

Descriminalização do uso de drogas, suspensão do processo judicial e recuperação de usuários de tóxicos. Questões para reflexão

LUIZ CARLOS SCHMIDT DE CARVALHO (*)
Promotor de Justiça - SC

Declaração do jurista e Ministro da Justiça, Nelson Jobim, em favor da descriminalização do uso de drogas e entorpecentes, bem como recentes notícias de que se encontram tramitando, no Poder Legislativo, projetos que visam à alteração da legislação penal relativa ao uso e tráfico de tóxico, trouxeram à discussão da sociedade brasileira tema que, na maioria das vezes, costuma ficar restrito a pequenos círculos de estudiosos e aos membros dos Conselhos de Entorpecentes, sejam eles federal, estaduais ou municipais.

Raramente a questão é objeto de discussão mais ampla, por equipes multidisciplinares, das quais, necessariamente, deveriam participar, além de psiquiatras, psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e toxicólogos, os integrantes da Magistratura, do Ministério Público, autoridades policiais e professores de Direito, mormente os que lecionam Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

Tampouco os meios de comunicação, com raras exceções, discutem, com a necessária profundidade que a matéria exige, a complexa questão que envolve o tráfico e o uso de entorpecentes, dentro de uma visão holística. Por sua vez, a maioria dos artigos - e, certamente, este não fugirá à regra - traduz a visão parcial do tema.

No momento em que exsurge, mais uma vez, a questão nos noticiários, temo que se transforme em simples sensacionalismo, com enormes manchetes, quicá chocantes, mas sem soluções ou, quando muito, com propostas divorciadas da realidade conjuntural brasileira. Talvez se busque, na edição de uma nova lei, a solução para um problema que não pode restringir-se ao campo dogmático, mas exige uma definição de prioridade política por parte dos governantes e um intenso engajamento da sociedade.

(*) - Professor do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau

Sem pretender respostas imediatas, mas tão-somente preocupado, sinto-me na obrigação de refletir, em voz alta, as idéias e angústias que me inquietam. Três situações específicas me colocaram em contato direto com o tema: as experiências de Promotor de Justiça em Vara Criminal, as de Presidente do Conselho Municipal de Entorpecentes de Blumenau e as de Secretário de Justiça e Administração do Estado de Santa Catarina, órgão ao qual estavam vinculados o Conselho Estadual de Entorpecentes e os programas ligados aos adolescentes infratores - muitos deles usuários de drogas. Acresço, ainda, as experiências de pai de três jovens e as de professor universitário.

Esta vivência e, principalmente, o contato direto - em entidades comunitárias - com usuários de drogas ilícitas, levou-me à fácil conclusão de que o simples usuário de um produto entorpecente não é um delinqüente e não pode ser tratado como um bandido. Aliás, sob este aspecto, é bom lembrar que, na maioria das vezes, adolescentes tornam-se delinqüentes para saciar a ânsia da dependência que, por certo, os atormenta.

Há que se fazer, ainda, um paralelo entre o uso do cigarro "comum" (de comercialização lícita) e o da maconha (*canabis sativa*). O simples gesto de fumar um "baseado" de maconha não pode ser - como o é atualmente - classificado, tecnicamente, de forma diversa do de fumar um cigarro. Ambas as ações, comprovadamente, atentam contra a saúde de seus usuários.

Em suma: o dependente de cigarro, porque usa uma droga considerada lícita pelo legislador e tem sua comercialização permitida, não é considerado criminoso. *Mutatis mutandis*, o viciado em maconha - veja-se que não se está relacionando com drogas consideradas pesadas - porque utiliza produto, por norma jurídica, definido como ilícito, é levado às barras dos Tribunais. Dois pesos, duas medidas; ou um terrível contra-senso! Neste passo, é bom lembrar que ficou devidamente comprovado, por cientistas norte-americanos, que a nicotina, substância básica dos cigarros, é elemento químico criador de altíssimo grau de dependência.

Sem pretender, obviamente, invadir espaços técnicos, dos quais deverão se ocupar os especialistas, preferencialmente de forma interdisciplinar, ouso externar minha manifestação e apresentar uma proposta.

De início, e tendo em conta exclusivamente a legislação que trata da matéria, pretendo deter-me à questão sob o seu prisma jurídico, sobremodo diante do conflito que se apresenta ao Promotor de Justiça e ao Magistrado, encarregados, o primeiro, de denunciar ou não um dependente; o segundo, de condená-lo ou absolvê-lo.

A ambos não cabe, por força da legislação vigente, discutir se o dependente é transgressor ou vítima. Vítima da família, dos amigos, da sociedade ou dele mesmo. Provado o fato previsto no tipo penal da legislação especial, cabe-lhes, ao Promotor de Justiça oferecer a peça exordial da ação penal e ao Magistrado condená-lo.

Vale lembrar o ensinamento, repetido pelo Ministro da Justiça, de que o nosso sistema, diversamente do sistema norte-americano, não possui o instituto do *plea bargain*, onde o "Public Prosecutor" ou o "United States Attorneys" podem negociar com o acusado e têm condições de decidir discricionariamente sobre a oportunidade da ação penal.

No Brasil, o Ministério Público não tem a disponibilidade da ação penal; uma das características da Instituição, rançosamente herdada do Código de Processo Penal de 1941, ainda, por incrível que pareça, em vigor, embora anacrônico.

É oportuno, pois, para seguir a lição do Ministro Jobim, que se promova a modificação da legislação processual penal, adequando-a à nova realidade brasileira. Nesta direção, é recomendável que se diga que, na esfera da proteção à infância e adolescência, o Ministério Público dispõe de prerrogativas próximas ao *plea bargaining* americano, uma vez que o Promotor pode, de acordo com as circunstâncias e a gravidade do delito, conceder remissão - que na prática não passa de um perdão.

De outro lado, a Carta Magna, em seu art. 98, criou a possibilidade de transação nos casos de infrações de menor potencial ofensivo. O legislador infraconstitucional, através da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais, definiu, em seu art. 61, como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuando aqueles casos em que a lei prevê procedimento próprio.

Como a pena para o usuário de tóxicos é de detenção de 6 meses a 2 anos, por evidente não se pode aplicar a estes delitos a nova norma e, conseqüentemente, a transação A menos que outro dispositivo legal trate da matéria em exame.

Entretanto, aplicável a norma do art. 89, da mesma lei, que permite uma espécie de "sursis" antecipado, proposto pelo Ministério Público, no momento em que oferece a denúncia, desde que preenchidas as condições estipuladas pela norma legal, isto é, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e estejam presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Neste caso, o processo poderá ser suspenso pelo período de 2 a 4 anos, não correndo o prazo prescricional, desde que o acusado e seu defensor aceitem a proposta e, o primeiro, se submeta às condições estabelecidas naquele momento. Entre estas condições, pode-se incluir a proibição de frequentar determinados lugares, ausentar-se da Comarca sem autorização judicial e comparecimento a juízo para justificar suas atividades (condições legais).

Abre, ainda, o legislador, uma excepcional margem à discricionariedade do julgador para que este especifique outras condições a que se subordina a suspensão do processo, "desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado" (condições judiciais).

Entendo que a condição adequada ao usuário de tóxico é o compromisso de se submeter a tratamento terapêutico!

Entretanto, como impor tal condição, se o Estado não oferece estabelecimentos ou programas adequados ao tratamento e à recuperação das pessoas que tiverem seu processo suspenso e lhes for imposta esta condição?

Teremos duas classes de usuários, distinguidos pela sua condição econômica, com alternativas processuais diversas? Estarão, os usuários de drogas, com poder aquisitivo em situação de superioridade aos desprovidos de recursos econômicos? Ou novamente far-se-á da igualdade jurídica uma triste ficção diante da realidade social?

Deve, o Ministério Público, conhecendo a realidade, não pugnar pelo oferecimento e exigência desta condição? Deve, o julgador, eliminá-la, mesmo sendo a mais recomendada, porque o Estado e a Sociedade não oferecem aos desafortunados esta oportunidade?

É reconhecido, unanimemente, que a pena privativa de liberdade, mormente nos casos de toxicômanos, não levará ninguém à cura. Ao contrário, provavelmente agravaria a sua condição. Se já despersonalizado pelo vício, com a prisão, o toxicômano será jogado em perigoso ambiente, envolvendo-se com "professores" do crime, sendo, desta forma, o seu retorno à sociedade, ainda mais traumático.

Assim, no caso exclusivo de usuário dependente de drogas, ao invés de processo e conseqüente prisão, lhe seria oferecida uma "janela", uma alternativa de participação em um programa terapêutico de desintoxicação e, se possível, de integral recuperação.

Cumprido o programa, recuperado o ex-usuário, os autos do processo, que estariam, até então, sobrestados, seriam arquivados. Todavia, descumpridas as cláusulas estabelecidas, deflagrar-se-á a ação penal.

Talvez esta discussão desagrade a muitos. Aos que defendem a descriminação do delito tipificado no artigo 16, por considerá-la tímida demais; a outros, por achá-la estranha e, quiçá, pouco jurídica. Entretanto, é uma proposta que penso factível, desde que, obviamente, o Estado resolva redirecionar sua política em relação ao usuário de drogas entorpecentes.

Tivesse cumprido a norma do artigo 9º, da Lei nº 6.368/76, que determinava - e determina que: "as redes do serviço de saúde dos Estados, Território e Distrito Federal contarão, sempre que necessário e possível, com estabelecimentos próprios para tratamento de dependentes de substâncias a que se refere a presente lei", certamente, teríamos, hoje, uma situação totalmente diversa.

Tratando-se de mera norma programática, faltou vontade política aos governantes para implementá-la. Veja-se que sequer as adaptações à rede de saúde já existente, que era uma atenuante prevista naquela legislação, tornaram-se realidade. Lamentavelmente!

Merece registro, também, que já no longínquo ano de 1938, o Decreto-lei 891, em seu artigo 29, previa a internação de dependentes, não a sua prisão, nos "casos de toxicomania por entorpecentes".

De há muito, o legislador prevê a substituição da pena privativa de liberdade do dependente por tratamento terapêutico. Todavia, como sói acontecer entre nós, a letra da Lei ficou morta, empoeirada nas prateleiras de estantes jurídicas e o poder público nada fez para atender à demanda dos que necessitam de recuperação. Não fossem os movimentos de entreatada e as instituições religiosas, com suas casas de recuperação, o quadro seria ainda mais desolador.

Claro está que, para implementar esta proposta, além da necessária alteração legislativa, que se deu início, faz-se mister que o Estado implemente um programa de terapia recuperacional, estruturando-o como um sistema público de acesso a todas as classes sociais e econômicas, ao mesmo tempo em que devem ser criados estímulos e apoio às entidades comunitárias destinadas à recuperação dos dependentes de tóxicos, bem como do alcoolismo, outra grave preocupação a ser eficientemente enfrentada.

A abertura do art. 89, da Lei nº 9.099/95, possibilitando a suspensão do processo, após o recebimento da denúncia, para os casos de acusados primários, que não respondem a outros processos e preencham as condições especificadas, é um avanço no obsoleto pressuposto da obrigatoriedade da persecução criminal. Entretanto, no caso especialíssimo dos usuários de drogas ilícitas, de pouco servirá à Sociedade, se esta não lhes oferecer condições de recuperação.

Aliás, de longa data, venho defendendo sistema semelhante, no qual o Ministério Público, na forma assemelhada do Estatuto da Criança e do Adolescente, "transacionasse" com o usuário de drogas ilícitas, sob o acompanhamento de seu advogado, o sobrestamento do oferecimento da denúncia, em troca de este se submeter a um programa terapêutico. Penso que este acordo, o qual, posteriormente, seria homologado pelo Juiz de Direito competente para o julgamento do fato delituoso, antes mesmo do oferecimento da denúncia, permitiria maior agilidade e flexibilidade para o órgão titular da ação penal, que poderia ir ao encontro da Comunidade pugnando pelos programas substitutivos. Por que postergar a suspensão do processo para após o recebimento da denúncia, se pode ser oferecida ao usuário de drogas uma alternativa antecipada sem o constrangimento da audiência processual (pela atual legislação, ato público).

Atrevo-me a afirmar que não seria ferir o arcabouço jurídico se o legislador deferisse ao Ministério Público a faculdade de "negociar", com o usuário dependente de drogas, uma alternativa legal, antes do oferecimento da denúncia. Assim, estar-se-ia aquilando a necessidade ou não de instauração de um processo judicial, com suas graves conseqüências para a recuperação do usuário de drogas ilícitas.

Ora, nos últimos anos, percebe-se, à evidência, que o Ministério Público, como Instituição, mudou, mas não a lei que rege a sua atuação na esfera criminal. O Código de Processo Penal teve a sua edição sob a ditadura de Vargas, época em que o Ministério Público não tinha carreira estruturada por concurso público e, em muitas comarcas interiores, era exercido por advogados nomeados por vexatórias indicações políticas, em

alguns casos, até mesmo por pessoas que sequer possuíam o título de Bacharel em Direito. Os tempos, felizmente, transformaram a realidade.

A Instituição, hoje, apresenta outra estrutura, novo perfil, e conquista, a cada dia, por seu trabalho, a confiança da sociedade, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, encontrando-se preparada para as suas novas funções.

Contudo, avançando-se nesta proposta final, ou aplicando-se a nova norma vigente, continuo a questionar: estará o Estado disposto a trocar a comodidade da sanção penal pelo compromisso da luta em prol da recuperação das vítimas do uso de drogas ilícitas? Ou estar-se-á apenas esvaziando os escaninhos dos Cartórios Judiciais sem resultados concretos na modificação da fisionomia da sociedade, e deixando-se de oportunizar, de forma igualitária, a recuperação dos toxicômanos?