

# A lei contém, sim, palavras inúteis!

João Gaspar Rodrigues

Promotor de Justiça em Tabatinga. Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado* e *Tóxicos: abordagem crítica da Lei n.º 6.368/76*.

*Na verdade, a lei diz ter em depósito e guardar. Ambos os verbos têm o mesmo conteúdo físico que é o reter, a detenção. Ora, no caso, com o depósito e a guarda do entorpecente e da substância que determine dependência física ou psíquica – o crime estava consumado e legítima a prisão em flagrante do paciente, pois a sua ausência momentânea do local – não faz desaparecer a permanência do crime (TRACRIM-SP – AC – Rel. Camargo Sampaio, JUTACRIM 24/158).*

A multiplicidade de condutas típicas do art. 12 da Lei n.º 6.368/76, decorrente segundo Zaffaroni de um Direito Penal autoritário, levou à justaposição de modalidades muito semelhantes, engendrando uma intrincada meada de distinções e subdistinções mais ou menos bizantinas. É o que ocorre com os verbos ter em depósito e guardar.

Basicamente não há diferença entre tais verbos, a não ser pelo fato de que a primeira modalidade (ter em depósito) pressupõe uma certa quantidade de substância; enquanto a segunda (guardar) refere-se a qualquer quantidade, inclusive, grande quantidade. Por esse prisma, então, o núcleo “ter em depósito” já estaria contido no “guardar” que é mais amplo e abrangente. Essa falha legislativa atribui-se, evidentemente, ao afã do legislador em não deixar nenhuma brecha aos criminosos.

Na verdade, lexicologicamente, depositar e guardar são palavras sinonímicas, com a mesma acepção. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em seu famoso *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, registra: “Depositatar. V. t. d. 1. Pôr em depósito; guardar”.<sup>1</sup>

1 Ed. Nova Fronteira, 1.ª ed., 1988, p. 202.

Não há portanto, lingüisticamente falando, distinção alguma entre as duas modalidades e como só faz sentido estabelecer distinções quando estas importem conseqüências relevantes para o mundo do Direito, torna-se estéril a discussão.<sup>2</sup> Em qualquer das modalidades em que incorrer o agente, estará cometendo o crime do art. 12, *caput*.

Numa última esperança de elaborar uma discriminação convincente e que enseje resultados na prática, quando da subsunção do fato à modalidade criminosa pertinente, Edevaldo Alves da Silva inicialmente, depois decalcado por inúmeros outros autores, traçou uma distinção entre o verbo “ter em depósito”, que teria um sentido de provisoriedade e mobilidade; ao passo que “guardar” não sugeriria essas circunstâncias, compreendendo a ocultação pura e simples, permanente ou precária.

A lição doutrinária acima, se analisada com um mínimo de lógica, só serve para evidenciar que a modalidade “ter em depósito” está contida no verbo “guardar”, tornando inútil a primeira modalidade e cerebrina qualquer distinção. O fato de que a provisoriedade ou permanência da retenção da droga seja o elo distintivo entre as duas modalidades é falacioso e fruto tão-somente de elucubrações niquentas. Não há distinção por duas razões: 1 – os termos “guardar” e “ter em depósito” são sinonímicos; 2 – se um depósito breve equivale a guardar e se guardar corresponde a um depósito longo, e se têm o mesmo conteúdo físico que é o reter, a detenção, qual a distinção que razoavelmente se pode fazer? Nenhuma. Caminhar sobre este fio de navalha, além de perigoso pode se tornar ridículo e ensejar a condenação da ciência penal, como diz Enrico Ferri, a permanecer em solilóquio escolástico, estranho e longínquo da realidade humana, da

---

2 A discussão é estéril quando propende a fina força distinguir as duas modalidades de crime. Por outro, é profícua quando tenta adequar a terminologia jurídica, espancando-lhe as imprecisões, dentro do correto entendimento de que o Direito é uma ciência, e como tal, para atingir seu objetivo, requer uma terminologia coesa e ordenada. Como diz Giovanni Sartori “nenhum conhecimento científico teve início sem primeiro ordenar e precisar seu vocabulário: é a terminologia que fornece as pernas com as quais a ciência caminha” (*A Política*, Ed. Unb, 2.<sup>a</sup> ed., trad. Sérgio Bath, p. 5). De igual modo se exprime Norberto Bobbio: “O rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática, para a beleza do estilo, mas é exigência fundamental para construir qualquer ciência. Sem terminologia não há ciência”.

justiça penal cotidiana,<sup>3</sup> além de esvaziar o sentido material dos conceitos para lhes atribuir um conceito arbitrário.

A exigência da praticabilidade do Direito, da segurança e certeza de suas prescrições, implica uma conveniente acomodação de seus conceitos jurídicos. Como refere Cavaleiro Ferreira, o conceito só deve ser entendido como intermediário necessário para a formulação genérica do preceito jurídico; não deve isolar-se do real, como puro ente de razão, e por isso como criação arbitrária ou imaginária, estranha à realidade que lhe cabe translucidar.<sup>4</sup> Não sendo o conceito um ato arbitrário do pensamento, deve acompanhar o movimento mesmo da realidade. Infelizmente, para salvar a letra da lei, os autores são obrigados a inventar distinções verbais vazias e despegadas da realidade, em seu aspecto teleológico.

Em Direito, a conceitualização dos institutos jurídicos ou prescrições visa acima de tudo simplificar e agilizar sua aplicação. Não se pode estabelecer nuances onde não existem. A lei não é infalível, até porque confeccionada por mãos falíveis. A força e inteligência que comumente lhe é atribuída não provêm dela, enquanto entidade pura, mas da interpretação que lhe é dada. A lei só é sábia depois de convenientemente interpretada e aplicada de acordo com esta interpretação, ela não nasce já sábia e adulta como Minerva. Resulta daí, que a aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração, como astutamente já dizia Thomas Jefferson.

Originariamente o alcance da lei é pífió. O que lhe confere grandeza são os aplicadores, pois o Direito em si é, “desafortunadamente, um conjunto de regras atrasadas, mal alinhavadas, entre si, plenas de vazios e contradições, elaboradas por indivíduos de carne e osso, sem conhecimentos jurídicos profundos e, às vezes, dominados por paixões. Tais regras nem sempre são obedecidas e nem sempre produzem, quando aplicadas, saudáveis efeitos sociais”. As leis valem o que valerem os seus aplicadores.

3 *Princípios de Direito Criminal*, p. 105.

4 *Direito Penal Português*, I/416.

A lei deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais.<sup>5</sup>

A liça em torno da distinção entre os dois verbos só demonstra que a lei pode sim agasalhar palavras inúteis. Os que teimam em entender o contrário (“de que a lei não possui palavras inúteis”), se agarram em filigranas metafísicas, tentando fixar o inatingível *discrímen*. Do nosso lado, não titubeamos em afirmar que a distinção é supérflua e sem valor, denotando os que tentam e insistem em demarcá-la, absoluta falta de senso prático e um desejo epiléptico em salvar a letra da lei.

Em certa oportunidade ouvi de profissional do direito, a propósito de interpretação de leis, a seguinte colocação, à guisa de elisão de uma porfia doutrinária que protagonizávamos: “prefiro errar com a lei”. A dotorice foi proferida, além do tom conclusivo, com o mesmo grau de confiança com que se enuncia uma verdade matemática. Isso me fomentou no espírito a conjectura de que o apego à letra da lei, além do servilismo subjacente, põe em relevo uma mentalidade reducionista, estreita, asséptica e primitiva.

Os que se aferram parasitariamente ao texto cru da lei, o fazem, ou por timidez ou inexperiência, para não perderem o caminho. Além de delinear um racionalismo positivista com uma tendência para o expediente da imutabilidade. Meio que alguns espíritos encontram como uma forma de segurança intelectual. Existem inteligências, diz E. Durkheim,<sup>6</sup> que experimentam a necessidade de se fundamentarem em algo de fixo, de possuírem uma linha de conduta completamente traçada, que não comporte hesitação ou dúvida, de se convencerem que não existem duas formas de agir e que, por conseqüência, não há que procurar-se a melhor. Essas inteligências carecem de uma disciplina totalmente elaborada, de um código de leis e de uma verdade pre-estabelecidos. De outro modo, sentem-se desorientados. Tudo o que for mudança, risco, esforço de pesquisa, provoca-lhes inquietação e mal-estar. Daí, muito naturalmente, a tendência para crerem numa verdade e em realidades imutáveis.

5 Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Ed. Forense, 14.<sup>a</sup> ed., p. 11.

6 *Sociologia, Pragmatismo e Filosofia*. Ed. Rés, p. 39.

Enfim, o *discrimen* que se quer estabelecer entre os dois verbos representa um exagerado nominalismo em que só existe em um conceito o que nele colocamos, pois de acordo com esta hipótese os nossos conceitos não nos fazem chegar às essências ou naturezas (que são o que são em si mesmas, independentemente da maneira pela qual nós as apreendemos). Há, portanto, uma diretriz de que um conceito só pode ser entendido em sentido subjetivo, constituindo um conjunto de notas ou atributos, pinçadas por nós, para atender ao estado de nossa ciência em um dado momento. Ora, tal não pode ser, pois se é verdade que existem realmente natureza ou essência atingidas pelos conceitos, deve-se então entender a compreensão destes num sentido objetivo, ou seja, a compreensão de um conceito é o conjunto das notas que o constituem em si mesmo: notas constitutivas da própria essência apresentada pelo objeto e que derivam dela. Não se pode privilegiar o nominalismo em detrimento do essencialismo, sob pena de reduzir a ciência penal em seu alcance prático.