

Pena de morte para os traficantes de drogas?

José Luis de la Cuesta

Mesmo se o artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos civis e políticos estabelece que nos países onde ainda não se aboliu a pena de morte, ela somente deve ser aplicada aos crimes mais graves, segundo os relatórios da Anistia Internacional (*The Death Penalty: No Solution to Illicit Drugs*, Londres, 1987), do UNSDRI (*International Survey on Drug-Related Penal Measures. An Action-Oriented Document*, Roma, maio de 1987) e o do Professor E. A. Fattah (*The Use of The Death Penalty for Drug Offences and for Economic Crime. A Discussion and a Critique, Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 58, 3-4, 1987, pp. 723 e ss.) apresentado na Conferência Internacional ocorrida no Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais (Siracusa – Itália) de 17 a 22 de maio de 1988 –, seriam mais de vinte os países nos quais a pena de morte é prevista, de um modo ou de outro, como reação contra os fatos mais graves de tráfico de drogas.

O problema – que atinge também a Europa através da Turquia – não ocorre na maior parte dos países ocidentais, que aboliram ou não a pena de morte. Na Espanha, o artigo 15 da Constituição de 1978 declara a abolição da pena de morte, salvo nos casos previstos pelas leis penais militares para os crimes cometidos em tempo de guerra. A Espanha, aliás, ratificou o II Protocolo das Nações Unidas e o VI Protocolo Europeu.

Se perguntarmos quais são os motivos que levam os Estados a adotar uma reação tão extrema contra o tráfico de drogas, encontraremos, em princípio, duas razões determinantes: – por um lado, os argumentos segundo a ordem de justiça, centrados na retribuição dos atos cometidos; – e, por outro, os argumentos de prevenção, inspirados pelos critérios de utilidade.

Nem uns nem outros podem, entretanto, justificar suficientemente o uso da pena de morte contra o tráfico de drogas, mesmo nas modalidades mais graves.

II

1. Do ponto de vista da *ideologia da retribuição*, o único meio para o direito penal respeitar a dignidade do homem é o de agir tentando “fazer justiça”. Isso exige, segundo as teorias absolutas, que o mal realizado pelo delito seja objeto de compensação pelo mal da pena. Esta deve ser, conseqüentemente, de gravidade objetiva similar ou equivalente àquela do fato delituoso.

Determinar e encontrar a gravidade, de forma abstrata, de uma certa infração não é simples. O conteúdo das concepções ético-sociais varia

profundamente do ponto de vista diacrônico e mesmo sincrônico. A relatividade histórico-espacial do delito e da pena é fácil de comprovar.

Assim, historicamente, não existe um critério uniforme para estabelecer a gravidade dos males inerentes aos diferentes delitos e as penas que a eles correspondam. Condutas que, hoje, são consideradas como sendo parte integrante da liberdade individual (a heresia, por exemplo) eram, em outros tempos, objeto de reações mais duras por parte do poder punitivo.

Não é necessário, entretanto, percorrer a história para encontrar tais exemplos. É certo que as diferenças culturais continuam a ser muito grandes, mesmo com a forte aproximação dos países. Por conseguinte, os critérios de justiça não são idênticos em todos os países do mundo. Se no ocidente, e atendendo ao conteúdo das Declarações, Convenções e Pactos Internacionais, reservamos as reações penais mais duras para as mais graves violências contra a vida, podemos, no entanto, nos perguntar quais são os critérios em outras civilizações, em outros mundos (pensemos no retorno do fundamentalismo nos países árabes, por exemplo). Na verdade, não existe ainda a plena identificação quanto à importância dos valores comuns e o tipo de reações que merecem as agressões contra os mesmos.

Em todo caso, se nos limitarmos aos bens jurídicos individuais, encontraremos um certo nível de acordo quanto à sua graduação; a vida ocuparia o primeiro lugar, seguida da integridade individual e da saúde. Por outro lado, certos princípios já clássicos em direito penal nos indicam que, para estabelecer a pena proporcional a um determinado delito, é necessário não somente observar o valor ofendido, mas, também, o nível de agressão revelado pela conduta: destruição, lesão, exposição a perigo... Seria a combinação desses dados que, do ponto de vista da retribuição, permitiriam indicar a sanção adequada.

2. Quando se fala da gravidade do tráfico de drogas verifica-se uma certa tendência a identificá-lo não somente com os perigos provocados para a saúde pública, mas também, e sobretudo, os graves danos para a saúde individual que decorrem do consumo das substâncias: a morte por *overdose*, o sentimento de insegurança derivado do conhecimento dos roubos e/ou agressões cometidos por toxicômanos em busca de recursos para adquirir a droga; os perigos inerentes ao crime organizado, cujos poderes e capacidade de penetração e de corrupção de certos sistemas políticos é verdadeiramente grande...

Entretanto, a valorização penal do tráfico de drogas, que de uma forma indireta (para os agravamentos) deve levar em conta tudo isso, não pode ser construída sobre esses dados. Ao contrário, deve se limitar ao fato da agressão que este comporta em si mesmo e o valor que é ofendido. E isso é muito claro: os delitos de tráfico de drogas são unicamente *atentados contra a saúde pública*, a qual é

posta em risco pelo fato da introdução e distribuição de substâncias não-controladas e cujo consumo pode provocar graves conseqüências para a saúde individual.

A saúde pública não é um bem equivalente à vida ou à saúde individual em nossos códigos penais. Ao contrário, considerada como um bem jurídico penalmente relevante por sua importância para a tutela preventiva (mediata) da saúde individual, esta e sobretudo a vida são consideradas valores superiores à saúde pública e os ataques que são dirigidos a elas merecem uma sanção mais grave. Por outro lado, as condutas de exposição a perigo são sempre consideradas, naturalmente, menos graves que a lesão ou a destruição do bem jurídico. Prever então a pena mais grave para fatos que não constituem efetivamente um perigo para a saúde pública resulta, na minha opinião, absolutamente desproporcionado. Pois, mesmo que se tenha à frente os dirigentes das grandes organizações de traficantes e, fora o fato que é preciso julgar cada um em função de todos os fatos criminais praticados, os maiores perigos contra a saúde pública não deveriam jamais se assemelhar pela lei penal às mais graves condutas de destruição da vida humana, como o demonstram as perspectivas talionistas mais rigorosas.

Por conseguinte, a previsão da pena de morte para os fatos mais graves do tráfico de drogas deve ser completamente rejeitada sob o aspecto da retribuição.

III

1. As perspectivas utilitaristas consideram que a reação penal se justifica pela necessidade de se prevenir os delitos. Certamente isso inclui de certa maneira também a exemplaridade, que comporte a função pedagógica do direito penal em relação às normas fundamentais da ética social.

A prevenção pode ser geral ou especial. A primeira se identifica com a intimidação dos cidadãos, em geral, possíveis autores dos fatos proibidos. A segunda supõe uma intervenção sobre a pessoa do delinqüente para prevenir a reincidência através da correção ou da ressocialização, ou pela sua separação ou pela garantia de sua inocuidade, no caso de delinqüentes incorrigíveis.

De qualquer forma, as teorias relativas precisam também encontrar para cada crime ou delito o limite de sanção adequado para dissuadir os cidadãos (da comissão de fatos delituosos), respeitando sempre uma certa proporcionalidade para a credibilidade do sistema: tudo não pode ser sancionado pelas penas mais graves e no caso de se prever estas para fatos menos importantes, mas muito freqüentemente cometidos, de uma certa forma ajuda-se os delinqüentes a não ter medo de cometer crimes mais graves, tendo-se já arriscado à mesma reação penal.

2. Do ponto de vista preventivo, os argumentos para aplicar as penas mais graves (e, dentre elas, a pena capital) contra os traficantes de droga são conhecidos. A luta contra as drogas demonstra que o emprego das penas mais graves de nada serviu. O tráfico de drogas controlado pela polícia não vai além de 10% do tráfico

total, nas avaliações mais otimistas, e continua a aumentar de maneira inverossímil. Somente as penas realmente duras, até mesmo definitivas, como a pena de morte, seriam capazes de intimidar os grandes traficantes ou, em caso extremo, de eliminá-los.

Não vamos negar o radicalismo da pena de morte de um ponto de vista preventivo especial (o executado não vai mais cometer um delito...), embora nessa linha pudéssemos sempre nos perguntar se estaríamos em presença de uma verdadeira pena ou de uma medida de segurança. É preciso também dizer que existem outros meios de garantir a inocuidade igualmente eficazes e que não atacam radicalmente o direito à vida dos cidadãos. Aliás, a eficácia das ações de reintegração em matéria de terrorismo – que se quer começar a aplicar a todo crime organizado – salienta a fraqueza dos argumentos justificando a necessidade da pena capital para os “irrecuperáveis”.

Porém, quando se fala em prevenção em matéria de pena capital contra os traficantes de drogas, é sobretudo o argumento da prevenção geral que se utiliza. E deve-se insistir então, primeiramente, que o efeito intimidante da pena de morte nos criminosos não está provado. Os estudos de personalidade dos culpados de crimes muito graves, como assassinato, demonstram que o fato de poder ser condenado à pena capital não teve nenhum efeito significativo em sua conduta. Pesquisas como as de Sellin nos Estados Unidos, de Leaute, na França, ou de Growers, dirigindo a Royal Commission no Reino Unido, asseguraram inúmeras vezes a ausência de efeito específico de intimidação da pena capital, visto que sua abolição não aumenta o número dos delitos punidos com a pena de morte. Ademais, pode-se verificar freqüentemente que nos países de fronteiras comuns, de condições econômicas e sociais muito semelhantes, a taxa de infrações suscetíveis da pena capital continua muito similar, mesmo que num deles a pena de morte seja legalmente prevista e aplicada e, noutro, não.

Quanto aos efeitos de prevenção geral da pena de morte nos traficantes de droga, pode-se levar em conta, por exemplo, a experiência do Egito (ver Fattah, *cit.*, p.726), confirmada em outros países pelos relatórios da Anistia Internacional. Os traficantes, cujas rendas se multiplicaram em face do risco acarretado pelo tráfico, encontraram métodos muito engenhosos para não ser descobertos. Porém, dada a gravidade da pena cominada para os seus crimes, o trabalho dos policiais tornou-se muito mais perigoso, pois os traficantes começaram a fazer uso de violência mais forte para fugir. Ainda, e do ponto de vista da administração da justiça, pode-se constatar uma certa relutância na intervenção nos pequenos casos e uma grande tendência a encontrar razões “técnicas” para não aplicar a pena prevista pela lei... Finalmente, como a lei que prevê a pena capital pelo tráfico de drogas não teve um verdadeiro efeito preventivo geral, certas conseqüências negativas para a justiça e a aplicação da lei são evidentes.

IV

Não são os argumentos que acabamos de mencionar os únicos que se opõem ao emprego da pena de morte como solução contra o tráfico de drogas.

Há tempo se promove o debate entre os argumentos a favor e contra a pena de morte e se insiste:

- na inviolabilidade da vida humana e seu caráter sagrado, da qual nenhum cidadão, juiz ou não, poderia dispor;

- na sua ilegitimidade em uma sociedade democrática, baseada no modelo teórico do contrato social de Rousseau, pois como os cidadãos não têm o direito de dispor sobre a própria vida, não podem transferí-lo ao soberano;

- na crueldade, no radicalismo e na injustiça intrínseca a uma pena tal, que se constitui em si mesma, e não somente em razão dos meios de execução, uma tortura física evidente, além de impedir evidentemente qualquer possibilidade de correção ou readaptação social do condenado, e que cria a figura do carrasco, uma pessoa destinada a dar fim à vida dos condenados;

- na existência de outras penas menos nocivas e mais eficazes contra qualquer tipo de delito;

- na irreparabilidade dos erros judiciários, muito freqüentes, como se pode demonstrar na história recente dos Estados Unidos da América com os casos **Sacco e Vanzetti** (1927) ou **Hauptmann** (1936) e que podem ter suas causas em muitos fatores: atividade policial inadequada, defesa e representação legal incompetentes, erros na avaliação do juiz ou do júri...

- na freqüência de anormalidades psíquicas nos condenados à morte e, em resumo, nos efeitos desmoralizadores da execução, seu caráter muito freqüentemente seletivo, desigual e discriminatório...

Pessoalmente engajado contra a previsão da pena de morte qualquer que seja o crime ou delito (até mesmo em caso de guerra), concordo com todos esses argumentos que afirmam a inadmissibilidade desse “assassinato legal” (Beccaria) por um direito penal moderno orientado pelos princípios de racionalidade e humanidade.

V

Então, por que se continua a insistir em certos países sobre a aplicação da pena de morte e, especialmente, contra os traficantes de drogas?

Segundo Fattah, a pena de morte não seria prevista em muitos casos para reduzir o crime (o que, como é sabido, não vai conseguir) ou pelo espírito de revanche (sede de sangue), porém, principalmente, como uma **resposta irracional** contra um problema complexo que não se é capaz de controlar e que, no caso do crime econômico ou, sobretudo, do tráfico de drogas, poderia servir a aliviar a

frustração inerente a um tipo de infrações das quais a mídia fala todos os dias como sendo a causa de uma maior criminalidade e, em resumo, a origem de um grande perigo contra a economia, o sistema político e a sociedade em seu todo. A melhor maneira de lutar contra a pena de morte seria enfrentar essas profundas frustrações que surgem em muitas pessoas em vários países e que consideram “aceitável” um procedimento “tão selvagem e bárbaro”.

Particularmente, acredito que não são suficientes a cominação e a aplicação da pena de morte e assim, limitar-se a luta contra as drogas à atuação do direito penal é adotar uma resposta irracional contra um problema complexo que não sabemos controlar.

Não excluindo um certo papel do direito penal nos casos mais graves de atentados simultâneos a bens importantes (perigo à saúde pública e distribuição entre menores, por exemplo), concordo com a opinião de um grupo crescente de estudiosos do fenômeno que estão propensos a propor que a ação contra as droga deve ocorrer, sobretudo, fora do Código Penal; pois – nos perguntamos – se queremos proteger a saúde pública, não seria muito mais eficaz a realização de campanhas de educação pública com a distribuição controlada das substâncias (cuja composição... seria também objeto de controle) entre os dependentes? E, se o objeto de proteção é a segurança pública, então é preciso dizer que é em grande parte a ilegalidade das substâncias que faz aumentar o preço e a dificuldade de acesso pelos toxicômanos, os quais cometem roubos para obter os recursos para aquisição das doses. Ademais, quando se verifica quais são os objetivos reais da ação policial e judiciária nessa matéria, percebe-se que não é a grande delinqüência, mas os consumidores e em muitos casos também pequenos traficantes, os que sofrem a aplicação cotidiana da lei penal. Em resumo, confia-se no direito penal. Intensificam-se, agravam-se as penas para lutar contra os grandes traficantes, mas, fatalmente, são os toxicômanos quase os únicos a serem levados à justiça, quando do que realmente necessitam é muito mais ajuda médica e social do que de penas e/ou de medidas de caráter repressivo. Tudo isso não é profundamente irracional?

VI

Antes de terminar, falamos até aqui da pena de morte e do tráfico ilícito de drogas. Porém, se fizermos um percurso nas legislações, até mesmo européias, sobre a matéria podemos encontrar inúmeros exemplos de condenações muito longas à prisão e de condenações à prisão perpétua para certos tipos de tráfico.

Gostaria, então, de encerrar minha intervenção lembrando uma lição que recebi há algum tempo de meu mestre, o professor Antonio Beristain. Legalidade e legitimidade não são termos equivalentes e, mesmo no caso do direito penal democrático, todos os tipos de penas, todas as reações não são legítimas. Na

realidade, a legitimidade do direito penal deriva não somente do caráter democrático do sistema legal sobre o qual está construído, mas também do respeito a certos princípios fundamentais: necessidade, legalidade, imputação subjetiva, culpabilidade e humanidade.

Resumindo, como a função do direito penal (*ultima ratio*) é encontrar o nível de reação mínima que assegure o restabelecimento da ordem jurídica e a satisfação dos sentimentos de justiça ofendidos pelo crime, o direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção. Tal não é o caso das penas (de prisão) perpétuas que constituem também em última instância uma quebra absoluta do princípio de humanidade.

O Professor Doutor José Luis de la Cuesta é Presidente da Associação Internacional de Direito Penal e Diretor do Instituto Basco de Criminologia, Universidade do País Basco.

Tradução: Consuelo Rauen