos normativos, faz-se importante a fixação da noção conceitual de parametricidade, ou seja, deve-se identificar qual (ou quais) norma constitucional deve servir de parâmetro para o exame da compatibilidade hierárquico-normativa da lei.

Como asseverado pelo Min. CELSO DE MELLO, ao relatar a ADIN 595-ES, o processo de indagação da constitucionalidade impõe a análise de dois elementos. Um deles, o elemento conceitual – que importa para nosso estudo –, consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência.

Segundo proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, a Carta Magna, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/292 e 77/657).

Ainda, conforme dito pelo Min. CELSO DE MELLO, a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto (lei ordinária em face da Constituição Federal) é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional.

Assim, os dispositivos da Lei nº 10.409 que introduzem uma série de benesses processuais aos acusados de traficar drogas – diga-se, mais uma vez, não concedidos aos acusados de crimes muito menos graves –, devem ser levados a exame em face dos valores que inspiraram o legislador constituinte a escrever os incisos XLIII e LI do art. 5º, e o art. 243, *caput*, e seu parágrafo único, da Carta de 1988. Ao dispor sobre o crime de tráfico ilícito de drogas, o legislador ordinário encontra-se vinculado a essas disposições constitucionais, não podendo estatuir severidade não prevista na Constituição, e, muito menos, oferecer benesses que ela, à evidência, não quis fossem ofertadas.

Os valores que emanam da Constituição, acerca do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, demonstram uma verdade inescandível. O legislador constituinte, em várias passagens, traduzindo a repulsa que a traficância de drogas desperta na sociedade brasileira, ditou um tratamento rígido que a ordem jurídica deve dispensar a essa prática ilícita.

Segundo a teoria do bloco de constitucionalidade, o parâmetro constitucional, com o qual deve estar afinada a lei ordinária, é mais vasto do que as normas e princípios constantes da Constituição – e a letra da Lei Maior é expressa -, abrangendo o espírito e os valores que inspiram a ordem constitucional.

Registre-se que o presente estudo não se inspira na vigente situação do País, que vive uma quadra difícil, onde o narcotráfico, principalmente nos grandes centros urbanos, não só desconhece, como afronta o Estado, e atormenta a vida de milhões de brasileiros.

Com estas linhas, pretende-se suscitar a discussão, partindo-se da idéia de que a higidez da ordem jurídica compreende o combate às disposições que agridam não só a letra, como, também, valores plasmados na Constituição da República.