

TESE 69

A DESPENALIZAÇÃO OU A DESCRIMINALIZAÇÃO DA INFRAÇÃO PENAL ALISTADA NO ARTIGO 16 DA LEI Nº 6.368/76. O RECONHECIMENTO DAS CONDUTAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES OU QUALIFICADORAS DE CRIME E CONTRAVENÇÃO PENAL

Cláudio de Barros Pinheiro
Promotor de Justiça - Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. 2. A AMBIGUIDADE DA NORMA. 3. AS ALTERNATIVAS PARA HUMANIZAR A APLICABILIDADE DA LEI. 4. A NECESSIDADE DE DESPENALIZAR OU DE DESCRIMINALIZAR AS CONDUTAS MENOS GRAVOSAS. BREVE ENFOQUE SOCIAL. 5. O RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE OU QUALIFICADORA. 6. A PROVA DO USO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E SUA CONSTITUCIONALIDADE. 7. O TRABALHO PREVENTIVO E DE RECUPERAÇÃO DO DEPENDENTE. 8. NOVO MODELO DE PENAS. 9. CONCLUSÃO.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A polêmica que se trava quando o assunto é a despenalização ou a descriminalização das condutas alistadas no artigo 16 da Lei nº 6.368/76 nos leva a um só entendimento: é necessário formular um novo conceito acerca desse tipo penal. Hoje é comum o enfrentamento da questão por doutrinadores e estudiosos do Direito, sem falar que inúmeras decisões vêm minimizando a reprimenda para o agente que atenta contra aquela norma penal, decisões que se distanciam cada vez mais da obrigatoriedade da aplicação da lei e sua punição.

É fato que, as decisões proferidas em processos da lei antitóxicos, mormente quando comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, são condenatórias. É fato ainda que, sendo o réu primário, e mesmo o reincidente, a punição é mínima, com *sursis*, ou é pecuniária, e, agora, com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, a suspensão do processo é a regra, mediante a aceitação de condições que, diga-se, são inócuas, face a inexistência de fiscalização. Posso afirmar, sem medo de errar, que as decisões nesses casos são mecânicas,

sem nenhum vínculo com o aspecto político-social (extrapenal) da norma, posto que norma arcaica, destituída de punibilidade com alcance social.

A legislação em vigor, e seus aplicadores, procuram civilizar a questão, ora considerando o usuário dependente, tratando-o como imputável, ora fragilizando a instrução probatória, desinteressados com a insignificância da ação e a nenhuma periculosidade do autor do fato, chegando a ignorar a norma mas, considerando o agente criminoso, com o que não concordo.

O desaparecimento desse preceito incriminador, ou a despenalização, como norma principal, se justifica, dado que sua consideração deve ser conexa com as formas sociais, políticas, econômicas e médicas, notadamente quando a complexidade do assunto impõe a necessária conjugação de esforços de outras áreas da ciência, afastando-o de modo definitivo do contexto da justiça penal.

A repressão policial, com seu conhecido exagero, e o processo penal, violentam mais que a própria conduta. Comprovadamente, o tratamento aos infratores deve ser outro. O poder público precisa mobilizar outros órgãos da administração para enfrentar o problema. Em Santos/SP., a secretaria de saúde passou a fornecer seringas descartáveis aos usuários de drogas injetáveis para diminuir a incidência da AIDS.

O nosso propósito é valer-se de duas posições:

- 1º a liberalização das drogas, com a despenalização ou descriminalização, considerando a norma penal de conteúdo variado da lei antitóxicos, aportada no seu artigo 16; e
- 2º a inclusão das condutas como circunstância agravante ou qualificadora de crime ou contravenção.

O que se pretende é, primeiro, abordar a questão de modo diverso, sem que o sujeito ativo do delito sofra com a incidência da repressão penal. Ao contrário, ao submetê-lo a tutela da lei, poderá continuar convivendo em família, em sociedade, no trabalho, sem preconceitos e discriminações, condições necessárias e imprescindíveis para que suas garantias constitucionais sejam respeitadas, possibilitando-lhe maior contato com as medidas de assistência, agilizando sua recuperação, que deverá verificar-se na localidade de seu domicílio civil.

É depois, em segundo, punindo com mais rigor os condenados que praticarem infrações penais sob efeito de substâncias entorpecentes.

2. A AMBIGUIDADE DA NORMA

Ao examinar o texto da lei, precisamente o seu artigo 16, e confrontando-o com a nossa realidade, não há como deixar de criticá-lo. Os inconvenientes da norma provocam situações injustas. Os usuários, não raro, são tratados como traficantes, e estes como dependentes, logrando situações processuais mais brandas. Aquele que experimenta a droga, que tem um primeiro contato com o tóxico, que não é usuário, não é dependente, e nem traficante, é no comum das vezes condenado, incluído na generalidade dos casos.

As consequências são dramáticas e revoltantes. Como entender que pessoas comprometidas com o comércio de drogas, sejam consideradas dependentes e isentas de

pena, enquanto usuários e neófitos suportem condenações de seis meses a dois anos, ainda que com a suspensão da pena, ou sua substituição por pena pecuniária.

O enfoque devaneador da lei, como instrumento de pacificação social, apresenta nítido desgaste.

O professor GENIVAL VELOSO DE FRANÇA mostra que o jovem é a principal vítima das drogas. Leciona que, *"a juventude, angustiada e deprimida, ávida de inovações e impregnada de sexo deturpado e erotismo pelos diversos meios de comunicação não pode deixar de se arrastar na tentação inevitável do mundo das drogas"*.¹

A legislação penal não conhece esse jovem. A norma incrimina o denominado usuário, o dependente, o neófito, o experimentador, aquele que se atira pela primeira vez na conduta típica. A postura processual nesses casos encontra-se tão estagnada que promotores e juízes, de modo maquinal, aplicam o Direito sem atentar para a **ininterrupta mobilidade da vida, trabalho que deve ser feito pelo exegeta, levando em consideração as condições de vida atual**, na lição de DAMÁSIO.²

O renomado professor ensina que, *"por vezes, os conceitos jurídicos são insuficientes para estabelecer a vontade da norma, sendo necessário o exame de elementos extrajurídicos. Em alguns casos torna-se preciso investigar os pressupostos políticos, econômicos, sociais, psiquiátricos, etc., de determinada norma. Então, o intérprete vai buscar na Química, Psiquiatria, Antropologia etc., os conhecimentos de que necessita"*.³

O penalista aponta os requisitos necessários para o problema ser abordado sobre nova ótica, introduzindo no estudo toda uma gama de informações, suficientes e capazes de assegurar novo tratamento penal e judicial.

Pode-se justificar a atipicidade das condutas, e discriminá-las ou despenalizá-las, sem nenhum receio. A lei atual está equivocada no que tange a punição dos agentes da infração. A tipicidade das condutas variadas da norma, e o fato de não considerar crime a ação de quem faz ou fez uso de substância entorpecente, considerando que sob o efeito dessa substância, que determina dependência física e psíquica, o agente encontra coragem e ousadia para praticar crimes diversos, tem-se que o legislador não desejou punir o indivíduo sob efeito de tóxico. Se não há punição para o dependente que é flagrado após injetar a droga em si mesmo, como punir aquele que está portando a droga para uso próprio?

A alegação de que após utilizada, consumida pelo dependente, ocorre a impossibilidade de se conhecer o princípio ativo da substância, não tem o condão de destipificar a conduta, pois o interesse público reclama posição de supremacia sobre qualquer outro. In casu, ressalte-se, a vítima é a coletividade, a saúde pública, o que também se discute.

Resumindo, o que se tem, conforme pouco se disse, são fatos que demonstram os equívocos que a lei pode determinar como verdadeiros, deixando evidente que entre o ideário da norma e a realidade da convivência urbana existe uma lacuna difícil de ser preenchida.

¹ Toxicofilia, um grande desafio - RT 713/443.

² in Direito Penal, 1º volume - Parte Geral, ed. Saraiva/SP., ed. 1997, p. 38.

³ in Ob. cit. p. 38.

3. AS ALTERNATIVAS PARA HUMANIZAR A APLICABILIDADE DA LEI

O preceito em estudo precisa mesmo ser reavaliado. Os estudiosos e os doutrinadores são vacilantes quando não se posicionam quanto a descriminalização ou despenalização das condutas. As decisões judiciais, muitas delas, forçosamente justificam absolvição de infratores, ou a desclassificação do crime de tráfico para uma das variantes do artigo 16 da Lei. E o fazem porque não mais consideram a lei de tóxicos como instrumento de repressão social. Os novos trabalhos doutrinários, construídos com o auxílio de profissionais de áreas diversas da ciência, com reflexões e exaustivos estudos, não podem mais conviver com os conceitos ultrapassados e draconianos da atual legislação sobre drogas. A teoria da culpabilidade, o princípio da intervenção mínima, a psicologia, a psiquiatria, a medicina, o direito à vida privada, são garantias máximas do cidadão que, em matéria penal, devem ser incluídas na estrutura de muitos de seus institutos, visando atender as necessidades de uma nova ordem social e cultural.

Exemplo disso está no artigo 88, da Lei nº 9.099/95, quando preceitua que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas. A razão não está só no fato de ser o crime de menor potencial ofensivo, posto que uma lesão culposa, proveniente de acidente de trânsito, pode tornar inválida a vítima. É porque a ofensa atinge de modo tão preponderante a personalidade, a intimidade da vítima que a lei deixa para esta a decisão de processar ou não o seu agressor.

Encontramos na doutrina e na jurisprudência várias posições e julgados humanizando a aplicação da lei de tóxicos, ainda mais quando o artigo violado é o 16, em qualquer de suas figuras típicas.

O desembargador paulista Geraldo Gomes, em artigo publicado na RT 694/433, aponta alternativas para a punição do dependente. Começa anotando que o porte de ínfima quantidade da droga maconha igual ou inferior a um grama (1,0g) não deve merecer condenação criminal. Diz que a regra só deve valer para a *cannabis*.

Anota o articulista que decisões judiciais na superior instância absolveram dependentes e usuários com fundamentos diversos quando flagrados na posse de ínfima quantidade da droga. Ainda sobre o tema, disse que em dez dos cinquenta Estados da Nação Americana é atípica a conduta de quem for surpreendido com até vinte e oito gramas e trezentos e cinquenta centigramas (28, 350g) da droga, punindo o portador com multa administrativa. Em outros países procura-se ladear a questão com medidas despenalizantes, como na Áustria, na Alemanha, na Itália, onde suspende-se o processo quando o agente estiver com pequena quantidade de entorpecente. No Brasil, adotou-se esse modelo, para os réus primários.

A doutrina, rica em idéias e debates, indica algumas posições interessantes. A principal seria considerar as condutas destituídas de tipicidade. A punição através de multa administrativa, a aplicação do perdão judicial, a cominação de pena restritiva de direitos, seriam posições bem vindas para enfrentar o problema.

Creio que os estudos para encontrar medidas opcionais para o problema resume-se na posição moderna de que a lei de tóxico não serve mais como instrumento de repressão social, conforme anotado alhures, e porque não podemos apontar alguém, dependente ou usuário de determinada substância entorpecente, sem nenhum comprometimento com a complexidade da questão, como criminoso.

O professor Leonardo Isaac Yarochevsky, em matéria publicada na revista jurídica Del Rey, anota os dizeres da juíza Maria Lúcia Karan, que assevera: "*Talvez seja, neste tema de drogas, onde mais firmemente se manifesta a enganosa publicidade do sistema penal, apresentado como instrumento capaz de solucionar conflitos, como instrumento de fornecer segurança e tranquilidade, através da punição dos autores de condutas que a lei define como crimes*".⁴

Não há mais lugar para a presunção de que o usuário, ou dependente, seja um elemento perigoso, que deva permanecer à margem da sociedade. Na generalidade dos casos, são incapazes de cometer crimes ou de induzir alguém à com eles consumir drogas. Inexiste registros que demonstrem os casos em que criminosos pratiquem crimes sob efeito de determinada substância entorpecente.

Atualmente, encontra-se em discussão o substitutivo, de autoria do senador Romeu Tuma, ao projeto de Lei nº 105, de 1996, substitutivo ao projeto de Lei nº 1873, de 1991, que dispõe sobre a Política Nacional de Drogas. As novas medidas, quando em vigor, irão despenalizar as condutas do atual artigo 16 da Lei 6368/76. Entretanto, trata-se de reforma que encontra a resistência dos juristas e aplicadores da lei que vêem na futura legislação os mesmos erros da atual lei, como a confusão que o artigo 12 encerra, quando possibilita margem de dúvidas quanto a certificar se o agente violador da norma é traficante ou dependente. A nova ordem cria, no artigo 17, § 2º, inciso II, a figura de um terceiro agente infrator, aquele que seria tratado de modo distinto do traficante, quando cede a substância para pessoa de seu estreito relacionamento para juntos consumirem. O professor Leonardo Isaac Yarochevsky, em sua matéria, anota que as expressões pequena quantidade, estreito relacionamento, para juntos consumirem, vai detonar sérias discussões, como as que hoje ocorrem, possibilitando interpretações diversas. Afirma que, a lei nova continuará dando azo as absolvições e condenações estruturadas em conceitos essencialmente subjetivos, posto que irão persistir as dificuldades para a correta aplicação da norma.

Trata-se, a meu ver, de despenalização disfarçada, implícita na norma. A vontade dos legisladores, ao que parece, é de tratar os usuários e dependentes de modo diverso da forma atual, e estão tímidos e inseguros quanto a medida.

A edição de legislação temporária descriminando ou despenalizando a infração, ou mesmo a exclusão de certas substâncias entorpecentes da lista do DIMED, poderiam ser adotadas. No primeiro caso, poder-se-ia fixar um período de vigência para a norma temporária, excludente de criminalidade. No segundo, por se tratar de norma penal em branco, dependente de Complementação, poder-se-ia afastar algumas substâncias do rol proibido pelo DIMED, e, em caso de insucesso da medida, nada impediria nova consideração a respeito, como no caso da lança perfume.

4. A NECESSIDADE DE DESPENALIZAR OU DESCRIMINALIZAR AS CONDUTAS MENOS GRAVOSAS. BREVE ENFOQUE SOCIAL

Após discorrer um pouco sobre o tema em pauta, e de ter apresentado algumas modalidades para um novo tratamento para os autores do artigo 16 da lei de tóxicos, pode-se sustentar a necessidade em despenalizar ou descriminalizar as condutas menos graves focalizando a questão social que o problema acarreta.

⁴ A reforma da lei de tóxicos - Del Rey, Revista Jurídica - junho /1999, n° 6, pgs. 23/24.

Sem apego a técnica jurídica e aos fatores determinantes que motivam a construção da legislação antitóxicos, existem vários argumentos que não podem ficar longe dos debates. Se não valermos deles a estrutura básica da lei continuará viciada pelo binômio repressão e punição, que dita e suporta a atual lei de entorpecentes e que está em muitos dos conceitos da lei que se pretende aprovar.

Sabe-se da controvérsia que a questão introduz nos meios jurídicos, políticos, científicos, sociais e econômicos, e muito ainda deve ser discutido. Entretanto, o modo como a questão deve ser dirigida é o que está em pauta, dado que o trabalho deve compreender inúmeros outros pontos, e não somente sobre a ótica do Direito Penal e Processual Penal.

Não é surpresa para ninguém as condições de nossas prisões, notadamente as das Delegacias de Polícia, para onde os presos provisórios permanecem até julgamento do processo penal.

Porque não se pune o alcoólatra, o dono de botequim ou o fabricante de bebidas ? Ou cigarros ? Ou tranqüilizantes que abundam por aí ? Porque não se proíbem as armas que matam (e estas são feitas só para isto) ? As perguntas foram feitas por Firmino Jr. em sua página na Internet *Legalize já*.

É verdade que o álcool, o fumo e os tranqüilizantes comercializados de forma livre, são drogas poderosas, as que introduzem os usuários e dependentes no verdadeiro mundo das substâncias proibidas, e não existe nenhuma proibição contra elas, nem a necessária fiscalização oficial para impedir o consumo por jovens com personalidade em formação. Essas drogas arrecadam impostos e geram empregos, muitos impostos e empregos. Estão enraizadas nos hábitos da nação, mormente dos adolescentes, o principal alvo, sendo que a mega estrutura industrial e comercial desses produtos os deixam quase invulneráveis a qualquer das medidas de prevenção e proteção dos órgãos governamentais e não governamentais.

O mesmo Firmino Jr. lembra que os impostos arrecadados com essas substâncias deveriam atender a saúde pública, e o sofrimento familiar, com campanhas de prevenção e educação. Clínicas de tratamento e recuperação também seriam pagas com esse tributo.

Assistimos nos jornais diários a guerra aberta do crime organizado que tem as drogas como material principal das batalhas. As quadrilhas defendem um patrimônio difícil de ser avaliado mas, de tão valioso, matam e morrem, mas não desgrudam dessa atividade criminosa, a do comércio clandestino de drogas ilícitas. Por que não descriminar ou despenalizar as drogas para minar essa atividade tão mais nefasta do que o uso das drogas ? Por que não descriminalizar ou despenalizar para que os usuários e os dependentes evitem o contato com os traficantes ? Por que não descriminar ou despenalizar para que os usuários e os dependentes sejam tratados com mais civilidade ? Por que não descriminar ou despenalizar para que seus pais, familiares e amigos enfrentem o problema com mais dignidade, sem constrangimentos, vexames ou humilhações ? A sociedade por certo não os marginalizariam, não os rotulariam de criminosos.

Não posso deixar de continuar a mencionar alguns argumentos anotados por Firmino Jr. Começa ele falando das drogas já legalizadas: cigarro, álcool, tranqüilizantes etc. Você concorda sobre os malefícios que elas causam ? Ou melhor, você usa algumas delas ?

E faz analogia, perguntando se você não tivesse opção entre comprar ou não o seu maço de cigarros? Você se sentiria lesado, com seus direitos violados. E se quisesse beber uma cervejinha e fosse proibido de comprá-la no supermercado, ou no bar? Você se sentiria descriminado, injustiçado, perseguido? Claro que sim! E imagine então se você tivesse que adquirir seu maço de cigarros, sua cervejinha no mercado negro, com os tão falados traficantes, tendo que se envolver com bandidos e ainda sofrer o risco de ser preso só por isto? Seria agradável? Claro que não!

A comparação das drogas proibidas, com as que são legalmente aceitas, não é descabida. O álcool e o fumo são drogas tão perniciosas como qualquer uma das especificadas na lei ou relacionadas pelo DIMED - Divisão Nacional de Vigilância Sanitária e Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos, Produtos Dietéticos e Correlatos.

A descriminalização ou despenalização, acarretariam problemas menos graves os de hoje existentes, mormente quando o combate ao tráfico ilícito de drogas é a meta principal da repressão e punição pelos órgãos policiais e judiciais.

É de lembrar que a norma do artigo 16 foi considerada inconstitucional por ferir o princípio da privacidade individual, conforme assegurado pelo artigo 5º, X, da Carta Federal. Decisão proferida pelo TJRS, na apelação criminal 687043661, publicada na RJTJRS, 127/99.

5. O RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE OU QUALIFICADORA

Na lição de DAMÁSIO, *"tratando-se de crime, circunstância é todo fato ou dado que se encontra em redor do delito. É um dado eventual, que pode existir ou não, sem que o crime seja excluído. Ensina que ao lado dos elementos que compõem o crime, podem concorrer certos dados ou fatos, de natureza objetiva ou subjetiva, com função específica de aumentar ou diminuir a pena. Não incidem sobre a qualidade do crime, mas sobre a quantidade da pena. São as circunstâncias. Diz que as circunstâncias colocam-se entre o crime e a pena, permitindo a graduação desta"*.⁵

O renomado jurista leciona que *"qualificadoras são circunstâncias legais especiais ou específicas previstas na Parte Especial do CP que, agregadas à figura típica fundamental têm função de aumentar a pena"*.⁶

É cediço que a agravação da pena em face das circunstâncias agravantes fica a critério do juiz, enquanto que no caso de uma qualificadora, a lei menciona o mínimo e o máximo da pena agravada.

Em outro passagem deste trabalho foi anotado que o simples uso da droga é fato atípico. Nesse ponto, a jurisprudência posiciona-se no sentido de apontar o fato como criminoso, considerando que se o agente for flagrado utilizando-se da droga, no presente, está ele trazendo consigo e, portanto, deve ser punido. De outra banda, posiciona-se no sentido contrário, considerando atípica a conduta do agente que fez uso da substância ilícita, no passado. Como ilustração temos que *"o verbo fumar em momento algum é mencionado no dispositivo legal"*⁷; *"Injetar droga em si mesmo: não configura crime"*⁸; *"Fumar não é*

⁵ in DIREITO PENAL, 1º volume - Parte Geral, ed. Saraiva, 1997, p. 541.

⁶ in Ob. cit. P. 570.

⁷ TJSP, Acrim 7884, RT 557/297.

*crime, no tempo passado do verbo. Mas no presente o é, porque representa a posse para uso próprio*⁹. Muitas outras decisões, nos dois sentidos, poderiam ser colacionadas, o que entendo desnecessário.

Para mim, interessa a posição que desconsidera crime a conduta do agente que faz uso de entorpecente, e nessa condição pratica um crime ou uma contravenção penal. Não sofrerá punição por ter feito uso de substância tóxica, mas sim pela infração penal, em qualquer de suas espécies.

Nem se discute que, no comum das vezes, o agente faz uso propositadamente da droga para praticar atos ilícitos. A intoxicação é, via de regra, preordenada.

Não me parece correto ignorar o estado do agente no momento da prática delituosa. Creio que, necessariamente, é dever legal dos órgãos da polícia judiciária e da justiça penal promover essa comprovação para efeito de aumento da pena, ou sua isenção no caso do artigo 19 da Lei, quando o agente será considerado inimputável, ou semi-responsável. A hipótese da inimputabilidade ocorre quando praticar crime em razão da dependência, ou sob efeito de substância entorpecente que determine dependência ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior, retirando-lhe a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A semi-imputabilidade obedece a mesma regra, mas no momento da conduta o agente tem apenas reduzida sua capacidade de entender a face criminosa da infração que praticou.

O preceito, apesar de bem redigido, não atende a sua finalidade. É a referida norma a responsável por inúmeras considerações injustas. Em muitas situações traficantes são absolvidos porque são considerados dependentes, assessorados por bons profissionais e com dinheiro suficiente para submeterem-se aos exames de mentira que os levarão à liberdade. Os pobres usuários e dependentes, outras vezes são condenados até pelo crime de tráfico, por não terem recursos e assistência profissional interessada. A necessidade de se exigir a prova do estado físico do agente, por ocasião da consumação da infração penal, tem duplo objetivo: a- o de identificar o criminoso que pratica crime sob efeito de drogas; e, b- o agravamento da punição.

A identificação pela polícia e pela justiça dos usuários e dependentes que praticam crimes, além da pena criminal, nortearia medidas de prevenção, conforme artigos 8 até 11 da Lei Antótóxicos. O agravamento da pena criminal ocorreria por causa da intensidade dolosa. Por vezes, não utilizando-se da droga não praticaria infrações penais.

O fato é que, uma vez constatado que o criminoso agiu sob efeito de determinada substância entorpecente, deve ele ser penalizado mais severamente.

As circunstâncias agravantes, de aplicação obrigatória, a critério do juiz, seriam sempre consideradas por ocasião da punição pela prática de uma contravenção penal. As circunstâncias qualificadoras, também com função de exasperar a pena, seriam aplicadas sempre nos casos de condenação por crime.

⁸ TJSP, Acrim 122.315, JTJ 143/301.

⁹ TJSP, Acrim 13.068, RT 560/312.

In casu, não há que falar em inimputabilidade ou semi-imputabilidade, que são disciplinadas pelas regras gerais dos artigos 26 e 28 do Código Penal e artigo 19 da lei especial de entorpecentes.

Por tudo isso, é, sem dúvida alguma, necessário que o preceito do artigo 16 receba novo tratamento, devendo ser despenalizado ou descriminalizado, reconhecendo-o, entretanto, para o fim de identificar o criminoso que age sob efeito da droga e agravar-lhe a punição.

6. A PROVA DO USO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Como é sabido, e ressaltado, a prova é imprescindível para a subsistência do processo, ou de procedimento que almeje demonstrar a verdade de um fato ou de um argumento. Considerando o sistema processual brasileiro, no tocante a prova, vemos que encontra-se rigidamente disciplinado, de forma a proteger os protagonistas da demanda. Deveras, não seria possível tratar de modo frágil esse instituto das ciências jurídicas. Assim, não se permite a produção de provas por meios ilícitos (artigo 5º, LV1, da C.F.). São ilícitas as provas granjeadas com violação de correspondência; mediante escuta telefônica, quando não autorizadas; com violação de transmissão telegráfica, em sistema de informática ou telemática, salvo quando houver autorização judicial expressa, ou produzida de ofício; as obtidas com abuso de poder, etc. A sua vez, é desnecessário provar os fatos notórios (CPC, artigo 334, I); os fatos incontroversos (CPC, artigo 334, III); os fatos confessados (CPC, artigo 334, III).

Consoante lição de FERNANDO CAPEZ *"prova proibida é toda aquela que é defesa pelo direito, a qual deve ser refutada do ordenamento jurídico. Leciona que as normas de direito podem ser de natureza material ou processual, de tal sorte que a violação a ser protagonizada poderá atingir ambas, isolada ou cumulativamente. Em seguida ensina que a ofensa ao direito pode se verificar no instante em que a prova é colhida, havendo, assim, violação às regras de direito material, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da moral, bem como no exato momento em que a prova é introduzida no processo, infringindo, nesse caso, as normas processuais. Assim, no primeiro caso temos as provas ilícitas, e na Segunda hipótese, as chamadas provas ilegítimas"*¹⁰.

As provas obtidas por meios ilícitos e as moralmente ilegítimas, que são proibidas, dado que agredem a privacidade da parte, são as que vão interessar no momento.

O processo penal não pode ficar a mercê dessas limitações quando existe um interesse maior à ser protegido, como a apuração de uma infração penal. O próprio texto constitucional, quando trata do sigilo da correspondência e das comunicações, excepciona quando preceitua na parte final da redação do artigo 5º, XII, *"salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"*. A Lei 9296, de 24 de julho de 1996, contém disposição embasada na regra em questão.

De igual modo, a prova proibida poderá ser considerada quando o interessado autorizar sua produção, em detrimento de seus direitos constitucionais ou infra-constitucionais.

¹⁰ in Curso de Processo Penal, ed. Saraiva, ed. 1997, p. 225.

Ao lado destas alegações, de ressaltar a necessidade de ser prevalecente o interesse estatal e o da sociedade de punir o infrator, sem ferir seus direitos fundamentais, assegurados pelas normas constitucionais.

Na contrapartida dos preceitos limitadores, os tribunais pátrios estão tendentes em adotar a teoria da proporcionalidade, originária do direito alemão, que conclui, em caso de interesses relevantes em conflito, qual será o tutelado, o protegido pela justiça.

Ao que parece, a teoria só vem sendo aceita para beneficiar o criminoso, em prejuízo de princípios constitucionais e de processo penal, notadamente o da verdade real.

No presente trabalho, o uso da substância entorpecente pelo agente infrator seria prova obrigatória.

A pergunta que se faz é: A exigência do exame médico para constatação de estar o agente sob efeito de substância entorpecente no momento da prática de crime ou contravenção é inconstitucional?

Creio que não.

Atualmente, uma enorme gama de recursos estão a disposição das autoridades penais para que seja possível constatar um fato, sem que a privacidade e a intimidade das pessoas envolvidas sejam agredidas.

Quanto exames são feitos baseados em saliva, com resultados instantâneos (álcool). Da mesma forma, exames de urina são capazes de constatar vários tipos de entorpecentes (anfetaminas, barbitúricos, cocaína, crack, maconha, metanfetaminas, opiáceos [heroína e morfina], antidepressivos). Outros são feitos examinando fios de cabelo ou pelos (cocaína e derivados [crack], maconha, opiáceos [heroína e morfina], metanfetaminas [speed, extase]). E, com possibilidade de fornecer as quantidades aproximadas consumidas, diferenciando um usuário ocasional de um habitual.

Será que a retirada de cabelo do agente ofenderia sua intimidade? Será que exigir um pouco de saliva para produzir prova penal seria inconstitucional? Será que colher urina para exame seria uma ofensa?

Não é possível considerar abusivo a exigência, notadamente quando várias infrações são praticadas estando o autor sob efeito de alguma substância entorpecente.

A discussão, e os argumentos dispendiosos, a respeito da existência de ofensa à liberdade pessoal, quando se exige do agente infrator prova médica que cause lesão corporal, como nas hipóteses de DNA e alcoométricos, com a retirada de sangue, não servem para os exames que não deixam lesões. Ademais, sugere-se a obrigatoriedade da presença de um advogado e de um órgão do Ministério Público por ocasião dos exames, para oferecer credibilidade aos trabalhos preliminares de instrução. Haveria plantão permanente desses órgãos de defesa social.

7. O TRABALHO PREVENTIVO E DE RECUPERAÇÃO DO DEPENDENTE

O artigo 4º da Lei nº 6368/76 impõe aos dirigentes de estabelecimentos de ensino ou hospitalares, ou de entidades sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, a obrigatoriedade de adotar todas as medidas necessárias à prevenção do tráfico ilícito e do uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica,

nos recintos ou imediações de suas atividades, sempre com a orientação técnica de autoridade especializada. A sua vez, o artigo 8º da Lei preceitua que os dependentes de substâncias entorpecentes, ou que determinem dependências física ou psíquica, ficarão sujeitos às medidas legais, devendo ser destacado a regra do artigo 9º que exige das redes de saúde dos Estados, e Distrito Federal estabelecimentos próprios para tratamento dos dependentes. O artigo 10 diz ser obrigatório o regime de internação hospitalar quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem, caso contrário o regime de tratamento será ambulatorial, ficando os estabelecimentos de atendimento obrigados a encaminhar à repartição competente mapas estatísticos dos casos atendidos em cada mês (parágrafos 1º e 2º, do artigo 10). O artigo 11 informa que ao preso dependente será assegurado tratamento ambulatorial nas dependências da penitenciária onde o mesmo estiver cumprindo a pena.

As regras não são observadas. São normas desprovidas de sanção, não acarretando responsabilidade criminal, pois não há incriminação específica para os fatos descritos nos preceitos.

Entretanto, sabe-se que a prevenção e a recuperação do dependente são as tarefas mais importantes que a legislação deve perseguir. A prevenção deve ter lugar naqueles estabelecimentos alistados no artigo 4º da Lei, prevenção calçada em atividades obrigatórias com a participação de todos, dirigentes, associados, professores, alunos, médicos, pacientes, etc., com orientação de técnicos capazes e comprometidos com a toxicofilia.

O governo estuda o exame antidoping nas escolas. Trata-se de medida de prevenção, que deverá receber enorme apoio da sociedade brasileira. Uma comissão está observando a viabilidade dos testes capazes de detectar pelo sangue, cabelo ou urina o consumo de drogas. O jornalista GILBERTO DIMENSTEIN, abordando o assunto pergunta: "*Você gostaria de ser avisado pela escola de que seu filho está consumindo cocaína ou abusando do álcool?*"¹¹

A preocupação com a prevenção supera a da punição, em se tratando do uso de substâncias entorpecentes. "*A reação da família, acolhendo ou batendo, aconselhando afastando do convívio, vai determinar, em larga medida, a chance ou rapidez da saída*", aduz o mesmo articulista.

A constatação prematura deste tipo de problema pode servir para desencorajar o uso de drogas e o abuso do álcool, auxiliando a prevenir acidentes e infrações penais. O controle que pode ser feito de dependentes e ex-dependentes em tratamento pode ajudar a evitar recaídas.

Importante, porém, é dar ao dependente, ou ex-dependente, condições de recuperar sua dignidade, sua condição de cidadão. O tratamento preventivo é o melhor caminho para se obter essa qualidade. Nada de meios repressivos de tratamento, como internamento em hospitais ou sob vigilância dos órgãos policiais e judiciais. Nada de retirar do seio familiar, social e profissional o paciente. GENIVAL VELOSO DE FRANÇA sobre o tema ensina que "*temos urgentemente de transformar nossa atitude punitiva e repressora em atitude de simpatia e tratamento, em que o alvo seja a recuperação social, através de meios personalizados e reeducadores*"¹².

¹¹ E se fosse seu filho? - Folha de São Paulo - caderno cotidiano - ed. De 5/9/99, p. 6.

¹² Toxicofilia, um grande desafio - RT 713/442.

8. NOVO MODELO DE PENAS

Demonstrado a necessidade de adotar nova postura com relação as condutas descritas no preceito do artigo 16, da Lei 6.368/76, e que deve-se exigir do Estado nova estrutura orgânica e funcional para cuidar das consequências da prática daquela infração penal, é de todo conveniente a alteração da legislação, devendo novos preceitos cuidar do assunto.

Em se tratando de despenalizar as condutas, pode-se incluir como sanção o perdão judicial, a multa administrativa, o auxílio aos estabelecimentos que cuidam de dependentes e ex-dependentes, etc. No tocante a descriminalização a pena seria abolida.

No que se refere ao reconhecimento das condutas como circunstância agravante e circunstância qualificadora, a alteração atingiria: a- a inclusão de mais uma letra no inciso II, do artigo 61 do Código Penal, para considerar causa de aumento de pena ter o agente cometido o crime sob efeito de substância entorpecente; e, b- considerar qualificadora de crimes mais graves, os alistados na lei dos crimes hediondos.

O artigo 61 do Código Penal receberia mais uma regra incriminadora, e seria redigido da seguinte forma:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I- a reincidência.

II- ter o agente cometido o crime:

...

m) sob efeito de substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, consoante legislação antitóxicos em vigor.

A regra alcançaria as contravenções penais, por força do estatuído no artigo 1º da Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941, sendo estendida a todas as condutas consideradas contravencionais (caça, pesca, locação, etc.).

No que pertine as qualificadoras, em se tratando de crimes mais graves (abuso de autoridade, criança e adolescente, crime organizado, crimes hediondos, ambientais, genocídio, crimes de preconceito, segurança nacional, tortura), é de se exigir norma geral para o agravamento da punição.

Para tanto, torna-se necessário uma lei propondo nova redação e inclusão de regras penais incriminadoras à toda legislação especial que cuida dos crimes considerados mais graves para a sociedade.

9. CONCLUSÃO

Antes de qualquer alteração na legislação antitóxicos em vigor, é necessário um profundo estudo sobre seus aspectos históricos, sociológicos e jurídicos, bem como uma avaliação precisa acerca da onerosidade que representa para a sociedade brasileira, posto que desse modo obtém-se melhor resultado e eficácia com as novas medidas que se pretende estabelecer como regras de conduta.

Com estas considerações, algumas sugestões podem ser aventadas a título de simples contribuição.

- I. os debates sobre as drogas expõem a fragilidade da atual legislação antitóxicos, que faz emergir a necessidade de alterações essenciais em sua estrutura, afastando-a do conceito de mero instrumento de repressão social;
- II. as decisões condenatórias por violação ao artigo 16 da lei de tóxicos são mecânicas, sem nenhum vínculo com o aspecto político-social (extrapenal) da norma, posto que norma arcaica, destituída de punibilidade com alcance social;
- III. as situações fáticas demonstram equívocos que a lei pode determinar como verdadeiros, deixando evidenciado que entre o ideário da norma e a realidade da convivência social existe uma lacuna difícil de ser preenchida;
- IV. não há mais lugar para a presunção de que o usuário, ou dependente, seja um elemento perigoso, que deva permanecer a margem da sociedade. Na generalidade dos casos, são incapazes de cometer crimes ou de induzir alguém a com eles consumir drogas;
- V. a descriminalização ou despenalização acarretariam problemas menos gravesos que os de hoje existentes, mormente quando o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes é a meta principal da repressão e punição pelos órgãos policiais e judiciais;
- VI. não é possível ignorar o estado físico do agente por ocasião da prática de uma infração penal. No comum das vezes o agente faz uso propositadamente da droga para praticar atos ilícitos. A identificação pela polícia e justiça dos usuários e dependentes que praticam delitos, além de possibilitar agravamento da pena, nortearia medidas de prevenção, conforme anotado nos artigos 8º até 11, da lei em vigor;
- VII. não há inconstitucionalidade na produção da prova do uso de substância entorpecente. A colheita de material para exame como cabelos, pêlos, urina, saliva, etc., não acarreta lesão alguma. O direito a privacidade do cidadão, a sua liberdade pessoal não sofre nenhuma agressão, e não pode ser arguida para impedir a ação penal do estado, norteadas pelo princípio da verdade real, tutelando interesse maior, ou seja, o de apurar a autoria de uma infração penal;
- VIII. a prevenção e a recuperação do dependente são as tarefas mais importantes que a legislação deve perseguir. A preocupação com a prevenção supera o da punição, em se tratando da conduta descrita no artigo 16 da lei de drogas; e,
- IX. no que se refere ao reconhecimento das condutas como circunstância agravante e circunstância qualificadora, a alteração atingiria: a- a inclusão de mais uma letra no inciso II, do artigo 61 do Código Penal, para considerar causa de aumento de pena ter o agente cometido o crime sob efeito de substância entorpecente; e, b- considerar qualificadora de crimes mais graves, os alistados na legislação especial.

Estas sugestões são possíveis, necessárias e merecedoras de atenção, eis que poderão servir para modificar toda a instrumentalidade da legislação antitóxicos, considerando a nova ordem social e cultural que vivenciamos, originária dos mais recentes princípios de direito penal, introduzidos obrigatoriamente na construção de novos institutos das ciências jurídicas e que servirão para modificar e alterar toda a atual arquitetura da ciência penal.

A conscientização jurídica e política será necessária. As mudanças legislativas serão imprescindíveis e certamente ocorrerão. O novo projeto de lei que dispõe sobre política nacional de drogas deverá ser bastante debatido com todo o segmento social (médicos, sociólogos, juristas, políticos, etc.), objetivando atender o legítimo reclamo de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, ed. Saraiva/SP., ed. 1997.
2. JESUS, Damásio E. Código de Processo Penal Anotado, ed. Saraiva/SP., ed. 1998.
3. DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado, ed. Renovar/RJ, ed. 1998.
4. DIMENSTEIN, Gilberto. E se fosse seu filho. Folha de São Paulo, 5/9/99, p. 6.
5. FRANÇA, Genival Veloso de. Toxicofilia, um grande desafio. RT 713/442.
6. GOMES, Geraldo. Tóxicos - A maconha e sua criminalização ou descriminalização. RT 694/433.
7. JESUS, Damásio E. Direito Penal - 1º volume - Parte Geral, ed. Saraiva/SP., ed. 1997.
8. JESUS, Damásio E. Lei Antitóxicos Anotada, ed. Saraiva/SP., ed. 1997.
9. ROCHA, Luiz Carlos. Tóxicos nas escolas, ed. Aquarela, 1ª ed. 1998.
10. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. Malheiros/SP., 1997.
11. Yarochevsky, Leonardo Isaac. A reforma da lei de tóxico, Revista Jurídica Del Rey, Belo Horizonte/MG., junho/99, nº 6, pgs. 23/24.