

ASPECTOS LEGAIS DA TOXICOMANIA

Heleno Cláudio Fragoso

SUMÁRIO: 1. *A toxicomania e sua repressão penal*; 2. *Os fundamentos legais da repressão*; 3. *Conceito de entorpecente*; 4. *A enumeração legal das substâncias entorpecentes*; 5. *Sujeito ativo do crime; a questão do viciado*; 6. *Perspectivas de tratamento do viciado*; 7. *A ação de plantar*; 8. *Receita fictícia*; 9. *Utilização de local para uso ou guarda ilegal*.

1. A toxicomania constitui grave problema social. Embora não tenha, entre nós, as dimensões que apresenta em países como os Estados Unidos, é certo que estamos diante de importante flagelo social, a exigir ação eficiente na repressão.

A toxicomania é geralmente expressão de um desajuste da personalidade, sendo raro os casos de pessoas emocionalmente estáveis que se tornam viciadas. O recurso às drogas ocorre, em regra, em casos de debilidade mental e graves defeitos de caráter, constituindo processo de fuga diante de problemas e dificuldades¹. A escassa margem de recuperações e curas efetivas, nos casos graves de toxicomania de opiáceos e drogas de efeitos semelhantes, bem demonstra que a ação repressiva em relação ao viciado constitui remédio inadequado, a ser empregado com cautela, dentro de visão mais ampla do problema.

¹ CHARLES WINICK, *The Addict Psychology, in The Addict*, Nova York, 1963, p. 49: “Em todos os casos, a droga preenche uma função específica na economia da personalidade do indivíduo, e é essa função que fica na economia da personalidade do indivíduo, e é essa função que determina o quanto é difícil para o viciado abandonar a droga. O viciado está atendendo a problemas de personalidades subjacentes de grande complexidade”. “Pessoas psiquiatricamente estáveis, que acidentalmente se tornam viciadas, representam uma pequena percentagem da população total de viciados” (GROSS, *The Phychic Effects of Toxic and Toxoid substances*, 1935). Pág. 51: “Uma droga que imediatamente elimina a tensão constitui um apelo a pessoas que não podem enfrentar os problemas realisticamente” WILLIAM BUTLER ELDRIDGE, *Narcotics and the Law*, 1962, p. 57: *It appers that addiction merely represents a way in which some people suffering from neuroses and character disorders react to their problems*. Cf. também ILBELL, *What to know about drug addiction*, 1951, p. 32: *The cause of addiction is not drugs but human weakness. Addiction usually is a symptom of a personality maladjustment, rather than a disease in its own right*.

A autêntica esfera da repressão penal, aqui como em tantos outros graves problemas sociais, situa-se na incriminação de fatos que giram em torno à toxicomania, favorecendo-a ou dela tirando proveito. Há aqui, sem dúvida, uma larga faixa em que a lei penal pode atuar com eficiência e proveito. Considerando, porém, o problema em suas implicações sociais mais fundas, seria pueril pretender resolvê-lo através da ameaça penal.

2. Os textos básicos da legislação brasileira relativos a entorpecentes são o dec. 891, de 25-11-1938, e o art. 281 do Cod. penal. Anteriormente, vários outros diplomas trataram da matéria, a partir do decreto 4294, de 6-7-1921, tendo em vista as conclusões de numerosas convenções internacionais, de que o Brasil participou².

O dec. Lei 891 disciplina meticulosamente a produção, importação, comércio e uso de entorpecentes, visando ao controle de todas as operações. Dispõe, ainda, sobre a internação de toxicômanos (art. 29) e sobre a incriminação de vários fatos, apresentando, em seu art. 1º, uma relação de substâncias que, para os efeitos daquela lei, são consideradas entorpecentes. Na parte penal, o dec. Lei 891 foi derogado pelo art. 281 Cod. penal, que, num crime de extenso conteúdo, pune o comércio clandestino e a facilitação do uso de entorpecentes. A lei 4451, de 4-11-64, introduziu modificação no art. 281 Cod. penal, para acrescentar a ação de *plantar*.

3. Não é fácil fixar o conceito de entorpecente. A Sociedade das Nações, por ocasião da convenção de 1931, destinada a limitar a fabricação e a regulamentar a distribuição, preferiu a palavra *estupefacientes*, que definiu como venenos de propriedades sedativas, que provocam euforia e que chegam a produzir o hábito.

A Organização Mundial de Saúde, preferiu definir *toxicomania*: estado de intoxicação crônica e periódica, produzido pelo contínuo consumo de uma droga. Suas características essenciais são: 1. A necessidade ou o desejo dominador de continuar a tomar a droga e de obtê-la por qualquer meio; 2. tendência ao aumento da dose; 3.

² Cf. exata informação sobre as leis brasileiras e as convenções internacionais em JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *Entorpecentes, Aspectos criminológicos e Jurídico-penais*, 1963, págs. 24 e segs.

dependência psíquica, e, geralmente, física do uso da droga; 4. efeito prejudicial ao indivíduo e à sociedade.

Muito difundida é a definição de Dr. MATTEI: “Venenos que agem eletivamente sobre o cortex cerebral, suscetíveis de promover agradável ebriedade, de serem ingeridos em doses crescentes, sem determinar envenenamento agudo e morte, mas capazes de gerar estado de necessidade tóxica, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somática e psíquicas profundas e progressivas”³. Essa definição refere-se, no entanto, a um grupo pequeno de entorpecentes, e mesmo assim impropriamente. Ela assinala como características, a ação sobre o cortex cerebral, a euforia, a tolerância e a dependência física. Nesse sentido são as definições farmacológicas de um modo geral, as quais somente se aplicam aos opiáceos e às drogas sintéticas de efeitos análogos, bem como aos barbitúricos, anfetaminas e possivelmente aos tranqüilizantes. Essa definição não se aplica à cocaína e seus derivados, nem à maconha, pois nelas a tolerância é nula ou muito reduzida, não havendo dependência física⁴.

Chama-se *tolerância* a alteração provocada no organismo, estabelecendo a necessidade de doses crescentes, sem provocar envenenamento agudo. A dependência *física* não se confunde com o *hábito*, que é substancialmente um fenômeno psíquico e emocional, como o vício de fumar. A dependência *física* implica numa modificação da composição química do organismo, de tal sorte que deixa de existir funcionamento normal se a droga não estiver presente. Há aqui uma ação físico-química, podendo ser tornados toxicômanos também os animais. Em consequência, as crises de abstinência, quando há dependência física, constituem uma realidade dramática, que não pode ser simulada. Assim a descreve DE ROPP: “Cerca de doze horas após a última dose de morfina ou heroína, o viciado começa a tornar-se intranqüilo. Uma sensação de fraqueza o domina; ele boceja, tem clafrios e súa, tudo a um só tempo, enquanto uma

³ Apud GRASSO-BIONDI, *Tossicomane*, in *Dizionario di Criminologia*, FLORIAN, NICEROSO e PENDE, vol. II, p. 1008.

⁴ DE ROPP, *Drugs and the mind*, 1957, p. 130; DONALD J. CANTOR, *Criminal Law and the narcotics problem*, *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, vol. 51, nº 5, jan-fev. 1961, p. 526; LINDESMITH, *Opiate Addiction*, 1947, p. 6; J. D. REICHARD, *Some myths about marijuana*, *Fed. Probationi*, Dec. 1946, p. 15, apud TAFT, *Criminology*, 1961, p. 308; JOÃO BERNARDINO GONZAGA, ob. cit., p. 38. Veja-se também, na obra *Maconha — Coletânea de Trabalhos Brasileiros*, Serv. Nac. Ed. Sanitária, 1958, PEDRO N. SANTOS ROSADO, *Estudo dos distúrbios nervosos produzidos pelo uso da maconha*, p. 366; HEITOR PERES, *Diambismo*, p. 72; DÉCIO PARREIRAS, *Canabismo ou Maconhismo*, p. 244.

descarga d'água vem de seus olhos e dentro do nariz, a qual ele compara a “água quente escorrendo na boca”. Por algumas horas, lança-se ele em agitação anormal e sono intranquilo, que os viciados chamam de *yen sleep*. Ao despertar, dezoito ou vinte horas após a sua última dose da droga, o viciado começa a penetrar nas últimas profundezas de seu inferno pessoal. Os bocejos podem ser tão violentos que causem deslocamento das mandíbulas; o muco aquoso escorre pelo nariz e lágrimas copiosas caem dos olhos, As pupilas ficam largamente dilatadas; os cabelos e pelo ficam eriçados, tornando-se a pele fria, com o aspecto típico da pele de ganso, o que, na linguagem dos viciados é chamado de *cold turkey*, nome que também se aplica ao tratamento da toxicomania por meio de abrupta retirada do tóxico. Então, acrescentando-se às misérias do viciado, seu abdome começa a agir com violência fantástica: grandes ondas de contração passam sobre as paredes do estômago, causando vômitos explosivos, frequentemente manchados de sangue. Tão extremas são as contrações dos intestinos, que a superfície do abdome parece corrugada e cheia de nós, como se um emaranhado de serpentes estivesse em luta sob a pele. A dor abdominal é severa e aumenta rapidamente. Depois de oito a doze horas, os sintomas constantes começam de novo. Se não se ministra a droga, os sintomas começam a decrescer por si mesmo ao sexto ou sétimo dia, mas o paciente é deixado desesperadamente enfraquecido, nervoso, inquieto, sofrendo de renitente colite”⁵. A crise de abstinência provoca também, segundo outros observadores, fortes alucinações⁶. A subministração da proga transforma imediatamente o quadro. HARRIS ISBELL, diretor do Centro de Pesquisas do Hospital de Lexington, destinado à cura de toxicômanos, afirmou: “Constitui uma experiência dramática observar uma pessoa miseravelmente mal receber uma injeção endovenosa de morfina, e vê-la dentro de trinta minutos barbeada, limpa, rindo e dizendo pilhérias”⁷.

A dependência física causada pelos opiáceos, faz com que o problema seja extremamente mais grave, não fazendo quem queira limitar a esses casos exclusivamente o conceito de toxicomania. Diante dos opiáceos, a cocaína, e, sobretudo, a maconha, passam a um plano inteiramente secundário. Na conferência da

⁵ ROBERTO S. DE ROPP, ob. cit., p. 152-4.

⁶ A.M. KIRKPATRICK, *New views on the narcotic problem*, separata da *Canadian Medical Association Journal*, Junho, 1960, p. 3.

⁷ *Apud* DE ROPP, ob. cit., p. 153.

Casa Branca, convocada pelo pres. Kennedy, em 1962, o relatório inicial afirmava a respeito da maconha (*marijuana*): “Tolerância e dependência física não se desenvolvem e o abandono não produz qualquer síndrome de abstinência. E a opinião da comissão que os riscos do uso de marijuana têm sido exagerados e que as longas penas impostas ao ocasional fumante ou possuidor da droga estão em má perspectiva social”⁸.

Em seu excelente trabalho, JOÃO BERNARDINO GONZAGA, procurando fixar o conceito de entorpecentes, afirma: “A nosso ver, a propriedade natural efetivamente necessária para que se possa falar em entorpecentes consiste na aptidão para produzir euforia — ou seja, a especial sensação de bem estar do toxicômano — através de influência exercida sobre o sistema nervoso central”, acrescentando serem elementos necessários: (a) elevado teor de influência sobre o sistema nervoso central, de modo que pequenas doses da droga bastem para produzir profunda modificação no seu equilíbrio e levem a instaurar-se rapidamente a dependência de fundo orgânico ou simplesmente psicológico; (b) importância das perturbações psíquicas ou físicas que se originam do seu reiterado consumo, assim lesando gravemente as pessoas que a utilizam, e, por via de consequência, produzindo um dano social”⁹.

Essas idéias parece-nos que ilustram bem o conceito que se procura estabelecer. Observaríamos, apenas, que os tranqüilizantes, com exceção do grupo dos propanediols (*meprobamato*), agem sobre o sistema nervoso autonômico ou visceral, provocando alterações na ação cardíaca, na pressão do sangue, nos movimentos intestinais, na ação da pupila, etc. Devemos notar também que os opiáceos são depressores, não provocando o estabelecimento de um estado anormal: o viciado precisa de sua dose para comportar-se normalmente¹⁰.

⁸ *Tolerance and physical dependence do not develop, and withdrawal does not produce any abstinence syndrome. It is the opinion of the Panel that the hazards of marijuana use have been exaggerated and that long criminal sentences, imposed on an occasional user or possessor of the drug are in poor social perspective.* Sobre a conferência da Casa Branca, cf. *Revista*, nº 5, págs. 101-2.

⁹ JOÃO BERNARDINO GONZAGA, ob. cit., p. 39.

¹⁰ CANTOR, ob. cit., p. 526: *It must be borne in mind that opiate addiction is a constant battle to feel, “normal”, not a period of self regulated ecstasy.* Admite-se, no entanto, que as dosagens iniciais possam proporcionar agradável libertação de ansiedade.

De forma mais sintética e precisa poderíamos dizer que há toxicomania quando o comportamento e a forma de vida de uma pessoa são determinados por sua dependência física ou psíquica do entorpecente, de forma danosa para ele e para a sociedade¹¹.

As substâncias entorpecentes que o art. 1º do dec. Lei 891 contempla estão basicamente em três grupos: o ópio e seus derivados¹², a cocaína e seus derivados e a maconha. Trata-se de enumeração evidentemente incompleta e lacunosa. A ela devem ser adicionadas as drogas sintéticas com ação análoga à morfina, bem como os barbitúricos, as anfetaminas e certos tranqüilizantes. Os entorpecentes sintéticos do primeiro grupo, especialmente a petidina e a metadona e seus derivados, são largamente empregados, por apresentarem a vantagem de não exigirem receituário especial. Têm ação análoga à morfina.

Os *barbitúricos* são derivados do ácido barbitúrico (maloniluréia), empregados na fabricação de soníferos¹³. São compostos que, em doses adequadas, podem produzir sono (ação hipnótica), ou ação sedativa. Viciam com dependência física, e a superdosagem pode causar a morte, pela ausência de oxigênio e outras complicações provocadas pelo longo período de depressão.

As *anfetaminas* são drogas sintéticas, com ação estimulante sobre o sistema nervoso central. Entre elas estão a benzedrina e a pervitina. Viciam de forma mais branda que os barbitúricos e opiáceos. Largas doses produzem, contudo, perda da consciência, colapso e morte.

Finalmente, temos o grupo dos tranqüilizantes, que são drogas empregadas no tratamento das doenças mentais, com efeito calmante. Graças aos modernos tranqüilizantes, muitos doentes mentais já não precisam de internação. São compostos químicos de diferentes categorias: 1. Alcalóides, destacando-se a reserpina; 2. fenotiazinas, das quais a mais conhecida é a clorpromazina; 3. difenilmetanas,

¹¹ KIRKPATRICK, ob. cit., p. 1.

¹² A heroína (diacetilmorfina) é o mais importante. Foi descoberta em 1898, revelando-se quatro a oito vezes, mais poderosa que a morfina, como analgésico. É também muito mais perigosa como habituógena.

¹³ Barbital, fenobarbital, amobarbital, butabarbital, pentobarbital, secobarbital, tiopental e tiamilal.

inclusive a bencizina; 4. propanediols, especialmente o meprobramato. Há ainda certa dúvida sobre a exata forma de ação dessas substâncias, que, como já dissemos, atuam sobre o sistema nervoso visceral, com exceção dos propanediols. Tudo indica que essas drogas viciam e que apresentam toxidez apreciável.

4. Deve-se entender que a enumeração do art. 1º do dec. Lei 891 constitui uma taxativa relação das únicas substâncias entorpecentes perante nossa lei? Constitui o art. 281 Cod. penal uma *norma penal em branco*, devendo-se recorrer ao art. 1º do dc. Lei 891 para identificação do que se deva entender por entorpecente?

A questão não é pacífica. No sentido de que a enumeração não é taxativa, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade. Primeiramente, no *habeas corpus* 31.111, relator o eminente min. HAHNEMANN GUIMARÃES, afirmou o tribunal que “o fato de uma substância não ser dada como entorpecente, consoante o disposto no dec. Lei 891, de 25-11-1938, art. 1º e seus parágrafos, não exclui o crime de quem sabe estar concorrendo para o uso vicioso de substância que produza efeitos entorpecentes”¹⁴. Em seguida, no *habeas corpus* 32.423, relator o min. LUÍS GALLOTTI, entendeu o E. Tribunal que “não tem caráter taxativo a enumeração das substâncias entorpecentes constantes da lei penal ou das convenções internacionais”¹⁵.

A doutrina, no entanto, tem afirmado que a enumeração é taxativa¹⁶. O argumento fundamental dessa corrente reside no fato de considerar-se o art. 281 Cod. penal uma lei penal em branco, tendo-se em vista que a configuração do delito depende da prática de qualquer das ações incriminadas, “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Em sentido contrário, JOÃO BERNARDINO GONZAGA, entende que “o Código Penal cobre todo o campo dos verdadeiros entorpecentes, estejam ou não previstos pela legislação sanitária. Nas suas penas poderá incorrer, exemplificativamente, quem traficar com algum dos modernos narcóticos sintéticos, sem embargo de que destes não cuide o dec. Lei 891”¹⁷.

¹⁴ *Rev. For.*, vol. 133-230.

¹⁵ *Rev. For.*, vo. 153-394. Cf. também *Rev. For.* 133-229 e 156-382.

¹⁶ NELSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. IX, p. 134; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, vol. p. 81.

¹⁷ JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *ob. cit.* P. 106.

Esse último entendimento nos parece sedutor. A insuficiência da lei é chocante. O dec. lei 891 contempla os entorpecentes conhecidos em 1938 e as suas deficiências são muito claras se os compararmos com o extenso catálogo constante da Convenção Única de 1961. Parece ser um absurdo negar a qualidade de entorpecente a uma droga como a meperidina (Demerol), que é uma autêntica morfina sintética, porque nossa lei não a prevê.

São graves e sérios os defeitos de nossa lei penal nesse passo. Não nos parece, contudo, que o intérprete possa corrigí-los. Não é possível em nosso direito configurar-se o delito se a substância entorpecente não estiver prevista no catálogo legal. O art. 281 Cod. penal é norma penal em branco. Todas as ações que a lei incrimina, somente configurarão o delito, se forem praticadas “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Não há disposição legal que cuide de autorização especial para a fabricação, distribuição e consumo de substâncias entorpecentes não previstas em lei. Não há também determinação legal ou regulamentar relativamente aos entorpecentes não previstos em lei. Em consequência, não é possível praticar o delito em relação a substâncias não previstas, o que é deplorável.

Devemos resistir a uma interpretação progressiva, que viola o texto legal. A repressão eficiente ao crime deve fundar-se na lei e não fora dela. É fácil, aliás, resolver o problema, já que o §3º do art. 1º do dec. lei 891 permite ao diretor do Departamento Nacional de Saúde, de acordo com a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, introduzir na relação outras substâncias “que tiverem ação terapêutica semelhante ou especialidades farmacêuticas que se prestarem à toxicomania”. A solução, portanto, não depende de lei: apenas um ato administrativo de extrema simplicidade. Este é o caminho a seguir, enquanto a próxima reforma de nossa lei penal não vier, para eliminar as deficiências técnicas que o art. 281 Cod. penal apresenta. Embora seja desejável que esse dispositivo não mais seja lei penal em branco (à exemplo das leis estrangeiras, melhor elaboradas), dificilmente é possível prescindir de uma lei sanitária que indique claramente o rol dos entorpecentes, a fim de evitar as dúvidas que podem surgir em relação a certos medicamentos. A condição de entorpecente dependerá muitas vezes da composição. Há, por outro lado, drogas menos

perigosas que os autênticos entorpecentes, as quais exigem uma disciplina jurídico-penal diversa.

5. Questão altamente controvertida na jurisprudência é a que concerne à situação do viciado. Não há discrepância entre os autores: o viciado não pratica o crime¹⁸. O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, já se pronunciou no mesmo sentido¹⁹. Assim também já decidiram outros tribunais do país²⁰. Alguns julgados, no entanto, afirmam que o uso não é crime, mas incumbe ao agente provar que é viciado²¹. Parece-nos que prevalece o entendimento de que *trazer consigo* é crime, qualquer que seja a destinação²², sendo minoria as decisões que expressamente afirmam ser crime o uso pelo viciado²³.

É fácil demonstrar que nossa lei não pune o uso de entorpecentes. Em primeiro lugar, a razão de ser do delito é a repressão ao tráfico, pois são os traficantes e intermediários os responsáveis pela difusão da toxicomania. O *nomen juris* dessa figura de delito é “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”. Por outro lado, a lei não prevê a ação de *usar* ou *consumir* (abandonando, portanto, expressamente, a orientação que seguia o art. 33 do dec. lei 891). Releva ainda notar que todas as ações incriminadas estão subordinadas à fórmula geral “ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente”. NELSON HUNGRIA²⁴, aludindo ao §3º do art. 281, afirma que “o dispositivo em exame (como os que lhe seguem imediatamente) está a atestar que o *uso pessoal* não é crime, pois do contrário, não haveria que destacar como crime autônomo a instigação ou induzimento a ele, para deixar de aplicar a regra do art. 25”.

É evidente que o viciado deve, em algum momento, trazer consigo a droga, ação que não constitui crime. A exclusão do crime pode resultar de um conjunto de

¹⁸ NELSON HUNGRIA, *Comentários*, vol. IX, p. 139; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, p. 76; MAGALHÃES DRUMMON, *Comentários*, p. 140; JOÃO BERNARDINO GONZAGA, *ob. cit.*, p. 136.

¹⁹ *Diário da Justiça*, 16-2-54, p. 490; *Id.* 18-1-1960, p. 142.

²⁰ *Rev. For.* 134-250; 134-548; 196-272; 202-563; *Revs. Tribs.* 219-37. *Revista de Jurisprudência do T. J. Guanabara*, vo. 6-375; 6-423.

²¹ *Rev. Tribs.* 275-150; 278-150; 236-58.

²² *Rev. Tribs.* 184-45; 225-103; 282-99; 291-75; *Rev. For.* 98.688; *Revista de Jurisprudência do T. J. Guanabara*, vol. 6-460; *Rev. Bras. Crim. Dir. Pen.*, nº 7-152.

²³ *Rev. Tribs.* 277-143; 277-160; 278-163.

²⁴ *Comentários*, vol. IX, p. 141.

circunstâncias, que revelem a destinação da droga, inclusive a sua quantidade. Há, entre nós, sentenças condenatórias a um ano de reclusão, em caso de posse de menos de uma grama de maconha²⁵.

Nos Estados Unidos, as leis são sumamente rigorosas com os viciados, que podem ser condenados a até 40 anos de prisão. As leis federais estabelecem as penas de dois a quatro anos para a primeira condenação; cinco a vinte anos para a segunda, e dez a quarenta anos para a terceira, excluindo a suspensão condicional da segunda condenação em diante²⁶. Essa orientação tem sido justamente condenada pela unanimidade dos especialistas na matéria, de forma impressionante.

BARNES e TEETERS, em sua conhecida obra *New Horizons in Criminology*²⁷, de forma eloqüente, afirmam: *We are emphatic in stating that the use of narcotics should not be a crime and that drug addicts should not be treated as criminals*. Entendem que a sociedade deve aceitar os toxicômanos como pessoas doentes, que necessitam hospitalização e tratamento cuidadoso, livre do estigma de punição ou reprovação: “A toxicomania é, em realidade, um problema médico; o tráfico de entorpecentes é, e deve ser, um problema policial”.

A Academia de Medicina de Nova York, num relatório publicado em 1955, assinalava a necessidade de mudança de atitude em relação ao viciado, que é um doente, e não um criminoso.”Que ele pode praticar atos criminosos para manter o seu suprimento de drogas é fato reconhecido, mas ele não é um criminoso, simplesmente porque usa entorpecentes”. Sugeria que o viciado estivesse em condições de obter a droga a baixo preço, sob supervisão do governo federal, ao mesmo tempo em que se realizassem esforços para o abandono. Não há dúvida de que a violenta repressão policial estimula e favorece o tráfico intenso, que produz lucros fabulosos²⁸. Por isso mesmo firma-se a superioridade das leis inglesas, que permitem ao médico ministrar

²⁵ Cf. *Rev. Jurisp. Tribunal Just. Guanabara*, 6-460.

²⁶ *Narcotics Control Act*, de 1956. Além da pena privativa da liberdade, está prevista a multa não excedente de US\$ 20 mil, em todos os casos. A venda de heroína a menor de 18 anos pode ser punida com a morte.

²⁷ 3ª edição, 1960, p. 87.

²⁸ TAFT, *Criminology*, 1961, p. 310.

doses de manutenção aos viciados, fazendo com que não haja problema de toxicomania na Inglaterra, onde vigora o *medical approach* e não o sistema punitivo²⁹.

Logo a seguir, o Conselho de Saúde Mental da *American Medical Association* publicou um relatório afirmando que a toxicomania deveria ser considerada, muito mais do que no passado, uma doença e que deveria haver um movimento progressivo no sentido de tratar a toxicomania pela medicina e não pela punição.

A *American Medical Association* e a *American Bar Association*, duas instituições do mais alto prestígio, formaram uma comissão conjunta para examinar a questão da toxicomania, publicando um relatório em 1961, o qual, em síntese, opõe-se às penas severas aplicadas aos viciados envolvidos no tráfico ilícito, recomendando com empenho pesquisas sobre planos de tratamento, incluindo a possibilidade de clínicas para tratamento ambulatorio, de pelo menos alguns pacientes.

Finalmente, a Conferência da Casa Branca, convocada pelo pres. Kennedy, em 1962, e à qual já aludimos, conduziu à formação de uma comissão, integrada por membros da Academia Nacional de Ciências, do Conselho Nacional de Pesquisas e da *American Medical Association*. Essa comissão publicou um relatório em que se dizia: *Addiction has the characteristics of a chronic psychiatric disorder and must be viewed in this perspective in evaluating the results of its treatment*. Recomendou que se permitisse ministrar doses de manutenção nos casos graves³⁰.

A apreciação dessas afirmações categóricas, por parte de organizações americanas, merece desde logo um importante reparo: visam elas, basicamente, à situação do toxicômano, viciado em opiáceos, ou seja, àquelas situações em que, como diz LINDESMITH, a autoridade do hábito é maior que a autoridade da lei: o desejo da droga não pode ser eliminado pela legislação³¹. A impressionante situação dessa

²⁹ O sistema inglês é justamente elogiado por todos os especialistas. Cf. EDWIN M. SCHUR, *British Narcotics Policy*, in *Journal of Criminal Law, Crim. Pol. Science*, vol. 51, nº 6, mar-abr. 1960.

³⁰ O que hoje, menos em face da lei do que pela jurisprudência dos tribunais, é defeso ao médico.

³¹ LINDESMITH, *Torture by law*, in *The Addict*, cit., p. 36. O professor LINDESMITH foi o autor da introdução ao relatório conjunto AMAABA. No mesmo sentido, MORRIS PLOSCOWE afirmava que “a compulsão a tomar a droga não pode ser eliminada pela ameaça de prisão ou de sentenças condenatórias. Nenhuma ameaça de encarceramento pode impedir que um viciado continue a usar a droga”.

espécie de viciados, que são autênticos doentes, não se compara com os que usam cocaína ou maconha, para os quais muitas vezes se admite a severidade da lei³².

6. Geralmente, afirma-se que os viciados pertencem a três distintas espécies: 1. os que se tornaram viciados em virtude de prolongado tratamento médico, através de opiáceos. É a chamada toxicomania farmacológica, que muitos não podem abandonar quando cessa o tratamento; 2. os médicos e pessoas que exercem profissões sanitárias, com acesso aos narcóticos e que a eles recorrem para eliminar a fadiga, tornando-se viciados. Afirma-se que nestas profissões há trinta vezes mais viciados que em qualquer outra³³; 3. Finalmente, a maior parte dos viciados é aquela que provém das camadas mais baixas da sociedade, constituídas por pessoas que buscam excitação ou que apresentam graves problemas de personalidade. Aqui, o vício se origina na companhia de viciados, através da curiosidade e da experimentação. Contrariamente ao que se supõe, só raramente os traficantes fazem os viciados³⁴. É neste último grupo, especialmente, que reside o grave problema.

As perspectivas de cura são muito animadoras. Nos Estados Unidos há dois hospitais, mantidos pelo governo federal, onde se faz o tratamento voluntário: as instituições de Lexington, em Kentucky, e de Forth Worth, no Texas. Os índices de reincidência, revelados por estudos sérios, como o de PESCOR, estão em torno de 75%, não faltando quem afirme andarem pela casa dos 90%³⁵. A taxa elevadíssima de reincidência, revela a gravidade do problema e demonstra que não se trata apenas de *dependência física*, mas também e especialmente psicológica. A dependência física pode ser vencida em curto espaço de tempo. Mas, como disse o reverendo NORMAN EDDY, membro do conselho novaiorquino de toxicomania, os toxicômanos “são pessoas impacientes, que não podem suportar sofrimento mental, emocional, físico ou espiritual”; a toxicomania “é em parte uma doença da vontade e deve ser tratada psiquiátrica e espiritualmente”. O tratamento compulsório, que diversas leis

³² CANTOR, ob. cit., p. 525: *Unlike the opiate addicts the marihuana users could not be expected to remain uncomplaining customers when increasing law enforcement raised the price of marihuana, the probability of apprehension and perhaps the severity of the penalties. This is true of cocaineists as well.*

³³ *New York City Board, Report on Three-day conference on narcotic addiction and the teen-ager 16-17 (1959).* Ainda aqui se cogita de opiáceos, ressalva que se deve sempre fazer, diante de dados americanos.

³⁴ LINDESMITH, *Torture by law*, op. cit., p. 39.

³⁵ BERGER, *Dealing with Drug Addiction*, cit. por ELDRIDGE, *Narcotics and the Law*, 1962.

estabelecem, inclusive a nossa³⁶, dificilmente produz resultados. A internação obrigatória é considerada punição. O tratamento compulsório cria, em consequência, um clima altamente desfavorável à recuperação. A toxicomania, como bem assinalou LINDESMITH, é, em realidade, um tipo de comportamento complexo e precariamente compreendido, envolvendo fenômenos no plano biológico, psicológico e social. Não há qualquer possibilidade de recuperação se, após o tratamento compulsório, o viciado retorna ao meio ambiente em que vivia, sem qualquer supervisão, dentro da mesma situação de vida e em face das mesmas exigências. Vê-se, pois, que o problema é difícil. É possivelmente correta a observação que faz NYSWANDER, com sua grande autoridade, de que somente quando se der aos viciados ajuda compreensiva e inteligente, ao invés da rejeição pública que eles recebem, estaremos no caminho para a conquista deste problema.

Importante experiência representa nos Estados Unidos a criação da instituição chamada “Synanon”, por um grupo de ex-viciados, que se propuseram realizar um programa de reabilitação voluntária. Não se trata de um hospital. Em consequência, os viciados são forçados a abandonar a droga pelo sistema *cold turkey*, do qual se faz mesmo um importante elemento de recuperação. Afirma-se que o abandono da droga de forma tão penosa, representa uma espécie de investimento próprio na cura, o que ajuda o viciado a manter-se sem a droga. O aparecimento dessa instituição, originalmente em Santa Mônica, na Califórnia, e já agora em outros centros populosos, tem sido saudado como experiência extraordinária. Nela se recorre a essa nova fabulosa ferramenta de trabalho que é a psicoterapia de grupo³⁷.

7. O art. 281 Cod. penal foi recentemente alterado pela lei 4451, de 4-11-64, que agregou ao elenco de ações incriminadas a de *plantar*. É deplorável que diante de disposição tão defeituosa de nossa lei tenha o legislador perdido a oportunidade de uma

³⁶ O dec. lei 891 estabelece que a toxicomania é considerada doença de notificação compulsória (art. 27), podendo a internação ser obrigatória ou facultativa. Nos Estados Unidos, o *Bureau of Narcotics* reputa a hospitalização compulsória a única solução (ANSLINGER, *The physician and the Federal Narcotics Law*, cit. Por MARIE NYSWANDER, *Drug Addiction in the United States, Past and Present*, 1956, p. 87).

³⁷ Sobre *Synanon*, cf. JANE KRAMER, *The Synanon Experiment, in The Addict*, cit., p. 177; DAVID STERNBERG, *Synanon House — a consideration of its implications for American correction*, *Journal of Crim. Law, Crim. Pol. Ss.*, vol. 54, nº 4, dec. 1963, p. 447, pronunciando-se sem grande entusiasmo: “O trabalho de *Synanon* pode ser considerado um passo promissor no tratamento com êxito da toxicomania, mas não pode ser visto como uma espécie de solução final, pois o toxicômano parece viver sem a droga somente enquanto permanece na *Synanon House*”.

alteração substancial. A modificação introduzida é de mais e é de menos. É de mais, porque já estava a ação de plantar compreendida na fórmula genérica do art. 281 §3º nº III. É de menos, porque não se cogitou da ação de *produzir* e da ação de *preparar*, que se aplicam aos narcóticos sintéticos, que se fabricam, mas não se plantam³⁸. A nova lei é apenas mais um exemplo da incompetência com que vêm sendo feitas algumas leis recentes no Brasil.

Foge aos nossos propósitos neste trabalho uma análise extensa do art. 281 Cod. penal. Desejamos apenas focalizar alguns pontos dignos de especial relevo e cuja exegese se apresenta particularmente difícil. Entre estes estão a prescrição irregular de entorpecentes e a utilização de local para uso ou guarda de entorpecentes.

8. Segundo o §2º do art. 281 Cod. penal, “incorre em detenção de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos a cinco mil cruzeiros, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária ou com infração de preceito legal ou regulamentar”.

O crime nesta hipótese somente pode ser praticado por médico ou dentista, e consiste em *prescrever* (receitar) indevidamente substância entorpecente. A ilicitude da prescrição verifica-se quando ela é feita: 1. fora dos casos indicados pela terapêutica; 2. em dose evidentemente maior do que a necessária; ou, 3. com infração de preceito legal ou regulamentar.

No primeiro caso, a substância entorpecente é receitada sem que haja qualquer indicação para o tratamento da moléstia. No segundo, conquanto seja aplicável o entorpecente no tratamento, a dose recomendada é nitidamente excessiva e injustificável. No terceiro, a prescrição é feita com infração dos preceitos que o dec. lei 891 estabelece para a emissão da receita, que deverá ser feita em papel oficial para o receituário e obedecendo às instruções regulamentares (art. 26, dec. lei 891).

³⁸ Previstas, aliás, no anteprojeto HUNGRIA (art. 305).

O crime é formal e se consuma quando o médico ou dentista faz uso da prescrição indevida, entregando-a ao cliente ou a interessado, não se exigindo o aviamento ou a tentativa de aviamento da receita.

O elemento subjetivo, na hipótese, pode dar lugar a dúvida, em virtude da expressão *evidentemente*, empregada pela lei, a qual é positivamente imprópria. Não pode ter o sentido de criar uma presunção de dolo, o que seria odioso. A ação que aqui se incrimina, como ensina HELSON HUNGRIA é o do médico ou dentista que “leviana ou complacentemente” receita a droga sem necessidade terapêutica ou em dose bem maior que a necessária. Parece-nos que a lei aqui não pretende criar um privilégio para os médicos e dentistas, que sempre foram e são severamente punidos. Por isso entendemos que em tal caso o crime não se pratica dolosamente, mas, sim, culposamente, pelo médico que não emprega a cautela e o cuidado devidos no receituário de entorpecentes. Se o médico visasse intencionalmente proporcionar ao cliente a dose indevida, praticaria o crime mais grave previsto na cabeça do artigo, na forma de fornecer ou de entregar a consumo, segundo a fórmula genérica, o que poderia fazer também com o dolo eventual.

A terceira modalidade do crime (com infração de preceito legal ou regulamentar) extravasa os quadros de um crime culposo e exige o dolo. Trata-se de incriminação excessiva e de conteúdo contravencional. Não se pratica sem consciência e vontade de cometer a infração.

9. Incriminando a utilização de local para uso ou guarda ilegal de entorpecentes, procura-se reprimir mais uma forma de facilitar a difusão e o comércio de estupefacientes. Segundo o art. 281 §3º nº II, estende-se a pena anteriormente cominada, a quem “utiliza local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecentes”.

Não foi feliz o legislador na redação desse dispositivo. Sujeito ativo do crime só pode ser, aqui, pessoa que dispõe de local (como proprietário, possuidor, administrador ou simples vigia), destinando-o ao uso ou guarda ilegal de entorpecentes. Há aqui, sem

dúvida, duas espécies de ações delituosas definidas pela lei: 1. utilizar local para uso ou guarda ilegal de entorpecentes; 2. consentir que outrem, utilize local ainda que a título gratuito, para o mesmo fim.

Em qualquer das hipóteses, a materialidade do crime deveria residir em *utilizar local*, destinando-o (embora não exclusivamente) ao uso ou guarda ilegal de substância entorpecente. O crime consuma-se com a efetiva reunião de viciados no lugar, para consumo de estupefacientes ou a atualidade da guarda. Não se exige a habitualidade. *Local* é todo espaço fechado, edificado ou não, podendo não ter cobertura.

A forma de *guardar* já está prevista pela cabeça do artigo 281, e aparece aqui novamente, de forma a tornar difícil a conciliação dos textos, o que constitui grave problema, por ser a pena sensivelmente mais branda. Há, a nosso ver, evidente defeito de técnica na lei, pois o §3º nº II é bastante claro, incriminando, alternativamente, duas ações: a de *utilizar* local para uso ou guarda ilegal de entorpecentes, e a de *consentir* que outrem dele se utilize para o mesmo fim. Utilizar local para guardar é *guardar*. NELSON HUNGRIA, com sua grande autoridade, ensina que a lei aqui incrimina a *prestação de local* para uso ou guarda³⁹. Se foi essa a idéia do legislador, não soube expressá-la, sem contar que prestar local conscientemente para a guarda é forma de concurso na guarda que o terceiro pratica, implicando na aplicação do art. 281 *caput*. O defeito foi mantido no anteprojeto HUNGRIA (art. 305 §4º nº II).

Parece-nos que a interpretação de mestre HUNGRIA é a mais adequada e razoável, diante da precariedade do texto legal. Onde a lei fala em utilizar local para guarda e consentir que outrem o utilize para o mesmo fim, devendo entender que o legislador quis dizer: permitir o uso de local para a guarda de terceiro. E que pretendeu, com isso, estabelecer exceção à regra do art. 25, de modo que a guarda a que se refere a cabeça do artigo é apenas a guarda como ação própria (para si ou para terceiro). No §3º nº II, o agente não guarda, de forma alguma, mas concorre (de forma onerosa e gratuita) para que terceiro pratique a guarda. O crime nessa hipótese consuma-se com a efetivação da guarda por terceiro. Se o agente praticar ele próprio algum ato que constitua a ação de guardar, praticará o crime mais grave previsto na cabeça do artigo.

³⁹ *Comentários*, vol. IX, p. 142.

Esse será sempre o crime praticado pelo terceiro que faz a guarda. A ação incriminada será, portanto, forma de contribuição secundária no tráfico de entorpecentes, como a de quem, com conhecimento de causa, aluga, empresta ou permite, abusivamente ou não, a guarda de entorpecente em local de que dispõe.

O elemento subjetivo do crime consiste na vontade dirigida à prática da ação, sabendo o agente que a substância de que se trata é entorpecente. O proprietário de local que o cede para que nele viciados usem estupefacientes, praticará o crime se previamente sabia da destinação que seria dada ao imóvel. O conhecimento posterior, no entanto, não basta para implicar na responsabilidade penal do proprietário, que juridicamente não é obrigado a controlar o uso que é dado ao prédio⁴⁰.

Como se vê, a nossa lei penal na matéria está inçada de defeitos graves, exigindo completa revisão. Deve ela, no entanto, ser precedida de extenso estudo criminológico sobre as peculiaridades do tráfico de entorpecentes no Brasil, pois elas evidentemente existem, de modo a que se possa dar uma solução que, aproveitando a experiência internacional da matéria, atenda às exigências de uma problemática por vezes bem distinta.

(*) Artigo publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 08, p. 85 a 100, nos anos 60.

⁴⁰ MANZINI, *Trattato*, vol. VI, p. 431.