

iro Filho, desembargador do TJ-RJ



Entre julho de 2011 e outubro de 2012, uma comissão de 15

juristas reuniu-se, a pedido do Senado, para elaborar o anteprojeto de reforma do Código Penal. Assim que recebeu a missão de ajustar o [texto vigente](#), de 1941, a comissão percebeu que o prazo de 180 dias, sugerido pelos senadores, seria pequeno demais.

Pouco mais de um ano depois, a comissão — composta por dois ministros do STJ, um desembargador, uma defensora pública, dois procuradores, dois professores, três promotores e cinco advogados — entregaria ao Senado o anteprojeto, logo transformado no [PLS 236/2012](#). Com 543 artigos, o projeto reduz de 126 para 16 as leis penais no país, e trata de temas polêmicos como a ampliação das possibilidades de aborto legal — como em casos de anencefalia —, a tipificação da eutanásia e a criminalização da homofobia.

A comissão especial do Senado, criada para analisar o projeto e presidida pelo senador Eunício Oliveira (PMDB-CE), começou, em fevereiro, a fazer audiências públicas quinzenais para debater as mudanças com juristas. A previsão é levar o projeto a votação diretamente no Plenário ainda este ano. Aprovada, a proposta segue para a Câmara dos Deputados.

Entre os trechos que prometem causar controvérsia está o que propõe a descriminalização do plantio e porte de maconha para consumo próprio. Membro da comissão que formulou o texto, o desembargador **José Muiños Piñeiro Filho**, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio, conta que um dos



desafios do grupo de juristas foi “trazer a legislação de drogas para dentro do Código Penal”. De acordo com ele, a lei de drogas vigente hoje no Brasil — a Lei [11.343, de 2006](#) —, embora tenha trazido avanços como o fim da pena de prisão, continua tratando o usuário como criminoso.

Muiños é mestre em Direito Público e leciona na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro e na Universidade Estácio de Sá, tendo atuado por 25 anos como promotor de Justiça.

Para ele, a descriminalização do usuário é um dos grandes avanços do texto do novo Código: “Estou convencido de que continuar criminalizando e estigmatizando o usuário está deslocando e inibindo a atuação da saúde pública”, diz.

O desembargador aposta ainda que o debate em torno do julgamento do [Recurso Extraordinário 635.659](#) pelo STF, previsto para o primeiro semestre, poderá ajudar no trâmite do projeto de lei. O recurso, entendido como de repercussão geral e que tem como relator o ministro Gilmar Mendes, levará o Supremo a decidir se o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminaliza o usuário de drogas, é inconstitucional ao violar o direito à privacidade. “Se o Supremo decidir no primeiro semestre, essa coincidência pode contribuir muito com o trâmite do projeto no Senado”, acredita Muiños.

Leia a entrevista:

ConJur — O que levou a comissão a propor a descriminalização do usuário de drogas?

José Muiños Piñeiro Filho — É importante dizer que atendemos a reivindicações de vários estudiosos em matéria penal, no sentido de trazer a legislação de drogas para dentro do Código Penal. Aliás, hoje há no Brasil 126 leis que definem infrações penais e suas penas. Isso praticamente faz com que o país tenha quase dois mil crimes previstos. O projeto revoga 110 dessas leis. Se aprovado o novo Código, o Brasil terá menos de 20 leis penais. Como disse o ministro [Gilson] Dipp [*presidente da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto*], estamos fazendo o Código Penal ser o centro do sistema. No ordenamento atual, a formação de quadrilha depende de quatro pessoas. Já na lei de drogas — a Lei 11.343, de 2006 —, que está fora do Código atual, para definir tráfico e associação de drogas bastam duas pessoas. É um absurdo criminalizar uma associação de duas pessoas. Duas pessoas é um concurso eventual, o que é diferente. Mas é preciso ver o contexto. O Brasil segue as normas da ONU desde a Convenção de Genebra, de 1936, passando pela convenção de Viena, a última, em 1988. A partir de 1936, a legislação brasileira incorporou o rigor proibicionista em matéria de drogas, que se acentuou nos anos 1970 com a política do presidente Nixon (EUA), a chamada “guerra às drogas”. Hoje, o Brasil já está na sua quarta lei após a criação do Código Penal, de 1940, e continua criminalizando o tráfico e o uso. Ao reformar o Código Penal, nós tínhamos de enfrentar a questão.

ConJur — O novo texto distingue claramente usuário de traficante?

José Muiños Piñeiro Filho — É preciso reconhecer que a lei atual, de 2006, embora tenha mantido a criminalização do usuário, excluiu a pena de prisão. Hoje, temos penas alternativas, como advertência, internação ou serviços comunitários. Por outro lado, se o usuário for pego, ainda que não seja preso, é visto como criminoso. E se no futuro praticar algum outro crime, já será reincidente. Pior: se fizer um concurso público e depender de uma certidão de “nada consta”, não adianta dizer que recebeu só uma advertência, pois estará lá registrado. Querendo ou não, é crime. Esse estigma influenciou muito a comissão na hora de elaborar esse capítulo. O Brasil atualmente está no meio termo entre aqueles países



que mantêm a pena de prisão e os que descriminalizam o uso da droga. A nossa lei ainda é omissa: tanto faz guardar a droga consigo para comércio ou para consumo próprio — os dois são crimes. O que muda? Na comissão, a maioria foi a favor da descriminalização. Hoje, não importa a quantidade, plantar é crime. Mas se o projeto for aprovado tal como foi formulado, não será mais.

ConJur — Como o projeto faz essa distinção?

José Muiños Piñeiro Filho — Será preciso provar que a droga é para uso próprio. As circunstâncias serão levadas em conta pelo delegado, pelo promotor e pelo juiz. Não quer dizer que só porque a pessoa está com 300 gramas de maconha automaticamente é traficante. Mas se os indícios forem fortes, ela terá que apresentar uma prova contrária. Por exemplo: se você está com 500 gramas da droga, não tem emprego certo ou salário condizente, terá dificuldades para provar inocência. Rico ou pobre, todos terão que provar que a droga era para uso próprio.

ConJur — O senhor já julgou casos semelhantes?

José Muiños Piñeiro Filho — Eu mantive a condenação de um médico como usuário, dentro do artigo 28 da Lei 11.343. Ele foi pego com 200 gramas de maconha no próprio carro, mas provou que era usuário, trouxe a esposa, amigos, vizinhos, até o diretor do hospital em que trabalhava. Mantivemos a condenação apenas como uso, embora o promotor insistisse que fosse tráfico. Esse homem trouxe testemunhos, se expôs. Mas, na minha experiência, esse tipo de caso é raro.

ConJur — A punição ao traficante foi mantida no novo projeto?

José Muiños Piñeiro Filho — O traficante continua sendo punido com o mesmo rigor, como crime hediondo. Em relação a isso, não houve discordância dentro da comissão. Para você ter uma ideia, uma pesquisa do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e Drogas (INPAD), órgão ligado à ONU, divulgada em setembro do ano passado, concluiu que o Brasil é o maior mercado mundial de crack, com 1 milhão de usuários, e o segundo em cocaína, com 2,8 milhões. Dentre os usuários, quase metade (48%) foi identificada com dependência química. Enfim, é um problema que afeta toda a sociedade. Mas a tendência é descriminalizar o uso por completo, entendendo-o como um problema de saúde pública. A conclusão da comissão foi a de que quem usa substâncias entorpecentes não está lesionando um bem jurídico de terceiro, mas está se autolesionando. Além do mais, o traficante que costuma ser preso não é o Fernandinho Beira-Mar, não é o do atacado, mas o do varejo, que consome para o próprio vício. Os grandes é que precisam ser alcançados.

ConJur — Como o senhor vê a internação compulsória de usuários de crack, adotada no Rio de Janeiro e em São Paulo?

José Muiños Piñeiro Filho — Eu não sou contra a internação compulsória, desde que ela seja exceção da exceção. Ela deve ocorrer quando, por exemplo, for verificado que a pessoa não tem ninguém que olhe por ela. Se a gente quer proteger os animais, logo, no mínimo, a proteção animal essas pessoas merecem. Em 1937, o advogado Sobral Pinto impetrou um Habeas Corpus em favor de Luis Carlos Prestes, que estava preso há nove anos, incomunicável. Sobral Pinto pediu, então, que se desse a Prestes ao menos o tratamento previsto na então recente lei de proteção aos animais, que proibia maus tratos. Portanto, há um momento em que o absurdo deve ser evitado. Mas só se justifica pegar uma pessoa e interná-la compulsoriamente se ela não tiver nenhum familiar, e se a internação for a única chance de ela continuar viva, do ponto de vista médico. O Ministério Público do Rio, por exemplo, está exigindo que a Prefeitura mostre como é o sistema de aplicação — quantos psiquiatras, psicólogos e

assistentes sociais estão envolvidos — e qual tipo de tratamento será prestado. O internamento compulsório não pode ser simplesmente enfiar a pessoa numa espécie de abrigo e pronto, está acabado. Dependendo da situação em que ela esteja, forçá-la à abstinência pode levá-la à morte. E, principalmente, é preciso definir prazos. Veja bem, até Mandados de Segurança e cumprimentos de pena obedecem prazos...

ConJur — A legislação de drogas de algum país em especial inspirou a Comissão?

José Muiños Piñeiro Filho — Suíça, Portugal, Holanda e Bélgica foram os que mais influenciaram. Esses países descriminalizaram o plantio para consumo próprio. A princípio, havíamos proposto no texto que a quantidade apreendida deveria ser suficiente a um consumo individual para 10 dias, como em Portugal. Depois, reduzimos para cinco. É científico? Não é. Quem vai definir exatamente quanto deve ser a média de um consumo razoável é a Anvisa [*Agência Nacional de Vigilância Sanitária*]. Isso é o que chamamos de “norma penal em branco”, um fenômeno jurídico pelo qual a norma transfere para o administrador uma definição. E a legislação de drogas é universal. Veja, na lei não está escrito “maconha, haxixe” etc. Está escrito “entorpecente”, e quem fornece a lista é o Ministério da Saúde. Ou seja, se o Ministério um dia deixar de considerar maconha como droga, definindo-a como remédio, a legislação não terá mais aplicação no seu caso. Mas há um aspecto interessante a ser destacado: todos os países que descriminalizaram o cultivo possuem populações de no máximo 25 milhões de habitantes. Há um questionamento acerca da capacidade de o Brasil, com quase 200 milhões de pessoas, fiscalizar. Só que para nós, o problema não é fiscalização, mas sim definir se é crime ou não o uso de entorpecentes. Quem e como vai fiscalizar, qual será a política pública, são outras questões.

ConJur — Polêmica à vista?

José Muiños Piñeiro Filho — Talvez. Mas nós da comissão não podíamos pensar em termos de população. Quer dizer, se o país tem 20 milhões de habitantes eu posso descriminalizar, mas se tiver 200 milhões eu não posso? Estaríamos sendo injustos.

ConJur — O uso de drogas em público passa a ser permitido, então?

José Muiños Piñeiro Filho — Criamos a figura do “uso ostensivo de drogas”. Foi um meio termo. O que estamos dizendo aqui é: você tem todo o direito, porque é da sua privacidade, é um problema de saúde pública você usar a sua maconha, a sua cocaína. Agora, para não ser crime, a droga precisa ser consumida no ambiente privado. Não pode ser em via pública, em escola ou nas imediações, ou na frente de crianças e adolescentes, mesmo que seja na sua casa. Estamos descriminalizando o uso, mas criando regras de controle. O uso só passa a ser ostensivo nessas hipóteses. A mensagem que se quer dar é: você quer consumir, vá ao seu quarto, à sua casa de campo, à praia. Agora, se tiver gente ali, você estará fazendo uso ostensivo. Essa é uma grande novidade e eu ainda não vi ninguém debater isso, nem dentro da comunidade jurídica.



ConJur — Este ano, o STF deve julgar se o artigo 28, que pune o usuário de droga, é constitucional. Qual a sua expectativa?

José Muiños Piñeiro Filho — Acredito que julgarão pela inconstitucionalidade. Digo isso considerando o panorama geral, que me parece favorável a essa posição, e a vontade do ministro Gilmar Mendes de reconhecer a repercussão geral do tema. Essa matéria, na verdade, já chegou ao STF várias vezes e sempre prevaleceu o entendimento de que a criminalização era constitucional. Só que, dessa vez, um ministro resolveu tocar na ferida. E cá entre nós, essa questão já é de repercussão geral há muito tempo.

ConJur — O clima está mais favorável?

José Muiños Piñeiro Filho — Sem dúvida. Antes, se algum ministro tivesse sugerido colocar esse tema dentro da repercussão geral, a tendência seria a proposta ser rejeitada imediatamente. O que seria até pior. Agora, eles enfrentarão a seguinte tese: se o artigo 28 da lei de 2006, que criminaliza quem possui drogas para uso próprio, não está indo contra o inciso 10 do artigo 5º da Constituição, que prevê a proteção à privacidade e à intimidade.

ConJur — O debate público que possivelmente esse julgamento vai provocar poderá, na sua opinião, ter efeito na tramitação do projeto do novo Código Penal, na parte relativa às drogas?

José Muiños Piñeiro Filho — Se o STF reconhecer que a lei, ao criminalizar o usuário, é inconstitucional, creio que acontecerá mais ou menos como na questão do aborto de feto anencéfalo. Porque nesse caso, será difícil o Congresso Nacional derrubar o aborto de anencéfalo depois de o Supremo ter dito que sua proibição viola a garantia da privacidade da gestante e a dignidade da pessoa humana. Foi o que ocorreu com a liberação de células-tronco para pesquisas. Nesse sentido, concordo que poderá influenciar. Se o Supremo decidir no primeiro semestre, essa coincidência pode contribuir muito com o trâmite do projeto no Senado.

ConJur — Há quem diga que o projeto é tímido ou excessivamente punitivo em relação às drogas.

José Muiños Piñeiro Filho — Um professor da minha faculdade dizia que toda lei que vai contra aquilo que está assimilado pelo povo tem duas tendências: ser revogada ou não ser cumprida. Este talvez não seja o Código mais avançado, mas sem dúvida é o Código possível. Durante os trabalhos da comissão, recebemos mais de cinco mil sugestões da população por meio do "Alô Senado". Eu posso dizer, como profissional de Direito, com 25 anos de atuação como promotor, e há cinco como desembargador vivenciando essa matéria, que 40% do meu trabalho como julgador é mantendo a condenação ou absolvição de traficantes de drogas — o usuário costuma parar na primeira instância. Ainda não estou convencido de que a descriminalização total seja a solução. Mas estou convencido, sim, de que continuar criminalizando e estigmatizando o usuário está deslocando e inibindo a atuação da saúde pública.

Date Created

24/03/2013