

## O ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06 E SUAS REPERCUSSÕES NO MUNDO JURÍDICO E FÁTICO

Fernando Martins Zaupa

### INTRODUÇÃO

Sem muito alarde e de forma sorrateira, foi lançada ao mundo jurídico a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 que, como tantas outras leis, retalhadas para atender a diversos interesses, acabam por formar teratológica e desarticulada construção normativa. Diversos são os pontos em que facilmente se podem constatar tais intempéries técnicas e ideológicas; contudo, neste apertado arrazoado se examinará a questão da tipificação da “posse de droga para consumo pessoal”, precisamente estampada no art. 28 da lei supramencionada.

### DA MANUTENÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PESSOAL.

Ao contrário do que tentam apregoar alguns laxistas do Direito Penal dito Moderno, a conduta de quem “adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” não foi descriminalizada e, assim, longe está de ter ocorrido o fenômeno da abolitio criminis. Conforme se depreende da Lei n.º 11.343/06, a conduta acima retratada foi tipificada como Crime, inclusive estando situada no Capítulo III, denominado “DOS CRIMES E DAS PENAS”. Ainda, além da questão de localização normativa que impinge ao exegeta análise sistemática, tem-se que ao final do caput do art. 28, encontra-se redigido: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.” (grifos não constantes no original). Assim, além da análise sistemática, há a previsão de que a conduta tida como criminosa deve ser “punida” com “pena”.

Ainda, vale lembrar que uma análise teleológica da lei posta a manutenção da conduta como criminosa, a partir do momento em que ao invés de ensejar tratamento sanitário ao caso (como apregoam alguns escritores do Direito, utilizando a falácia “é caso de saúde e não de polícia”, posto que o tema é bem mais complexo), o legislador definiu que quem detiver a droga para consumo pessoal deve, ao invés de tratamento, receber reprimenda penal. Poderia alguém dizer que, não obstante a conceituação e tipificação das condutas descritas no caput do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 como sendo crimes, assim não se enquadrariam, uma vez que o próprio legislador, no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, estampou que “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”.

Como é cediço, não se pode subverter a ordem dos institutos e conceituações, para se querer definir um crime não pelos elementos constituintes, mas pela espécie de reprimenda prevista. Aliás, sobre essa precária e nada científica definição, assevera CEZAR ROBERTO BITENCOURT: “Essa lei de introdução, sem nenhuma

preocupação científico-doutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicada.” E complementa: “(...) o atual Código Penal (1940, com a Reforma Penal de 1984) não define crime, deixando a elaboração de seu conceito à doutrina nacional. As experiências anteriores, além de serem puramente formais, eram incompletas e defeituosas, recomendando o bom senso o abandono daquela prática.” Basta, para se defender tal pensamento, citar algumas conceituações de crime: EDGAR MAGALHÃES NORNHA leciona: “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal.” E continua: “a ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social.” CESAR BITENCOURT, em um conceito analítico de crime, aponta crime como ação típica, antijurídica e culpável, destacando que “ao contrário de alguns autores, não incluímos a punibilidade no conceito analítico de crime, porque aquela não faz parte do crime, constituindo somente sua consequência.(...) Dessa forma, a eventual exclusão da punibilidade, quer por falta de uma ‘condição objetiva’, quer pela presença de uma ‘escusa absolutória’, não exclui o conceito de crime já perfeito e acabado”. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO expôs: “Do que foi dito, conclui-se que a base fundamental de todo fato-crime é um comportamento humano (ação ou omissão). Mas para que esse comportamento humano possa aperfeiçoar-se como um verdadeiro crime será necessário submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Se pudermos afirmar que uma ação humana (a ação, em sentido amplo, compreende a omissão, sendo, pois, por nós empregado como sinônimo de comportamento, ou de conduta) que é típica, ilícita e culpável, teremos um fato-crime caracterizado, ao qual se liga, como consequência, a pena criminal e/ou medida de segurança.” Ademais, para se espantar eventual questionamento, tem-se que o próprio legislador, na Constituição Federal, art. 5º, XLVI e no Código Penal, art. 32 apontam uma variedade de penas, não sendo estanque a definição da LICP que, vale lembrar, data de 1941.

Assim, ainda que cause estranheza, em razão da falta de uma cultura nacional para outras modalidades de pena, tem-se que o incisos I e III do art. 28 (respectivamente, “advertência sobre os efeitos das drogas” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”) realmente postam penas ao agente que comete o crime estabelecido na norma em apreço. Vale dizer, por tal desiderato, que o inciso II (“prestação de serviço à comunidade”), não traz maiores digressões e assombros, haja vista que já conhecida do mundo jurídico pátrio como pena (as famosas penas alternativas às privativas de liberdade), por expressa previsão no Código Penal. Contudo, o parágrafo 6º do art. 28, aponta também como pena, em caso de descumprimento de qualquer das penas elencadas nos incisos I, II e III do caput, as penas de “I – admoestação verbal” e, ainda, “II – multa”. Nessa linha, resgatando-se a definição de crime como conduta sancionável com pena, como querem alguns escritores do direito, tem-se que o fato de o legislador culminar pena de multa, ainda que em caso de descumprimento da “pena principal”, já se pode afastar de vez a tese anteriormente exposta, arvorada na sexagenária Lei de Introdução ao Código Penal.

Por fim, vale dizer que a pena de ‘admoestação verbal’, de uma infelicidade legislativa tamanha (teria havido confusão com o Estatuto da Criança e do

Adolescente?), também deve ser classificada como pena, da mesma forma que a “advertência sobre os efeitos das drogas” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, por inteligência da Constituição Federal, art. 5o, inc. XLVI, quando dispõe a expressão “entre outras”, para dizer que a lei disciplinará as penas. Demonstrada, pois, a continuação do tratamento criminal dado pelo legislador à pessoa que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, droga, para consumo pessoal.

#### **DA INEFICÁCIA DA MANUTENÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO ANTE A FALTA DE SANÇÃO EFETIVA**

Não obstante ter sido demonstrado que a Lei n.º 11.343/06 manteve o caráter criminoso da posse de droga para consumo próprio, tem-se que, na prática, o que poderá ocorrer, será a falta de efetividade da norma incriminadora, e, como tal, aí sim o efeito de uma discriminação penal aos olhos da sociedade, já que nos casos de descumprimento das medidas iniciais aplicadas, poderá também não ocorrer execução das demais penas. Isso porque, como se observou, em caso de “não atendimento” às penas de “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” inicialmente aplicadas ao transgressor (art. 28, I, II e III), somente pode valer o juiz da “admoestação verbal” (claramente ineficaz) e da “multa” (art. 28, § 6o).

Assim, para os casos mais graves, em que não há qualquer interesse do transgressor em acatar qualquer das penalidades aplicadas (inclusive aquelas que visam incutir senso de preservação pessoal e cuidados sanitários), a única pena que realmente poderia ser “imposta” contra o agente seria a multa.

Porém, vale lembrar que, em termos práticos, em caso de aplicação de pena de multa, e, não havendo o pagamento pelo transgressor, deve ocorrer sua inscrição como dívida-ativa, cuja execução deve se dar pela Fazenda Pública.

Nesse ponto, aos que militam em seara criminal é cediço que multas criminais, quando em valores baixos, não são executadas pelos órgãos fazendários, inclusive havendo comumente expedientes administrativos a esse respeito.

Apenas para efeitos elucidativos, no Estado de Mato Grosso do Sul, através da Resolução/PGE/MS/n.º 063/2003, de 03 de janeiro de 2003, que inseriu no Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado artigo disciplinando a matéria, é fixado como patamar mínimo para ajuizamento de execução fiscal valor superior a 500 UAM (quinhentas Unidade de Atualização Monetária), para o caso da multa criminal (art. 55, II, “b”).

A Portaria SAT n.º 1.812, de 14 de setembro de 2006 (publicada no DOE de 18.09.2006), que estabelece o valor da UAM-MS para o mês de outubro de 2006, destaca que o valor da UAM é de R\$ 1,748 (um real e setenta e quatro centavos). Nesse desiderato, caso a multa seja inferior, hoje, a R\$ 870,00 (oitocentos e setenta reais), não haverá execução e, conseqüentemente, não há a concretização da aplicação da pena. Vê-se, pois, que se partindo da premissa de que raramente será fixado pela prática de tal delito multa em valores superiores aos R\$ 870,00 (oitocentos e setenta reais), tem-se confirmada a possibilidade de falta de efetividade de norma por ineficiência da sanção.

## **DAS CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE EFETIVIDADE DA NORMA PELO VALOR DA MULTA**

Em razão da conseqüente possibilidade de ineficácia da norma ante a inoccorrência de execução da multa eventualmente aplicada, tem-se que duas soluções se mostram pertinentes para não haver afetação, de uma forma geral, à credibilidade do sistema legislativo vigente e mecanismos de aplicação da lei. Como forma a se fazer possível a execução da sanção e haver, pois, eficácia da norma vigente, deve-se fiscalizar o valor da multa, para não se cair nas conseqüências acima expostas.

É mister seja observada a dosimetria da pena de multa, com especial análise aos critérios para sua fixação.

Para se chegar ao valor da pena de multa, o ordenamento jurídico aponta a necessidade de se observar tanto a situação econômica do réu (Código Penal, art. 60), como as circunstâncias judiciais pertinentes (Código Penal, art. 59).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, já se pronunciou no sentido de que “a pena de multa segue o critério bifásico para ser estabelecido, seguindo-se na primeira fase, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, e, na última, as condições econômicas do réu.” Aliás, o art. 29 da Lei n.º 11.343/06 é expresso ao postar a assertiva supramencionada, conforme se segue: “Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.”

Nessa linha, lembrando que além da análise do artigo 29 deverá também ser observada a regra sistemática do Código Penal e, ainda, adotando-se o pensamento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT como base, o cálculo deverá ser realizado em duas operações: A primeira, estabelecendo-se o número de dias-multa dentro do limite estabelecido no art. 29 da Lei n.º 11.343/06 de 40 (quarenta) a 100 (cem). Para se chegar ao número cabível deverá o julgador levar em conta a reprovabilidade da conduta que, em outras linhas, nada mais é que aferir a gravidade do delito, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime. Após referida análise, chega-se, pois, à quantidade de dias-multa a ser aplicado na sentença. A segunda operação, então, será a fixação do valor de cada dia-multa, observando a “capacidade econômica do agente” (art. 29 da Lei n.º 11.343/06 e art. 40 do Código Penal). Isso porque as demais condições (Código Penal, art. 59), já foram observadas na primeira operação. O professor CEZAR BITENCOURT assinala ainda a possibilidade de ocorrência de uma terceira operação: “(...) pode ocorrer, porém, que, mesmo aplicada no máximo a pena de multa, o juiz constate que, em virtude da situação econômica do acusado, ela será ineficaz. Nesses casos, poderá elevá-la até o triplo (art. 60, § 1º, do Código Penal), ajustando-a ao fato e ao agente.”

Desse procedimento todo ensejará, certamente, nova postura dos operadores do direito, que deverão dispensar maior atenção aos critérios para fixação da pena de multa, tanto para as circunstâncias judiciais como também para a capacidade econômica do réu. Nesse último aspecto, “capacidade econômica do réu”, deverá haver maior rigor na análise das circunstâncias levadas aos autos que retratem

efetivamente esse aspecto, analisando-se citação e constituição de seu patrimônio, profissão, automóveis, padrão de vida, etc, inclusive podendo o magistrado determinar diligências nesse sentido.

Por tais razões que, por ocasião do interrogatório do acusado, estas questões já deverão ser também perquiridas, além de também se questionar às testemunhas se detém conhecimento de fatos que possam auxiliar na busca da situação econômica do agente. Assim, poderá se chegar a realmente valor que possa ser executado e que alcance a finalidade da norma, em seu caráter aflitivo , postando efetividade à novel norma.

Impende consignar, no entanto, que casos ocorrerão em que, mesmo após análise criteriosa de todo o processo acima descrito, não haverá como se chegar a valores possíveis de serem executados. Nesses casos, a solução que se mostra devida para a preservação da credibilidade no ordenamento jurídico (não se adentrando nesse momento nas teorias pertinentes, como a questão da segurança jurídica e estabilização contrafactica das expectativas de vigência da norma), será a não aplicação da pena. Poderá transparecer como medida radical e dissonante; contudo, posta-se certamente como a mais viável frente a necessidade de manutenção de funcionamento do ordenamento jurídico, com preservação da confiança dos jurisdicionados no sistema legal vigente e na própria visão de funcionamento da justiça.

Claro que essa solução visa a reparar, pelo Judiciário, dentro do sistema de coordenação existente entre os poderes, a lesiva e bizarra construção legislativa ora em análise. Aqui se observará que, apesar de ainda continuar ilícita a conduta estampada no art. 28 da Lei n.º 11.343/06, conforme já demonstrado, poderá ocorrer a falta de aplicação da pena, ante o caso concreto (jamais de forma abstrata).

Nesse aspecto, oportuna as palavras do desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, VOLNEY CORRÊA LEITE DE MORAES Jr.: “A condenar com vergonha é preferível absolver com desfaçatez. Não punir, quando era o caso, é caso de assombro, espanto e pasmo: sensação de que a Justiça, existente embora, não foi realizada no caso específico. Mas punir timidamente, quando era o caso de estabelecer uma justa proporção entre crime e pena, é caso de escândalo, indignação e anátema: sensação de que a Justiça existe apenas como farsa.”

Por fim, eis o elucidativo acórdão da 7ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACrimSP), citado pelo professor: “Roubo – Condenação – Regime Aberto sob a Forma Domiciliar – Insuficiência Punitiva Equivalente à Impunidade – Absolvição Decretada – Se a pena não representar adequada reprovação e eficaz prevenção do crime, de modo a concretizar o princípio da insuficiência (Código Penal, art. 59), mais sensato é abrir mão de sua aplicação. Porque repugna à equidade esteja o condenado por crime cometido sem violência à pessoa cumprido obrigações sursitárias ou prestando serviços à comunidade, enquanto o assaltante sai forro até dos ônus previstos no § 1º do art. 36 (Código Penal). Pena que o condenado não sente e a sociedade não vê é uma não-pena, aberração que não pertence ao mundo jurídico.” Eis as conseqüências dessa teratológica construção normativa.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, chegam-se às seguintes conclusões. Primeiro: a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” não foi descriminalizada e, assim, não ocorreu o fenômeno da *abolitio criminis*. Segundo: em razão da natureza das sanções, no caso de não cumprimento das penas aplicadas ao agente, em verdade, somente a pena de multa poderá realmente atender às funções preconizadas pelos princípios de Direito agregados ao sistema punitivo brasileiro. Terceiro: ante o procedimento de aplicação de pena de multa adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, aliado às fórmulas administrativas para sua execução (não há execução de valores baixos), poderá ocorrer ineficácia da sanção e, conseqüentemente, ineficácia da norma penal. Quarto: como forma e mecanismo a ensejar efetividade à norma penal (art. 28 da Lei n.º 11.343/06), tem-se que caberá maior observação e valoração, pelo aplicador da lei, aos critérios para fixação do quantum da multa (dosimetria). Quinto: por fim, caso não se possa chegar a patamar que faça com que haja a efetividade da norma em apreço, deverá ocorrer, pois, a falta de aplicação da pena, como necessidade de manutenção de funcionamento do ordenamento jurídico, com preservação da confiança dos jurisdicionados no sistema legislativo e legal vigentes e na própria visão de funcionamento da justiça.