

COLABORAÇÃO

Das Penas *Na Legislação Antitóxicos*

SUGESTÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA (*)

JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCINI

e

EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA

Magistrados no Estado de São Paulo

SUMÁRIO

- I – INTRODUÇÃO
 - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA
- II – CRÍTICAS A LEGISLAÇÃO VIGENTE
 - REFORMULAÇÕES NECESSÁRIAS
- III – DAS MEDIDAS RESERVADAS AO INFRATOR VICIADO
CONSIDERADO SEMI-IMPUTÁVEL, E
DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE
- IV – DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO, PARA FINS PUNITIVOS, ENTRE O
SIMPLES USUÁRIO POSSUIDOR DE DROGA, E O TRAFICANTE
OU ASSEMELHADO
- V – DAS PENAS PECUNIÁRIAS
NECESSIDADE DE SUA REVISÃO
- VI – CONCLUSÕES

(*) Tese apresentada ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins.

I — INTRODUÇÃO

— EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Estabelecendo “medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem “dependência física ou psíquica”, a vigente Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, objetivou a adoção de providências tendentes a combater o perigoso e alarmante recrudescimento do comércio de “drogas” (1), que desde o início do século, e especialmente nas últimas décadas, vem despertando sérias preocupações em todas as nações civilizadas.

Em verdade, o problema dos tóxicos se alçou em real desafio, motivando estudos, debates, e mesmo dissensões acaloradas entre os técnicos, nos campos da medicina, do direito, da sociologia, e da pública administração, com reflexos no seio de toda a coletividade.

Inobstante se trate de questão atualíssima, não se desconhece que tem remotas origens, sendo tão antiga, quase, quanto a própria humanidade. Segundo a mitologia greco-romana, os deuses usavam a droga para interferir na vida dos mortais, protegendo seus favoritos, e enfraquecendo os exércitos inimigos. Na *Odisséia*, HOMERO descreve o uso de uma infusão, preparada por Helena, e servida a Telêmaco e outros convidados, como a “bebida da hospitalidade”, capaz de dissipar a atmosfera de melancolia trazida pela lembrança de Ulisses, afastando dores e sofrimentos. O emprego do ópio é conhecido desde milênios, nas civilizações do Egito e da Índia, tendo sido espalhado pelos árabes, no auge de suas conquistas, nos séculos X, XI, XII e XIII, até à África e à Ásia.

Historicamente, já foram os tóxicos usados como arma bélica, bastando recordar a chamada “guerra do ópio”, contra a China, quando a Inglaterra, com sua “Companhia das Índias”, pretendia transportar para aquele país toneladas de ópios; com a Capital bombardeada, e Changai tomada pelas forças inglesas, viram-se os chineses obrigados a assinar o célebre “Tratado de Nankin”, abrindo seus portos para o ingresso de enormes e contínuos carregamentos de ópio, que se espalharam por todo o continente, com a inteira prostração física e moral de seu povo. (2)

(1) O termo “drogas” costuma ser usado, genericamente, para significar substância que determine dependência física ou psíquica. Todavia, o vocábulo não é tecnicamente apropriado. Outras expressões são utilizadas, como sinônimos — “tóxicos”, “entorpecentes”, “estupefacientes”, “narcóticos”, “estimulantes” etc., mas são igualmente inadequadas, por insuficiência conceitual. Tem sido aceita, como designação técnica específica, a palavra “psicotrópico”, aprovada no “II Congresso de Psiquiatras Franceses”, por sugestão de DELAY e DENIKER, que a empregaram para designar o “conjunto de substâncias químicas, de origem natural ou artificial, que tem um tropismo psicológico, isto é, que são suscetíveis de modificar a atividade mental, sem prejudicar o tipo dessa modificação”. A questão foi objeto de interessante trabalho de HENRIQUE LEVY, que também não se satisfaz com a expressão “psicotrópico”, sugerindo a adoção do neologismo “psicotóxico” (“Os psicotóxicos — contribuição à nomenclatura” — Revista dos Tribunais — vols. 457/308).

(2) Comentando o fato histórico, A. C. PACHECO E SILVA anota que “atualmente, inverteu-se a situação: são os comunistas chineses acusados de proceder ao tráfico das drogas, particularmente dos opiáceos, e ainda de favorecer, por vários meios, a difusão das toxicomanias no mundo ocidental” (As toxicomanias e a Segurança Nacional — Conferência realizada na Associação Médica Brasileira, em 1.º de setembro de 1972, durante a “Jornada Comemorativa do Sesquicentenário da Independência”, in “Arquivos do Ministério da Justiça”, n.º 124/93).

Propiciando o chamado “vício elegante”, pela adesão dos freqüentadores de cabarets, “o abuso de substâncias tóxicas pela *jeunesse dorée*, e pela atormentada geração do primeiro pós-guerra, (3) causou irreparáveis traumas orgânicos e psíquicos em sua descendência”, passando a constituir-se em verdadeiro “flagelo social”, despertando a atenção dos legisladores para novas figuras delituosas, carentes de severas medidas de repressão.

Em nossos dias a questão se apresenta de forma agravada, pela angustiante expansão do comércio e do emprego abusivo dos psicotrópicos, erigindo-se em problema eminentemente social e político, com implicações até mesmo na segurança nacional, por se constituir em fator criminógeno e enfraquecedor das forças laborativas da Nação.

Na “Exposição de Motivos” que acompanhou o projeto convertido na Lei n.º 5.726, ficou anotada a preocupação do Governo com a propagação da toxicomania, e a necessidade de ser eficazmente combatida, por normas internas e acordos internacionais, visando à defesa da saúde pública, dos bons costumes e do bem comum. Salientou-se que a “predisposição a estados neuróticos e psicóticos e à criminalidade, a aniquilação da vontade, a desagregação da família, a corrupção dos costumes, o abandono dos princípios éticos de convivência social são alguns dos efeitos perniciosos da utilização indevida dessas substâncias”.

No âmbito internacional, desde a “Convenção de Haia”, em 1912, até a “Convenção Única sobre Entorpecentes”, realizada em Nova Iorque, em 1961, aperfeiçoada pela “Convenção de Genebra”, em 1972, têm sido fixadas regras de cooperação entre os países, visando à prevenção, ao controle e à repressão do uso indevido de psicotrópicos, com o estabelecimento de um órgão fiscalizador, subordinado à ONU. Mencione-se, ainda, o recente “Acordo Sul-Americano sobre Entorpecentes e Psicotrópicos”, resultante da Conferência Sul-Americana realizada em Buenos Aires, em abril de 1973, cujo texto foi aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n.º 78, de 5 de dezembro de 1973, com a proposição de medidas necessárias à consecução de estreita colaboração e intercâmbio de informações entre os signatários, em tudo o que diz respeito à luta contra o uso impróprio das substâncias controladas.

Internamente, foram promulgados numerosos diplomas legais, (4) merecendo destaque o Decreto-Lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938, fonte

(3) “A Capital da França era o centro das “toxicofílias”, o paraíso dos cocainômanos, imitada no mundo inteiro, com Montmartre regurgitante de todas as orgias, transformada no “Cerveau de Paris”, onde rondavam, administrando os vícios, a legendária “La Panthère”, e o famigerado traficante “Maurice, L’American”, conforme descreve F. WITAKER DA CUNHA, in “Os venenos sociais e a nova lei dos tóxicos” — Separata da Revista A.T.A. n.º 6, de 1972.

Na mesma ocasião, em São Paulo, uma plêiade de moços, ainda imbuida de bons princípios, iluminados pelos ideais da fraternidade, fundaram lojas de combate aos vícios, filiadas à “Ordem Independente Neutra dos Bons Templários”, que chegaram a ter atividade meritória. O Presidente Washington Luís “concedeu a esses moços permissão para realizarem conferências de combate aos tóxicos nas escolas, medidas das mais acertadas e eficientes quando postas em prática de verdade” (depoimento de O. VAIRO, em tese de Doutorado, de 1925, apud HILARIO VEIGA DE CARVALHO — A Nova Lei Antitóxica — Ed. José Bushatsky — 1973, pág. 61).

(4) Para um levantamento completo de todas as leis, decretos e portarias editadas no País, desde o início deste século, vide “Considerações em torno da legislação sobre Entorpecentes, substâncias e produtos controlados” — trabalho apresentado por FRANCISCO PRUDENTE AQUINO, no I Congresso Internacional sobre o Uso de Tóxicos pela Juventude Universitária — SP — 1974. Recentemente o ilustre Professor aditou seu trabalho, com indicação de portarias supervenientes.

de toda a legislação subsequente. Inspirado na Convenção de Genebra, de 1936, traz a relação das substâncias consideradas entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, regula a internação e interdição civil dos toxicômanos, e dispõe sobre normas penais, neste ponto modificando a então vigente "Consolidação das Leis Penais". Suas normas punitivas foram alteradas pelo art. 281 do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Em 21 de setembro de 1942, foi baixado o Decreto-Lei n.º 4.720, que fixou normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos. Introduzindo acréscimo ao art. 281 do Código Penal, com a inclusão da ação "plantar", foi editada a Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964. (5)

Com o agravamento do comércio clandestino de drogas, verificado nos planos nacional e internacional, baixou-se o Decreto-Lei n.º 159, de 10 de fevereiro de 1967, equiparando aos entorpecentes, para fins penais, e de fiscalização e controle, todas as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica (como, v.g., os anfetamínicos e os alucinógenos, cujo crescente consumo, e reconhecida nocividade, exigiam a tomada de severas medidas de prevenção e repressão).

Sobreveio o Decreto-Lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968, que alterou nova e substancialmente a redação do art. 281 do Código Penal, adotando, em linhas gerais, as normas do Anteprojeto do Código Penal de HUNGRIA, com o alargamento do campo de incidência do delito e melhor aparelhamento da autoridade para sua ação repressora.

Tivemos ainda, a par de inúmeras instruções baixadas por portarias do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMF), o Decreto-Lei n.º 753, de 11 de agosto de 1969, que complementou as disposições relativas à fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias entorpecentes, ou a elas equiparadas, bem como de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, e distribuição de amostras.

Finalmente, foi editada a Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, estabelecendo normas preventivas, dispondo sobre medidas de recuperação para os infratores viciados, e dando nova redação ao art. 281 do Código Penal, além da criação de um rito especial, sumário, para o julgamento dos delitos que especifica, e providências esparsas.

Com o ajustamento das penas pecuniárias ao sistema do "dia-multa", e a retificação do nomen juris, "bando ou quadrilha", para "associação" (6), as

(5) Segundo HELENO CLAUDIO FRAGOSO, o legislador perdeu oportunidade de alteração substancial do dispositivo, a seu ver defetuosos, que sequer previa as ações de produzir e preparar; e, quanto à inserção do verbo "plantar", seria desnecessária, por já estar a conduta subsumida na fórmula genérica do § 3.º, III, do art. 281 — "contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente" (Lições de Direito Penal — 1965, pág. 898).

(6) Comentando o texto vigente, anota MAGALHÃES NORONHA que o legislador "não foi feliz na fixação do número mínimo de componentes da quadrilha ou bando — duas pessoas". E justifica: "Primeiramente, falta uniformidade ao Código, pois no citado art. 288 — quadrilha ou bando —, ele exige o mínimo de quatro indivíduos. Depois, porque não se compreende muito bem uma quadrilha de duas pessoas; o que há, então, é o par criminoso, é a co-autoria. Finalmente, porque, consoante os léxicos, o nome quadrilha invoca o número de quatro pessoas". Termina sugerindo que "se foi mesmo vontade da lei punir a simples co-autoria, bastaria dar outro nomen juris ao parágrafo..." (Do Tráfico e uso de entorpecentes ou psicotrópicos, art. publ. na Revista dos Tribunais, vol. 435, págs. 249/253).

disposições penais previstas no art. 23, e parágrafos, da Lei n.º 5.726, foram encampadas pelo novo Código Penal (Decreto-Lei n.º 1.004/69, de vigência adiada), passando a constituir o art. 314, renumerado para art. 311, por força do disposto na Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973. (7)

Erigiu-se a matéria em preceito constitucional, com a previsão da competência da União para “prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins” (art. 8.º, VII, b, da Constituição Federal de 1967, e art. 8.º, VIII, b, da Emenda n.º 1, de 30 de outubro de 1969. (8)

Segundo o art. 26 da Lei n.º 5.726, “fica mantida a legislação em vigor no que expressamente não contraria esta lei”. Assim, verifica-se que continuam vigentes os já mencionados Decreto-Lei n.º 753, Decreto-Lei n.º 159, bem como o Decreto-Lei n.º 891, este na parte referente à fiscalização (com as modificações do Decreto-Lei n.º 3.114), e em dispositivos relacionados com a internação e a interdição civil dos toxicômanos. Poderiam ainda ser mencionados outros diplomas, não conflitantes com a legislação atual, bem como a “Convenção Única sobre Entorpecentes”, de 1961, e numerosas portarias do SNFMF, com instruções sobre o controle e a fiscalização de psicotrópicos. (9)

II — CRÍTICAS À LEGISLAÇÃO VIGENTE

— REFORMULAÇÕES NECESSÁRIAS

Constitui grave erro esperar-se milagres de uma nova lei, ainda que tecnicamente perfeita. Costuma-se repetir que a lei é um mínimo ético que necessita apoiar-se na realidade social, para uma aplicação eficaz, com vistas à satisfação das necessidades coletivas e tutelado bem comum. Qualquer reforma legislativa estará fadada ao insucesso, se não responder às reais exigências do momento, e, conseqüentemente, deixará de ser respeitada como uma necessidade, não só por seus aplicadores, como pelo próprio povo. (10)

Assim, no combate ao tráfico e ao consumo abusivo de drogas, não pode a lei se distanciar dos aspectos sociais, econômicos e culturais que se acham

(7) De acordo com o art. 1.º da Lei n.º 6.063, de 27 de junho de 1974, o Código Penal, instituído pelo Decreto-Lei n.º 1.004/69, com as alterações posteriores, bem como os arts. 3.º, 4.º e 5.º da Lei n.º 6.016/73, entrarão em vigor juntamente com o futuro Código de Processo Penal.

(8) Nos termos do art. 125, V, da Carta Magna, consoante interpretação consagrada na Súmula n.º 522, do Supremo Tribunal Federal, “salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e o julgamento dos crimes relativos a entorpecentes”. Em conseqüência, vem sendo declarado inconstitucional o disposto no art. 20 da Lei n.º 5.726, no que tange à atribuição de competência da Justiça local — onde não exista órgão da Vara Federal —, para o processo e julgamento de crimes capitulados no art. 281 do Código Penal, na modalidade de tráfico internacional. Nesse sentido, v. acórdão do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, de 21 de fevereiro de 1974, publicado no Diário da Justiça da União, de 26 de junho de 1974; Acórdão Criminal n.º 2.353, do Rio Grande do Sul — 3.ª Turma do Tribunal Federal de Recursos — in “Trib. da Justiça”, de 18 de outubro de 1974, pág. 1.

(9) V. VICENTE GRECO FILHO — “Tóxicos” — Ed. Saraiva, 1972, págs. 35 e 175; JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ — “Tráfico e uso de entorpecentes” — Ed. Forense — 1973 — pág. 153.

(10) V. MARIO BERRI, em comentários à reforma da legislação italiana — artigo “Nuove Leggi Contro la Droga”, publicado por “Quaderni di Giustizia” — 24 — “Il Problema della Droga, Oggi” — Ed. Giuffrè — Roma — 1972 — págs. 59 e seguintes. — “The law does not exist in a social vacuum, and legal alternatives can be evaluated only with reference to the values and policies which they are designed to implement and the social context in which they are designed to operate” (National Commission on Marijuana and Drug Abuse — first Report — “Marihuana: a signal of misunderstanding” — Washington — USA — march — 1972 — pág. 26).

inarredavelmente vinculados ao problema, tendo em conta as circunstâncias decorrentes do desenvolvimento econômico e industrial, com suas influências na vida individual e no comportamento coletivo.

Num mundo em contínua e apressada transformação, convertido em autêntica "aldeia global", pelas facilidades de comunicações e progressos nos meios de transportes, é intuitivo que as condições existenciais tenham experimentado bruscas mutações. ⁽¹¹⁾

O fenômeno é universal, acentuando-se, porém, nas sociedades em desenvolvimento, como a nossa, que em menos de meio século passou de uma fase, predominantemente agrícola, para um amplo engajamento no processo de industrialização. Como consequência, o crescimento incontrolável dos conglomerados urbanos, a desagregação da vida familiar, o aumento insopitável das novas necessidades inerentes à sociedade de consumo, a par de contrastes acentuados pelo desnivelamento social, tudo contribuindo para os desajustes individuais e marginalizações, fatores de criminalidade.

Em tais condições, é inevitável que se disseminem, também, as toxicomanias. Seu combate, como evidencia o quadro exposto, não pode limitar-se a medidas policiais ou repressivas, mas sem dúvida depende de soluções mais profundas e de maior alcance, que objetivem a prevenção do mal e propiciem a efetiva recuperação daqueles que se enredaram no vício das drogas.

Tais aspectos não foram olvidados por nosso legislador, e em verdade representam a tônica da filosofia que inspirou o novo ordenamento legal. Nesse ponto, o diploma vigente merece aplausos, podendo dizer-se que representa tomada de posição, e um grande esforço visando enfrentar a grave ameaça da toxicomania. No entretanto, como toda obra humana, não está isento de críticas, no que tange a determinadas formulações, seja pelo seu mérito, seja pela dificuldade ou mesmo impossibilidade de serem eficazmente postas em prática. Tais críticas de propósito construtivo têm partido dos mais diversos setores, chegando a sensibilizar o Governo, certo que, após o labor de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, já se anunciou a criação de um grupo de trabalho, para a reforma da legislação antitóxicos.

De modo geral, os reclamos se manifestam quanto à ineficiência do instrumento, face à inexistência de infra-estrutura material e humana, no que tange às medidas preventivas e, de forma especial, quanto à aplicação das medidas de tratamento dos infratores viciados.

Apontam-se, também, defeitos de forma e de conteúdo, como por exemplo: a introdução de medidas repressivas, que em muitos casos podem ser contraproducentes, como a prevista no art. 8.º da Lei n.º 5.726; a omissão de algumas modalidades delinqüenciais, no elenco do art. 23, pela imprevisão

(11) "Estaremos voltados ao desespero e ao mundo trágico e absurdo entrevisto por Ionesco, Beckett e Camus?", indaga MARCEL HICTER, lembrando que Jacques Duquesne se perguntava como pode o homem viver na era científica, já que não é mais senhor do jogo. Assinala que a "técnica não é mais impulsionada pelo homem, mas progride em função de suas necessidades próprias", dando origem ao "choque do futuro" — doença psicossomática de todo o organismo humano, que se difunde por causa da "lenta mutação do homem ante o fulgurante progresso tecnológico" (A Droga e a Sociedade Moderna — artigo publicado na "Tribuna da Justiça", ed. de 8 de janeiro de 1974).

de ações como “usar” e “receber” (12); a falta de recurso de ofício para os delitos capitulados, olvidada a regra geral de seu cabimento nos crimes contra a saúde pública; a inadmissível igualdade de tratamento, no que tange ao infrator não viciado, ou ao viciado penalmente imputável, e o traficante; a quantificação excessiva das penas pecuniárias, inadequadas, de regra, à nossa realidade sócio-econômica; a impropriedade, no sentido técnico-jurídico, da “extinção da punibilidade”, referida no art. 11, § 1.º; a possibilidade de se instaurar a ação penal sem a prova material do delito, permitindo-se a juntada do laudo até a data de audiência de instrução e julgamento (quid se o laudo vier negativo?) (13); a sumariedade excessiva do rito processual, com eventuais prejuízos à apuração de verdade (14) etc.

No campo específico das penas, cumpre mencionar as conclusões do “I Congresso Brasileiro de Magistrados”, realizado em Vitória, em agosto de 1973 (15), numa linha de pensamento de que não discreparam juristas, criminólogos, sociólogos, psicólogos, médicos legistas, reunidos em Londrina, em outubro de 1973, no “I Congresso Brasileiro de Criminologia” (16), proclamando-se como urgentíssimo o aperfeiçoamento de nossa legislação especial. De lege ferenda, preconizaram-se disposições prevendo:

- a) tratamento especial para os “experimentadores primários”, com ampla possibilidade de utilização de perdão judicial e de concessão de sursis;
- b) nítida distinção entre — traficantes e assemelhados, traficantes-viciados e simples usuários. Para os primeiros, todo o rigor da lei. Para os últimos, tão-somente tratamento; e os casos de reincidência, tratamento-apenamento.

Propostas semelhantes, quanto à apenação menos rigorosa dos usuários não reincidentes, imputáveis, foram apresentadas no “I Congresso Paulista do Ministério Público” (São Paulo, dezembro de 1971) (17), no “IV Congresso

(12) V. JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCHINI — “Tóxicos” — Ed. Revista dos Tribunais — SP — 1973, págs. 73 e seguintes.

(13) V. HÉLIO SODRÉ — “Tóxicos — A Nova Lei” — Edição Rio, págs. 17 e seguintes.

(14) Consoante a jurisprudência, “no processo da Lei n.º 5.726, a soma dos prazos, até a sentença final, não deve ultrapassar de trinta dias, sob pena de constrangimento ilegal” (cf. RT, vols. 440/321 — ac. das C. C. Conj. do TJ; 449/220, 455/358 — acs. do TACRIM”, vol. 24/127; RT 461/415 — ac. do TJ de Sta. Catarina; ac. por m. dev. de 15 de outubro de 1974, no HC 51.120 — de Novo Horizonte — TACRIM — SP — Rel. Des. GOULART SOBRINHO. V., a respeito, o capítulo IX — “Da preocupação do legislador com a celeridade, através da fixação de prazos e do que daí decorreu: afrouxamento da repressão” — págs. 83 e seguintes — “Tóxicos”, op. cit. de AZEVEDO FRANCESCHINI.

V. JOÃO DE DEUS LACERDA MENA BARRETO — “A Lei Antitóxicos Comentada” — Ed. Renes — 1972 — págs. 63/65.

(15) V. “Informativo Semestral” — órgão da “Associação dos Magistrados do Espírito Santo” — ano 2, n.º 3, pág. 20.

(16) V. “Carta de Londrina”, publicada pela “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia”, vol. 3, n.º 1/2, 1974, págs. 223/226, sob o título “Sistema Penal Brasileiro — Resolução do Congresso de Londrina”.

V., também, as conclusões do Congresso, publ. em “MP”, órgão oficial do Ministério Público do Estado do Paraná — ano 3, n.º 3, 1974, pág. 119.

Uma via da “Carta” foi levada em mãos pelo Prof. ALFONSO QUEIROZ CUARON, Catedrático da Universidade Nacional do México, para ser apresentada no “V Congresso de Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente”, de promoção da ONU, sendo a parte relativa à legislação antitóxica encaminhada à reunião dos peritos da mesma ONU, encarregados do estudo da matéria.

(17) V. Anais, publ. de “Justitia”, órgão do Ministério Público de São Paulo, 1973, vol. I, págs. 263 e 337; vol. II, pág. 259.

Fluminense do Ministério Público”, realizado no Estado do Rio de Janeiro, em julho de 1972 (18).

Mais recentemente, no “I Congresso Internacional sobre o Uso de Tóxicos pela Juventude Universitária” — SP — 1974, foram aprovadas, dentre outras, as seguintes conclusões, sugestões e recomendações: (19)

- a) necessidade de distinção, para fins punitivos, entre o traficante de âmbito internacional (ou nacional, em grande escala) e o pequeno traficante, o traficante-viciado, e o mero consumidor, máxime se eventual;
- b) previsão de tratamento especial para os “experimentadores primários”, e não traficantes, surpreendidos com pequena quantidade de psicotrópicos. Quanto a estes, alvitrou-se a possibilidade de dispensa do processo, condicionada, se necessário, a tratamento médico coercitivo, ou concessão de perdão judicial ao final das ações penais, assegurando-se, sempre, a prestação de fiança aos réus menores de 21 anos. Enfatizou-se que somente o exame pericial especializado, inclusive de personalidade, poderá indicar ao Juiz o destino a ser dado aos réus: hospital, casa de custódia e tratamento, ou prisão, sendo lembrado, ainda, que para a segurança do diagnóstico, deverão estar presentes todos os dados pertinentes à avaliação da personalidade do agente, condições pessoais e sua higidez;
- c) obrigatoriedade da internação hospitalar do viciado, pelo menos no começo, para desintoxicação, convindo fossem oficiais e especializados esses nosocômios, embora a carência de uma infra-estrutura hospitalar não permita prescindir-se dos estabelecimentos particulares (anotando-se que seria indeclinável a utilização da rede hospitalar da previdência social — INPS, IPASE, IAMSPE etc.);
- d) maior agravação das penalidades, às infrações praticadas por médicos e dentistas, que se aproveitem das facilidades de que dispõem para a obtenção de drogas, e para os infratores em geral, que atuem sobre ou contra menores de 21 anos.

A matéria, bem se percebe, é demasiado extensa, não permitindo aprofundamento, face às limitações do tempo, e da temática.

Pretendemos aflorar, como modesta contribuição ao aperfeiçoamento do sistema punitivo na legislação antitóxicos, alguns pontos referidos, iniciando pelo exame da solução legal aos casos de infratores viciados considerados semi-imputáveis, passando à análise das penalidades corporais e pecuniárias estabelecidas no art. 23 da lei comentada, para sugerir a tipificação diferen-

(18) Com destaque, face à identidade com o tema deste trabalho, para as teses apresentadas por SERGIO VERANI — “Algumas modificações propostas à Lei n.º 5.728”, MARLY MACEDONIO e RENATO FERREIRA FRANÇA — “Notícia Histórica e Análise da Nova Lei de Entorpecentes” (v. “Justitia” — 82/183).

(19) Nota-se a uniformidade das teses consagradas nos diversos Congressos Jurídicos. Ocorre que, por fortuitas coincidências, um dos co-autores deste trabalho, AZEVEDO FRANCESCHINI, foi o representante e o relator das conclusões sobre o assunto no Congresso de Magistrados de Vitória, o redator da Carta de Princípios de Londrina e o coordenador-redator das recomendações do setor penal e de legislação do “I Congresso Internacional sobre o Uso de Tóxicos pela Juventude Universitária”.

ciada do “experimentador primário”, todo o rigor na punição dos traficantes e assemelhados, e a reformulação do sistema de multas, para melhor adequação às nossas condições sócio-econômicas, e viabilidade de sua efetiva aplicação.

III — DAS MEDIDAS RESERVADAS AO INFRATOR VICIADO, CONSIDERADO SEMI-IMPUTÁVEL, E DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Salutar inovação na Lei Antitóxicos, merecedora de aplausos gerais, foi a distinção estabelecida entre as figuras do traficante, e do viciado, reservando-se a este, nos casos de inimputabilidade absoluta ou relativa, “a internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico, pelo tempo necessário à sua recuperação”.

Deu-se resposta, ainda que parcial, à preocupante indagação conceitual do “viciado”, para fins repressivos: trata-se de criminoso, ou de um doente, vítima de problemas sociais, carente de tratamento? O indivíduo sujeito ao vício do tóxico tem sido objeto de estudos, no seu aspecto humano, para melhor definição de sua personalidade, bem como nos aspectos psiquiátrico e legal, e nos conseqüentes reflexos de uma necessária intervenção social e individual. Daí a pergunta, sempre renovada: o viciado, este novo produto da contestação, fruto de uma sociedade permissiva, em desenfreada liberdade, à procura de novas sensações e experiências, em busca de pseudo-ideais e novos prazeres, ou quais sejam as causas familiares e sociais, como deve ser considerado? Um doente, necessitado de desintoxicação e cura, ou um delinqüente, merecedor de condenação e encarceramento? (20)

Note-se que, embora o art. 9.º da Lei n.º 5.726 faça genérica alusão aos “viciados”, como passíveis de “medidas de recuperação”, não abarca todos os infratores sujeitos ao vício, mas apenas aqueles considerados total ou parcialmente irresponsáveis, nos termos dos arts. 10 e 11 da mesma Lei. Caso o vício não suprima, nem diminua consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação do agente, ficará este sujeito às penalidades comuns, previstas no art. 281, § 1.º, III, do Código Penal (reservadas as hipóteses de aplicação do art. 22 do Código, quando a inimputabilidade, ou a semi-imputabilidade decorram de causas estranhas ao uso das drogas).

O art. 10 da lei cuida da inimputabilidade absoluta do agente, em decorrência de sua situação de viciado. Terá ele que ser absolvido e internado para tratamento psiquiátrico, “pelo tempo necessário à sua recuperação”. O art. 11 dispõe sobre a atenuação da pena, ou (ênfatize-se a alternativa) sua substituição pela internação do viciado semi-imputável em estabelecimento hospitalar, também, “pelo tempo necessário à sua recuperação”. O § 1.º prevê declaração de “extinção de punibilidade” se o semi-imputável, cumprindo pena, vier a recuperar-se; e o § 2.º dispõe ser obrigatória a substituição da reprimenda por internação hospitalar, “se o agente for maior de 18 e menor de 21 anos”.

(20) As considerações foram extraídas de artigo de Dott. PINO, in “La Settimana”, de 26 de março de 1974, revelando a preocupação reinante na Itália, pela ausência de distinção legal entre o consumidor da droga e o traficante, e concluindo que o viciado é antes de tudo um doente, necessitado de tratamento, compreensão, e ajuda, para a redenção que não seria conseguida através de repressão e do cárcere.

Como variante das hipóteses reguladas no art. 22 do Código Penal, a Lei n.º 5.726 exige formalmente que haja uma eliminação ou diminuição da responsabilidade — prevendo a impossibilidade de entendimento ou de determinação (art. 10), ou considerável diminuição de capacidades que tais (art. 11) — em razão do vício; tendo-se presente que se deve entender por viciado quem por si não mais pode abrir mão da droga, e sendo certo que a conceituação de viciado não exaure a legal compreensão de dependência. (21) Daí o entendimento jurisprudencial de que: “Nem todo viciado em drogas se torna incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de se determinar de conformidade com entendimento que tal”. (22)

Com efeito, o simples fato de ser o agente viciado em tóxicos não basta à aplicação de medidas de recuperação através da referida internação hospitalar, pois, conforme já assinalado, a toxicomania nem sempre acarreta a eliminação ou a diminuição considerável da capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou da autodeterminação do agente, exigidas pelos arts. 10 e 11 da Lei n.º 5.726.

Ressalte-se, ademais, que não se concedem aplicações dos artigos citados, sem exame pericial que averigue tratar-se de viciado que, em razão do mesmo vício, tornou-se inimputável ou semi-imputável. Conforme assinalado no ac. un. de 22 de agosto de 1974, da 1.ª Câmara do TACRIM — SP, HC n.º 55.172, relator AZEVEDO FRANCESCINI, “O Pretório Excelso acaba de assentar a indeclinabilidade de exame pericial para recurso aos referidos dispositivos, cassando decisão de uma das egrégias Câmaras desta Corte, que o considerava dispensável (v., ven. ac. no Rec. Extr. n.º 61.051, de São Paulo — recorrente: Justiça Pública; recorrido: Carlos Dario Velasco). Também essa a conclusão unânime em debates havidos no recentíssimo “I Congresso Internacional sobre Uso de Tóxicos pela Juventude Universitária” — SP — 12 a 16 de agosto de 1974. A superior decisão do S.T.F., aliás, não constitui surpresa, perante o

(21) Em erudito aresto (na Ap. Crim. n.º 65.851 — TACRIM — SP), o juiz GERALDO PINHEIRO noticiou as definições de dependência psíquica e física, constantes do “The Official Report of the National Commission on Marijuana and Drug Abuse”; a de dependência, perfilhada pela Organização Mundial de Saúde, através de seu “Expert Committee on Habit-Forming Drugs”; e a de vício, de JEROME H. JAFFE, com seu relacionamento com a dependência apud GOODMAN & GILMAN “As Bases Farmacológicas da Terapêutica”, 4.ª ed., Guanabara — Koogan, pág. 261.

Segundo a O.M.S., o vício pode ser definido como um estado de intoxicação periódica ou crônica, produzido pelo uso reiterado de uma droga, caracterizando-se por: irresistível desejo ou necessidade; tendência para aumentar a dose; dependência psicológica e, geralmente, dependência física; efeito deprimente para o próprio indivíduo e para a sociedade. O hábito é conceituado como uma condição resultante da administração repetida de uma droga, tendo como características: desejo de continuar tomando a substância, pela sensação de bem-estar que produz; pequena ou nenhuma tendência para aumentar a dose; algum grau de dependência sob o efeito da droga, nas ausências de dependência física ou psíquica. Tais conceitos, expendidos no 7.º relatório dos peritos da O.M.S., foram, mais tarde, revistos, face as dificuldades de interpretação, recomendando-se a substituição dos termos “hábito” e “vício”, por um único — “dependência”. Diz-se “dependência de drogas” a um estado de sujeição física ou psíquica, ou ambas, de uma droga, despertada no indivíduo em consequência da administração periódica ou contínua do produto. A “dependência física” consiste na adaptação fisiológica do corpo à presença de uma droga, com o surgimento da contínua necessidade de seu consumo. A “dependência psicológica” é o efeito adicional do uso da droga provocado pela necessidade de satisfazer uma exigência emocional, ou pessoal do indivíduo (v. “Divulgação de Orientação Sanitária do CRP-3” — SP — ed. especial referente à “toxicomania” — pág. 15).

(22) Ac. un. da 1.ª Câmara — TACRIM — SP, de 7 de março de 1973, Relator AZEVEDO FRANCESCINI.

ensino anterior uniforme dos doutrinadores (v. JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ — *Tráfico e Uso de Entorpecentes*, etc. Revista Forense, pág. 51; VICENTE GRECO FILHO — *Tóxicos* — ed. Saraiva — pág. 84; bem como do relator deste aresto — *op. cit.*, págs. 8/9 e 12)".

Quanto à situação dos menores de 21 anos, ressalte-se que o disposto no § 2.º do art. 11 está umbelicalmente jungido ao corpo do artigo, inserido este, aliás, em capítulo intitulado "da recuperação dos infratores viciados". Tão só dos viciados, e que sejam tidos como semi-responsáveis. Se viciado não for, o menor de 21 anos e maior de 18, para sua recuperação social perante a lei vigente, terá que ser apenado e não internado para um reajustamento somatopsicológico que não terá sentido por não haver vício a ser desarraigado. (23) Evidente que a possibilidade de internação não exclui o direito do menor de 21 anos (ou do maior de 70), à obtenção do sursis, desde que seja primário, e condenado até 2 anos de reclusão (requisitos do art. 30, § 3.º, do Código Penal). (24)

Resumindo as disposições do art. 11, e seus parágrafos, da Lei n.º 5.726, temos que:

- a) o viciado, semi-imputável, maior de 21 anos, está sujeito a condenação, podendo a pena ser atenuada, ou substituída por internamento hospitalar, até sua recuperação;
- b) cumprindo pena, e recuperando-se por tratamento médico, o sentenciado fará jus à "extinção da punibilidade";
- c) o viciado, semi-imputável, menor de 21 anos, sendo condenado, terá direito à obrigatória substituição da pena pela internação hospitalar, ou à suspensão condicional, se atender aos requisitos do artigo 30, § 3.º, do Código Penal, e puder, nesse regime, receber o adequado tratamento. (25)

Acompanhando a sistemática do Decreto-Lei n.º 1.004/69 (futuro Código Penal), a Lei n.º 5.726 adotou o sistema vicariante, com a alternatividade "pena ou internação", pondo fim ao binário "pena mais medida de segurança", do Código vigente. Assim, verificada a incapacidade decorrente do vício, em

(23) V. AZEVEDO FRANCESCHINI — *op. cit.*, pág. 12 — Inúmeros acórdãos têm sufragado esse entendimento, tornando remansosa a jurisprudência no TACRIM de São Paulo. Igualmente já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, conforme a seguinte emenda: "Entorpecentes — Uso — Lei n.º 5.726/71, arts. 10 e 11, § 2.º Agente maior de 18 anos e menor de 21. Substituição da pena por internação em estabelecimento hospitalar. Necessidade de apuração da irresponsabilidade ou da semi-imputabilidade do agente, não bastando a afirmativa de ser ele viciado em entorpecentes — Rec. extr. conhecido e provido" (Rel. Min. RODRIGUES ALCKIMIN — Ac. publ. no DJ de 20 de setembro de 1974).

(24) V. VICENTE GRECO FILHO — *op. cit.*, págs. 85/86.

(25) Qual a solução para o viciado não enquadrável em qualquer das figuras penais do art. 281? Tomando conhecimento da situação que tal, deverá o Juiz determinar providências para aplicação das medidas de interdição civil e internação, previstas no Decreto-Lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938 (Capítulo III), notando-se que "a toxicomania ou a intoxicação habitual, por substâncias entorpecentes, é considerada doença de notificação compulsória, em caráter reservado, à autoridade sanitária local" (art. 27 do decreto-lei cit.) — v. VICENTE GRECO FILHO — *op. cit.*, pág. 63).

sendo o réu maior, o Juiz poderá efetivar a substituição, caso não prefira atenuar a pena. ⁽²⁶⁾

Que se deverá entender, *in casu*, por pena atenuada?

Ainda na linha do Decreto-Lei n.º 1.004, limita-se a Lei n.º 5.726 a dizer que a pena poderá ser "atenuada", sem determinação dos limites da redução, diversamente, pois, do que dispõe o artigo 22, parágrafo único, do atual Código. A interpretação literal e restritiva, poder-se-ia afirmar que a semi-imputabilidade funcionaria como "atenuante", permitindo a diminuição da pena, tão-só dentro dos limites previstos para o tipo. Não seria justa tal solução, por importar em prática equiparação do viciado semi-irresponsável, ao penalmente imputável, e ao próprio traficante, com evidente quebra da política legal de proteção, e às especiais medidas de tratamento e recuperação previstas para o primeiro.

De modo geral, não se detiveram os autores no exame da questão, embora façam, alguns, referência à diminuição, ou redução da pena, numa aparente adesão ao entendimento de que poderá o Juiz "atenuar" a penalidade imposta ao semi-imputável, aquém do mínimo legal.

Comentando o dispositivo em foco, e após analisar as razões históricas de sua inclusão na lei, conclui JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ ⁽²⁷⁾ que a redução da pena será feita nos limites do parágrafo único do artigo 22 do Código Penal, análogica e subsidiariamente aplicável à espécie. Isto porque, "na discussão do projeto, foi apresentada emenda por iniciativa do Senador NELSON CARNEIRO, mas de autoria do Desembargador CARLOS DE OLIVEIRA RAMOS, do Tribunal de Justiça da Guanabara, permitindo ao Juiz substituir a pena de reclusão pela detenção, ou aplicar somente a pena de multa, adotando-se a regra do artigo 155, § 2.º, do Código Penal ("Diário do Congresso", Seção II, 21 de setembro de 1971, pág. 4.815). A emenda foi rejeitada, sob o fundamento de que a regra adotada pelo projeto era a mesma do sistema do atual Código, quanto à chamada imputabilidade restrita. Diminuída a quantidade da pena aplicável, pode ocorrer que durante o cumprimento dela o condenado venha a recuperar-se do vício em virtude do tratamento médico. Nesse caso, prevê-se a extinção da punibilidade, pois corresponderia à cessação da internação em hospital, se não tivesse sido aplicada a pena. Não são, assim, demasiadas as expressões "em virtude de tratamento médico" ("Diário do Congresso Nacional" — Seção II — 23 de setembro de 1971 — pág. 4.909).

Efetivamente, por uma hermenêutica mais consentânea com o espírito que norteou o legislador ao estabelecer medidas especiais de proteção ao

(26) Poderá parecer incongruente a possibilidade de alternativa, em se tratando sempre de um doente. JOAO DE DEUS LACERDA MENA BARRETO (em A Lei de Tóxicos Comentada, Edit. Renes, Rio, 1972, págs. 49 a 55) manifesta-se inconformado com a concepção legal, afirmando que "jamais poder-se-á reconhecer num viciado a semi-responsabilidade, pois na medida em que tiver um mínimo de discernimento, já não estará sofrendo a compulsão que lhe oblitera a consciência em potencial da ilicitude". Nessa linha de raciocínio, parece-lhe inadequada a possibilidade de internação do "semiviciado", pois o correto seria tão-somente a apenação atenuada. Data venia, temos que a posição é por demais radical, conflitante com o objetivo do legislador, que é o de proporcionar maleabilidade em soluções, possibilitando ao julgador a aplicação da medida adequada, perante variações fáticas.

(27) V. — "Tráfico e Uso de Entorpecentes" — Forense — Rio, 1973 — págs. 59 e 60.

viciado semi-imputável, é de se entender que a atenuação de pena prevista no art. 11 da Lei n.º 5.726, signifique a possibilidade de sua redução, de um a dois terços, conforme analogicamente estabelece o art. 22, parágrafo único, do Código Penal. E se propõe que, para evitar dúvidas na aplicação do dispositivo, de lege ferenda seja alterada a redação do artigo citado, para exata delimitação da “atenuação da pena”, com cominação de reprimenda substitutiva menos severa. (28)

No § 1.º do art. 11, ao aludir à declaração de extinção de punibilidade após recuperação do viciado semi-imputável, através de tratamento médico, incorreu o legislador em clamorosa impropriedade, utilizando expressão de sentido preciso para dizer coisa diversa do que pretendeu. (29) Com efeito, parece meridiana a erronia, acreditando-se que o autor da lei haja tão-somente almejado fossem declarados extintos os efeitos da condenação, notadamente o restante da pena privativa de liberdade que restasse a ser descontada.

De inteira procedência a crítica feita a respeito por VICENTE GRECO FILHO: (30) “A fórmula “extinção da punibilidade” refere-se à extinção do *jus puniendi*, quer antes, quer depois da sentença condenatória, de modo que poderia haver alegação de que a recuperação do viciado extingiria a própria condenação. Esse entendimento, contudo, não é válido. Se admitido, traria situação de vantagens para o semi-imputável que estivesse cumprindo pena, em detrimento do semi-imputável internado em estabelecimento hospitalar. Refere-se, pois, a extinção da punibilidade aos efeitos da condenação e não à própria condenação, que permanece. Aliás, se a cura acarretasse a extinção da condenação, o viciado retornaria à condição de primário, com violação, até, eventualmente, do princípio da coisa julgada, e estaria em situação mais favorável que o próprio menor de 21 anos, ao qual a lei (§ 2.º) procura dar tratamento mais protetivo”.

Idêntica exegese, que se poderia denominar “autêntica”, encontra-se na “Exposição de Motivos” que acompanhou o projeto referente à Lei n.º 5.726, com expressa referência à extinção da pena: “Em caso de aplicação da pena, esta poderá ser julgada extinta, a qualquer tempo, se o agente vier a recuperar-se do vício, em virtude de tratamento médico (art. 11)”.

Mas não é só: a própria Lei n.º 5.726, no seu art. 13, ao tratar da reabilitação criminal do viciado a quem tiver sido aplicada pena ou medida de segurança, taxativamente alude à data em que for extinta a pena, para início da contagem do prazo bienal.

Inobstante a interpretação sustentada — *et pour cause* —, recomenda-se que, por via legislativa, seja alterada a redação do art. 11, § 1.º, da Lei n.º 5.726, com o objetivo de tornar bem explícito que, com a alta médico-psicológica e verificação da efetiva recuperação do sentenciado, possa ser deferida tão-somente a extinção ou cancelamento das medidas restritivas de liberdade ainda por cumprir, e não “extinção da punibilidade”.

(28) Mais adiante, no exame do sistema punitivo ao infrator imputável, se proporá a necessária distinção entre o mero usuário de psicotrópicos, e o traficante, reservando-se àquele medidas repressivas de menor rigorismo, diversas da prática equiparação consagrada na lei atual.

(29) V. AZEVEDO FRANCESCHINI — op. cit., págs. 100/102.

(30) op. cit., pág. 83.

Tanto no caput, como no § 1.º, refere-se o art. 11 à recuperação do infrator viciado, em razão da internação hospitalar, ou por força de tratamento médico, concomitante ao cumprimento da pena.

Conforme já anotado, uma das críticas mais sérias que se faz à legislação vigente, é a de que, inobstante referta das melhores intenções, e tendo, acertadamente, como finalidades nucleares, a prevenção e a recuperação, em termos de generalidade, é inexecutável, em ponto capital, pela absoluta carência de uma infra-estrutura hospitalar, falta de nosocômios e casas de saúde e tratamento, onde os viciados semi-imputáveis possam ser recolhidos e cuidados.

De toda a conveniência, por imanente à condição de substitutivo da pena, que a internação se faça em estabelecimentos hospitalares públicos (31).

Entretanto, ante a carência da rede sanitária oficial, não se pode prescindir, *si et in quantum*, da hospitalização particular. Indeclinável, outrossim, que se obtenha o concurso das unidades hospitalares da Previdência Social — INPS, IPASE, IAMSPE etc. (32). Não se exclui, também, a hipótese de realização de convênios com nosocômios particulares, que assim passariam à situação de oficializados, sujeitos à fiscalização pública. A mesma sugestão foi proposta por HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO (33) sob a fórmula "credenciamento", com a observação de que "não há novidade nessa solução, e o INPS, o Conselho Federal de Medicina e a Associação Médica Brasileira já têm experiência bastante apurada nesse setor, e bem poderão oferecer soluções válidas".

O problema, porém, somente se resolverá com a suficiente instalação, pelo Governo, de hospitais especializados no tratamento e recuperação dos toxicômanos, a exemplo do que se fez em outros países, e se anuncia como propósito das autoridades brasileiras (34).

(31) Como propugna com acerto, VICENTE GRECO FILHO — op. cit., págs. 78/79.

(32) Filia-se a recomendação ao fato de negar-se o INPS de São Paulo a esse tipo de assistência, sendo que a Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça teve que reconhecer inexistir meio legal de forçá-lo a alterar sua orientação (Proc. n.º 38.338, Registro n.º 216/73). De se esperar, contudo, que a autarquia previdenciária, dentro do "Plano de Pronta Ação", anunciado pelo Ministro NASCIMENTO E SILVA, inclua também a prestação de serviços de tratamento e recuperação aos toxicômanos inimputáveis ou semi-imputáveis. Não deverão faltar, para tanto, recursos orçamentários, pois o último balanço do INPS acusou superavit da ordem de três milhões de cruzeiros... (v. Folha da Tarde de 27 de janeiro de 1975).

(33) Op. cit., pág. 64.

(34) Como no Japão, cujo Governo, em julho de 1962, no auge do combate ao tráfico de drogas destinou nove hospitais especializados, para tratamento de viciados ("Narcotic Medical Establishments") — v. "National Police Agency — Overseas Technical Cooperation Agency — Japan: Texts & Materials for Narcotic Seminar" — setembro de 1971, págs. 9/13. Nos Estados Unidos, para execução de um programa intensivo de tratamento, reabilitação e prevenção do uso de drogas, para um período de 3 anos, foram autorizadas verbas no montante aproximado de 164 milhões de dólares, dos quais 75 milhões se destinavam à construção e/ou manutenção de unidades sanitárias, sob a supervisão do "National Institute of Mental Health" (v. John B. William, M. S., J. D. — "Narcotics and Drug Dependence" — Glencoe Press — USA, 1974, págs. 139 e 143/178).

O jornal O Estado de S. Paulo, de 21 de dezembro de 1974, anunciou que em Brasília-DF, como resultante de programada reforma judiciária, prevê-se a construção de um grande hospital para recuperação de toxicômanos, "idéia que o Ministro ARMANDO FALCAO, da Justiça, aprovou e recomendou providências idênticas nas grandes cidades brasileiras".

Interessante e prática a idéia externada pelo Magistrado JOAO DE DEUS MENA BARRETO, no sentido da criação de um imposto sobre cigarros e bebidas alcoólicas, visando à obtenção de recursos para a construção e manutenção de clínicas de tratamento para os dependentes de drogas (publicada no Jornal do Brasil, e reproduzida pela Tribuna da Justiça — São Paulo — 28 de março de 1973 — pág. 5). A sugestão foi criticada por CARLOS AUGUSTO CARRILHO, que, ao invés, propôs a captação de recursos através da "Loteria Esportiva", e pelo recolhimento de multas judiciais impostas aos infratores da lei antitóxicos (v. "Mensagem Jurídica" — Guanabara — setembro/outubro de 1973 — pág. 15).

Quanto à recuperação, é preciso considerar que para seu efetivo alcance, não basta o desaparecimento ou a eliminação da sintomatologia específica, sendo exigível um período de prova do interessado, sob observação e controle, para averiguar-se a não-reincidência.

Foi essa, aliás, uma das conclusões do já citado "I Congresso Internacional sobre o Uso de Tóxicos pela Juventude Universitária"; e, no mesmo sentido, tem a jurisprudência assentado que "a recuperação só há de ser reconhecida após período de prova, sob vigilância e controle, uma vez reinserido o agente em meio habitual, onde deverá demonstrar haver readquirido resistência às tentações do antigo vício" (35).

Efetivamente, através de medidas clínicas obtém-se a desintoxicação e uma somática recuperação. Mediante orientação psiquiátrica-psicológica, instilam-se e fortalecem-se contra impulsos ao uso das drogas. Todavia, o doente tem de ser reinserido nos convívios familiar e social, voltando a ser exposto às anteriores tentações. Então, sim: demonstrando, na prática, haver adquirido forças e motivação para resistir aos chamamentos do antigo vício, é que se poderá afirmar estar recuperado. Do contrário, sentir-se-á o infrator abandonado à própria sorte, exposto a uma voragem repetitiva: retorno à prática viciosa, prisão em situação de reincidência, processo e sentença condenatória, insuficiência de novas medidas de recuperação...

Nos centros de recuperação mais avançados do mundo, como por exemplo, o da Califórnia, que pode abrigar cerca de 2.400 viciados, deve o dependente permanecer como um paciente interno, por um mínimo de seis meses, só então podendo passar a externo, e, nesta condição, segundo os resultados, poderá ser desligado do programa terapêutico, após três anos de abstinência, estando o antigo viciado, durante esse período, normalmente integrado na comunidade (36).

Em nosso meio, pela notória e já referida insuficiência de infra-estruturas, lamentavelmente reina ainda o empirismo, funcionando a simples alta hospitalar como fundamento para se acreditar na "recuperação" do viciado, com a conseqüente decretação da extinção da punibilidade, nos termos do art. 11, § 1.º, da Lei n.º 5.726. Quando não ocorre o pior, face à inexistência de local apropriado ao tratamento psiquiátrico especializado, converte-se pura e simplesmente a medida de internação em "liberdade vigiada". Ora, se o simples tratamento ambulatorial é considerado inviável para uma real recuperação dos viciados (37), muito menos o será a "liberdade vigiada", sem qualquer assistência, certo que,

(35) Ac. un. de 22 de agosto de 1974 — 1.ª Câmara do TACRIM — SP — HC n.º 55.172, de Guaratinguetá — Relator AZEVEDO FRANCESCHINI.

(36) HILARIO V. DE CARVALHO — op. cit., pág. 57 (citando "California's Treatment Control Program for Narcotic Addicts" — Am. J. Correct, XXX (4) 31; 1968).

SPARTACO LUCARINI, em seu "dossier sulla Droga", trad. bras. de LUIZ JOÃO GAIO, sob o título "Drogas e Drogados", ed. 1972, págs. 201 e 202, relata sistema semelhante de reabilitação na "California Youth and Adult Correction Agency".

Segundo notícia publicada no jornal O Estado de S. Paulo, de 31 de março de 1974, construiu-se próximo a Itapeverica da Serra, neste Estado, uma clínica especializada para a recuperação de toxicômanos, cujo objetivo é a reeducação total dos viciados por meio da psicologia aplicada, com a participação de ex-viciados. Seria um empreendimento pioneiro, da iniciativa particular; "um passo a frente num dos mais sérios problemas de saúde, educação e marginalização social", desatendidos pelo Governo.

(37) HILARIO V. DE CARVALHO — op. cit., pág. 55.

entre nós, na prática e na generalidade, não se efetiva qualquer vigilância do liberado. Como se vê, nessa situação, na quase totalidade dos casos, as boas intenções do legislador vão por água abaixo.

Por todo o exposto, em conclusão, denota-se: a total erronia científica das decisões que a priori fixam prazo para internação recuperatória; o irrealismo do legislador ao imaginar ocorrência de "recuperação" durante o cumprimento da "pena", para fins de declaração de extinção da punibilidade; e a incongruência da forçada prodigalização da liberdade vigiada, substitutiva da internação hospitalar.

IV – DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO, PARA FINS PUNITIVOS, ENTRE O SIMPLES USUÁRIO POSSUIDOR DE DROGA, E O TRAFICANTE OU ASSEMBELHADO

Expressivas alterações foram introduzidas, pelo art. 23 da Lei n.º 5.726, à redação do art. 281 do Código Penal (anteriormente dada pelo Decreto-Lei n.º 385/68), notadamente pela inclusão de novas ações delituosas, previsão de formas qualificadas do ilícito, e geral exasperação das penas, tanto as privativas de liberdade quanto as pecuniárias.

Observa-se que, a par das medidas recuperatórias reservadas ao infrator viciado, considerado ininputável ou semi-inputável, cuidou-se de reforçar as normas repressivas, alargando o campo de incidência da lei, e aumentando o rigor na sua aplicação. Compreende-se: a periculosidade social que representa a crescente e alarmante onda de toxicomania, impunha enérgica reação dos Poderes Públicos, com a reinstrumentalização de seus meios de defesa.

Sem entrar no exame pormenorizado das diversas inovações trazidas pela Lei n.º 5.726, na tipificação e apenação das condutas delituosas, embora ressaltando os seus muitos aspectos positivos, limitar-nos-emos à análise de ponto crítico, relativo à prática equiparação estabelecida entre as figuras do traficante e assemelhados e a do mero consumidor, que "traz consigo, para uso próprio, substância entorpecentes ou que determine dependência física ou psíquica".

Efetivamente, embora tenha dedicado, em outro capítulo, especial e necessária atenção ao infrator "viciado", não cuidou a lei do aspecto essencial referente ao mero usuário portador de psicotrópico, que não seja "viciado" o suficiente para carecer de tratamento recuperatório, podendo tratar-se de simples iniciante ou bisonho "experimntador".

A punição como "delinqüente comum" do mero viciado penalmente imputável, procurando-se, a um tempo e em igual intensidade "atemorizar exploradores e explorados" (38), é objeto de cerradas críticas, principalmente da classe médica.

(38) V. artigo Criminosos e Vítimas, publicado no Jornal do Brasil, transcrito pela Tribuna da Justiça, de 28 de março de 1973, que termina ressaltando a "urgência de se limarem as arestas de uma lei cujo cego rigor tende a criar viciados irrecuperáveis, sobretudo entre os mais jovens".

Entre os juristas, também há sérias resistências à mudança de posição introduzida pelo Decreto-Lei n.º 385, de 1968, e mantida pelo atual diploma (39).

Todavia, ao simples aplicador da lei, a orientação é inarredável: o viciado surpreendido em situação penalmente típica é havido como réu de um crime de perigo contra a sociedade, porque é sempre, como freguês, um incentivador do tráfico e da mercância da droga, e, potencialmente, um traficante ou intermediário, informando as estatísticas que cada consumidor, pelo conforto de não sentir-se a sós quando de suas “viagens”, pelo culto ou mística quase exotéricos, que à droga dedica, e pela apologia que dela faz, alicia, em média, por ano, três novas vítimas. Trata-se de uma autêntica “profilaxia social”; e daí o assentado pela E. 4.ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “Nos termos da Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, não há distinguir, para efeitos penais, o traficante do viciado, concedendo a lei a este, apenas tratamento penitenciário mais benévolo. É que o fulcro da norma penal prende-se ao perigo da disseminação do uso de entorpecentes e, assim, tanto é perigoso o traficante que estimula o comércio de drogas, quanto o toxicômano que, pelo exemplo ou sugestão, vai atraindo terceiros ao vício” (40).

Em outra manifestação, salientou a Col. 6.ª Câmara do mesmo Tribunal ser “impossível cogitar-se de amenização ou alteração da reprimenda carcerária, por tratar-se de simples viciado, se não se comprovou que o vício haja produzido alteração na capacidade de entendimento do acusado” (41).

Embora reconhecendo a qualidade de “experimentador primário”, e a “imaturidade” do agente, rejeitou a Eg. 1.ª Câmara a possibilidade de apenação privilegiada, verbis: “Não há, na legislação vigente, qualquer dispositivo que autorize apenamento privilegiado dos meros “experimentadores primários” de entorpecentes. Imaturidade que não chega a caracterizar semi-imputabilidade, apenas autoriza, dentro dos limites legais, benevolência na dosimetria das reprimendas de quem praticou a infração para ser “o bom” perante seus amigos, acreditando que com o fumo de maconha ficaria com a “moral elevada” (42).

(39) Leta-se incisiva comunicação do Prof. RENÉ ARIEL DOTTI, da Universidade Federal e Escola de Polícia do Estado do Paraná, nas “Jornadas Internacionais de Criminologia”, em Mendoza, Argentina, acolhida no conclave, por votação unânime, aos 26 de março de 1969. De tal comunicação: “A imposição de penalidade ao viciado tem sido considerada pelos sistemas jurídicos modernos como verdadeiro absurdo de legislações pragmáticas. Contra essa aberração se levanta a autoridade médica unânime, conforme expressão do eminente SEBASTIAN SOLER (Derecho Penal Argentino, 1951, IV/614). A Doutrina Penal Brasileira, pelos seus mais famosos autores, entende que o toxicômano, ou simples intoxicado habitual, é um enfermo que necessita de tratamento, a quem não se admite o sofrimento de pena (NELSON HUNGRIA — Comentários — LX/139; HELENO C. FRAGOSO — Lições — 3/885; MAGALHÃES NORONHA — Direito Penal — 4/63; MAGALHÃES DRUMOND — Comentários — 140; JOÃO BERNARDINO GONZAGA — Entorpecentes — pág. 136 — apud AZEVEDO FRANCESCHINI — Tóxicos, op. cit., págs. 20 e 21.

(40) Ac. un. de 15 de fevereiro de 1973, na Ap. n.º 62.099, de São Paulo — Relator REZENDE JUNQUEIRA; no mesmo teor: ac. un. de 16 de abril de 1974 — 2.ª Câm. Ap. n.º 83.953, de São Bernardo do Campo — Relator CASTRO DUARTE.

“A técnica do traficante de drogas é singela e diabólica. Primeiro, fornece a droga até de graça. Viciada a vítima, passa a lhe cobrar caro pela droga. Exaurido o viciado, exige-lhe que trafique por sua vez, sob pena de lhe negar o tóxico, fazendo-o seu revendedor, exigência que, também, pode fazer desde que o apanha viciado” (EPAMINONDAS PONTES, em “A Nova Lei de Tóxicos”, de 1971, pág. 10, apud JOÃO C. O. E CRUZ, op. cit., pág. 47).

(41) Ac. un. de 1.º de outubro de 1974, Ap. n.º 91.097 — São Paulo, Relator VALENTIM SILVA.

(42) Ac. un. de 9 de novembro de 1972, Ap. n.º 57.355 — Presidente Prudente, Relator AZEVEDO FRANCESCHINI.

É irrelevante, por outro lado, a circunstância de ser mínima a quantidade de substância apreendida, pois a "consciente posse, detenção ou transporte de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é infração de mero perigo, visando a lei coibir a facilitação do uso da droga, não havendo qualquer exigência quanto à quantidade da substância sob a responsabilidade do agente" (43).

A propósito, vale recordar que, antes da vigência do Decreto-Lei n.º 385/68, predominava o entendimento de que o simples fato de trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, não tipificava o crime do artigo 281 do Código Penal. Impunha-se, para a caracterização do ilícito, a prova de que houvesse tráfico ou facilitação de uso para outrem. NELSON HUNGRIA, ao comentar a redação original do dispositivo, dizia que, "como indica a rubrica do artigo ("comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes"), o crime é o contribuir para o desastroso vício atual ou eventual de outrem (que a lei protege ainda que contra sua própria vontade). O viciado atual (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que precisa de tratamento e não de punição (vejam-se os arts. 27 e segs. do Decreto-Lei n.º 891). Quanto ao cliente ainda não viciado, não deixa de ser uma vítima do perigo de ser empolgado pelo vício, e não criminoso" (44).

Entretanto, com a superveniência do Decreto-Lei n.º 385/68, seguido da Lei n.º 5.726/71, a questão foi enfocada de modo diverso, incriminando-se também o fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" (45).

Ante a clareza do texto, não mais há possibilidade de dissenso hermenêutico. Autorizadas vozes, porém, proclamam a necessidade de reformulações, chegando alguns até mesmo a pregar a liberalização de consumo de drogas, com a assistência, orientação e tratamento dos viciados, como forma de "esvaziamento" da ação dos traficantes. O Min. ALIOMAR BALEEIRO, em voto de relator no Recurso de Habeas Corpus n.º 48.107, da Guanabara (RTJ 57/420-421), expressa sua desilusão com a eficácia das medidas repressivas, citando conclusões do livro "Marihuana: The New Prohibition", de JOHN KAPLAN. O vício nos Estados Unidos é tão difundido, que o citado autor, após anos de verificações estatísticas, sociológicas, jurídicas e sanitárias, afirmou estar convencido de que a repressão provavelmente provocará problema social semelhante ao da "lei seca" — (Emenda Volstead, de 1920), que acabou por ser revogada, tal a exacerbação e multiplicação de graves crimes, até sob novas normas, que ensejou. Daí propor a sua não-punição (salvo quanto à venda a menores), mas submeter o seu comércio a uma violenta tributação fiscal.

(43) Ac. un. de 13 de outubro de 1972 — 1.º Gr. de Câmaras — Rv. n.º 41.352, São Bernardo do Campo — Relator AZEVEDO FRANCESCHINI; no mesmo sentido: Ac. un. de 18 de outubro de 1972, 1.º Grupo de Câmaras, Rv. n.º 40.872, Relator LAURO MALHEIROS; Ac. un. de 28 de setembro de 1972, 1.ª Câmara, Apelação n.º 55.146, de Barueri, Relator AZEVEDO FRANCESCHINI.

(44) Comentários ao Código Penal — vol. 9, 2.ª ed., pág. 139.

(45) Diferentemente, na ARGENTINA, com a reforma da legislação antitóxicos, através da Lei n.º 17.567, de 1968, além de se estabelecer diferenças de tratamento entre o traficante e o viciado, limitou-se a aplicação de pena ao usuário, aos casos em que "sin autorización, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que corresponden a un uso personal, sustancias estupefacientes o materias primas destinadas a su preparación" (v. ROBERTO BERGALLI — "Adicción a las Drogas" — art. publicado na revista "Nuevo Pensamiento Penal" — Ed. Astrea — B. Aires, abril/1973, págs. 90/120).

Costuma lembrar-se, também, a solução adotada na Inglaterra, através do "Dangerous Drugs Act", de 1951, com o tratamento dos viciados a cargo dos médicos, que prescrevem as drogas, legalmente, sob responsabilidade e sujeição a penas, nos casos de abusos. Segundo anota ROBERTO BERGALLI, "a organização médica britânica exerce total e virtualmente o controle e a distribuição das drogas; isto a distribuição — por prescrição ou administração aos viciados, quando necessário. A função da Polícia é mais de ajuda e proteção ao controle médico" (46).

Voltando aos dispositivos da lei comentada, temos que, entre nós, merece apenação o simples usuário da droga, desde que a detenha ou traga consigo, ainda que em ínfima quantidade. Não se pune propriamente o vício, nem o simples uso (mesmo porque não tipificada a conduta "usar"), mas o perigo social representado pela detenção ilegal do tóxico. "Tem-se em vista que o transportar consigo é também maneira — ainda que indireta — de difusão e disseminação (não fosse o crime contra a saúde pública) e daí o punir o porte ainda que pelo toxicômano ou toxicófilo". "Se na mesma pessoa se reúnem as qualidades de detentor da droga e de viciado, a nova lei traz as medidas adequadas para o tratamento e cura deste último, partindo, porém, do pressuposto de que a simples posse representa perigo social" (47).

Em verdade, conforme já vimos, dispõe a lei sobre a recuperação dos infratores viciados, através de tratamento psiquiátrico e internação hospitalar, desde que considerados irresponsáveis ou semi-irresponsáveis, por perícia médica (48). Não sendo apurada supressão ou diminuição da capacidade intelectual ou de determinação do agente, responderá este como um delinqüente comum, sujeito às correspondentes penalidades.

(46) Op. e art. cit., págs. 105/106.
ANDRÉS AUGUSTO BALESTRA, em sugestivo artigo, na Rev. "Ciência Penal" (José Bushnatsky, Ed. SP, 1974, vol. 3, págs. 623/632), comentando a obra "Tóxicos", de AZEVEDO FRANCESCINI, assinala que o vício deve ser combatido, porém não mediante a punição do viciado, que afinal, nada mais é do que vítima"; e, justificando ser impossível a recuperação do infrator ante a ação deletéria do ambiente carcerário, propõe que se libere o consumo, pari passu, demonstrando-se largamente o prejuízo provocado pelas drogas, e proporcionando-se amparo e orientação aos jovens; e conclui: "os traficantes verão perdido o setor de consumo, que não rendendo os frutos econômicos almejados, ver-se-ão coagidos a abandonar o mercado".

(47) MAGALHAES NORONHA — art. e op. cit., pág. 250; VICENTE GRECO FILHO — op. cit., pág. 160.

Efetivamente, além de visar à defesa da saúde pública, preocupou-se a lei, de forma contundente, com o perigo de dano que a conduta do viciado faz pairar sobre a sociedade, "embora se afirme, na literatura especializada, que toxicômanos foram Baudelaire, Guy de Maupassant, Paul Verlaine, Leon Tolstói, Quincey, Mantegassa e tantos outros que, "loucos inteligentes", souberam pôr a sua toxicomania a funcionar em proveito da sociedade, justificando, até certo ponto, a assertiva de que os estupefacentes não criam uma conduta anti-social, mas, ao contrário, como agentes provocadores, revelam essa conduta, se ela existe em estado latente" (ANTONIO ALEIXO PAES DE ALBUQUERQUE — "Da repressão aos tóxicos", em "Letras Jurídicas" — Maceió, Alagoas, ano XII, n.º 20, pág. 74).

(48) Não são pequenas as dificuldades para a realização dos exames médico-periciais, face à carência de meios e de profissionais especializados, acarretando não raras vezes, indesejável retardo no andamento dos processos. De outra parte, é sabido que, nos casos de uso da maconha ("cannabis Sativa L." — a substância mais usada: de 90 a 95% dos casos que chegam à Justiça), inexistente dependência física, donde a maior dificuldade em se diagnosticar o "vício" pela referida erva. Com efeito, a maconha por si só, cria hábito psicológico, e não sujeição fisiológica. O fumante afastado de sua fonte de abastecimento sentirá grande desejo de obtê-la, e fará esforços extraordinários no sentido de adquiri-la ou de conseguir agente similar. "Se, no entanto, isso for proibido e ele tiver que passar sem a droga, poderá fazê-lo de pronto" (v. DONALD B. LOURIA — "Overcoming Drugs", ed. 1971, págs. 48 e seguintes da trad. brasileira de L. C. NASCIMENTO SILVA — Vitória sobre as Drogas — Um programa de Ação — Ed. Agir — 1972).

Verifica-se que inexistente distinção legal de tratamento para os casos de infratores meramente usuários da droga, que por serem iniciantes ou consumidores de substâncias de menor efeito, ainda não chegaram ao estágio de "viciados". Tido como imputáveis, sujeitam-se às penas de reclusão e multa, nos mesmos limites previstos para o traficante e assemelhados: 1 a 6 anos de reclusão, e multa de 50 a 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Salta aos olhos a injustiça desse idêntico tratamento penal, de um lado pela absurda equiparação do simples usuário portador de droga, à nociva figura do traficante; de outro, porque, se ao tecnicamente "viciado" prevê-se sistema de tratamento e recuperação, é incongruente que se lance ao cárcere aquele que ainda não é um "viciado", e que possivelmente nunca o será.

Ainda que cabível a punição, por se tratar de agente "que não atua para atender a uma necessidade orgânica, e que, portanto, não se estiola nem se vitima inelutavelmente, mas, além de respaldado no elemento psicológico-normativo da culpabilidade, com vontade (capacidade de querer) e representação (previsão do resultado), age consoante um perfeito entendimento do seu ato e, pois, dirige-se e determina-se com discernimento" (Mena Barreto), não se admite o rigor excessivo das penalidades cominadas em lei, especialmente tendo-se em conta que os infratores são, na maioria das vezes, indivíduos levados ao uso ou à experimentação por mera curiosidade, freqüentemente encontrados na classe estudantil, e muitas vezes não oferecendo periculosidade. "Se for maior de 21 anos (faixa etária dos alunos das escolas superiores), ainda que condenado à pena mínima, não terá direito à suspensão condicional e, em conseqüência, deverá ser recolhido à prisão e privado do prosseguimento dos estudos". Nessa linha de observações, em casos tais, propõe o citado autor a fixação de penalidades menos severas, sugerindo os polos da pena corporal em 6 meses e 2 anos de detenção, "o que não só permitiria a concessão da fiança, como a possibilidade do *sursis*" (49).

Esposando igual entendimento, assinala JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ a suma injúria da punição rigorosa aos réus menores ou primários, "aqueles que são seduzidos e envolvidos pela corrente da verdadeira corrupção dos traficantes e comerciantes de tóxicos". E, após salientar a preocupação e inconformismo do julgador que para contornar a lei, em muitos casos, pende pela solução absolutória, propõe seja "reexaminado o tratamento legal dado aos menores e primários, dando-se ao Juiz, ainda em certas circunstâncias, maior amplitude na aplicação da pena, substituída por detenção, admitindo-se a suspensão condicional para o primário e podendo ser diminuída até um limite mínimo, tal-

(49) *Op. cit.*, págs. 106 e 107.

Disciplina especial para o "experimentador primário" foi também um dos pontos ventilados pelo citado autor em conferência pronunciada na Escola Superior de Guerra, defendendo, ainda, entre outras teses, a necessidade de revisão da situação do "traficante-viciado", e ressaltando distonia entre a legislação atual e os conceitos estruturais de diversas figuras de agentes (notícia da sucursal do Rio de Janeiro, de O Estado de S. Paulo, pág. 24, ed. de 10 de outubro de 1972).

Ainda, do mesmo autor. *In op. cit.*, págs. 100/102, a sugestão para aumento das penas cominadas aos traficantes, estabelecendo-se os limites de 3 a 8 anos de reclusão, sob a justificativa de que "realmente para os traficantes, a sanção penal deve ser exemplar, pois constituem, afinal, a causa primeira de toda a degradação".

vez de 1 ou 2 meses, segundo o critério do julgador e como aconselham as peculiaridades do caso" (50).

Com efeito, existe manifesto exagero, que pode em certos casos beirar as raias da iniquidade, na atual sistemática. Quem não é viciado e, quiçá por curiosidade, ou sob pressão de grupo, pela primeira vez experimenta, por exemplo, um fraquíssimo "fininho", ou ainda, pela primeira vez recebeu uma insignificante quantidade de droga, é draconianamente punido, como se fosse um criminoso de alta periculosidade (51).

É absolutamente iníquo punir de modo análogo o grande traficante, muitas vezes com cobertura mafiosa, e o primário que canhestramente se deixa apanhar.

Absolutamente iníquo punir de modo análogo quem, engajado em tráfico internacional, na orla marítima é surpreendido coletando carregamento de drogas lançado ao mar em sacos plásticos, e um estudante que desejando convencer-se ou mostrar aos colegas que é "o bom", pela primeira vez, por mera curiosidade, ou por pressão grupal, participa de uma "roda de fumo", ou de uma "festa de embalo".

De outra parte, mais cresce a iniquidade, quando se considera que, pela aplicação do texto sem tergiversações, o experimentador primário, levado à infração por um ato de irreflexão ou de imaturidade, acaba castigado com maior severidade que um consumidor de drogas que, de tão contumaz, tornou-se um viciado semi-imputável. Este será submetido a tratamento médico e, vindo a recuperar-se, poderá obter a "extinção da punibilidade" (art. 11, § 1.º); enquanto o experimentador primário sofrerá o efetivo desconto da penalidade que lhe foi imposta, podendo, quando muito, se menor, e não condenado a mais de 2 anos, obter *sursis*.

Previsões especiais ante variações fáticas, outorgando razoável poder discricionário ao Juiz para fazer Justiça, com a maleabilidade exigida pelas diversas situações, seria francamente desejável para se evitarem exageros punitivos.

Sugestões de grande valia, nesse sentido, foram apresentadas e aprovadas em diversos simpósios, já mencionados, sendo que, no "IV Congresso do Ministério Público Fluminense", foi acolhida proposição apresentada por MARLY MACEDÔNIO e RENATO P. FRANÇA, de que "deve haver alterações no trato legislativo, no que tange ao infrator não viciado, mas primário, na posse, por primeira vez, de pequena quantidade de entorpecente". Aprovou, paralelamente, indicação de modificação à lei, formulada por SÉRGIO VERANI, para o fim de "aplicação da pena de detenção, no grau máximo não superior a dois anos, ao agente que traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica (art. 281, § 1.º, n.º III, do Código Penal) e que não se enquadre nos artigos 10 ou 11 da Lei n.º 5.726, de 1971".

(50) Op. cit., pág. 178 — à página 25 da mesma obra, lê-se: "No Brasil, a repressão não se tem mostrado eficaz, pela falta de recursos do aparelho policial para combater o tráfico e o comércio de grande escala. Na prática só se reprime o simples uso, ou a posse de substância entorpecente ou assemelhada. Prende-se o portador de maconha, quase sempre em quantidade ínfima, o primário, o estudante, o experimentador, isto é, aqueles que são, em última análise, as vítimas dos comerciantes e dos traficantes. Estes ficam de fora, à espreita de novas vítimas, os menores e estudantes, os primários e os experimentadores, os curiosos, e os viciados, que são seduzidos e aliciados para o vício. Os juizes sofrem com isso, mas a lei não lhes dá muita escolha, entendendo o legislador, lamentavelmente, que todos devem ser igualmente punidos".

(51) V. AZEVEDO FRANCESCHINI — op. cit., págs. 97/100.

No mesmo sentido, após estudo aprofundado de diversos métodos e sistemas legislativos, DONALD B. LOURIA resume sua proposta de reforma das leis antidrogas, com a seguinte recomendação: "Atenuem acentuadamente as penalidades pela posse, reclassifiquem todas as drogas, e ajam com rigor com certos disseminadores dos agentes mais perigosos" (52).

Pertinentes, a esta altura, algumas considerações a respeito da legislação comparada.

O sistema de "classificação das drogas", consoante a nocividade de seus efeitos, para fins punitivos, é adotado em muitos países, como o Japão, onde existem leis especiais de controle e repressão, para narcóticos, ópio, estimulantes e "cannabis" (53), sendo as penalidades graduadas conforme a natureza dos diversos produtos. Igual critério é utilizado nos Estados Unidos, com a listagem dos psicotrópicos em quatro categorias básicas, de acordo as respectivas normas de repressão (legislação federal: "Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970") (54).

Entre nós, diversamente do que ocorre nesses países, é pequeno o consumo de drogas de maior agressividade, predominando (em cerca de 95% dos casos) a utilização da maconha. Daí a dispensabilidade de normas diferenciadoras. De qualquer forma, porém, é evidente que a distinção pode e deve ser considerada pelo julgador, na dosagem das penas (quando da ponderação das conseqüências da infração), cabendo natural exasperação nos casos de comércio de substância como a heroína, o ópio, o LSD etc., de efeitos muito mais deletérios que os da diamba.

Quase todas as nações fazem distinção entre os dois tipos de crime envolvendo psicotrópicos: a produção e o tráfico ilícito (comércio); a detenção e o uso. As penas são mais severas para a primeira categoria. Assim, nos Estados Unidos, através da lei federal de 17 de outubro de 1970 (supracitada), efetuou-se inteira revisão no esquema de penalidades referentes a drogas controladas, a par de um sistema de tratamento e recuperação para os infratores viciados ("drug addicts"). A posse de drogas, para uso próprio, é considerada infração leve ("misdemeanor"); se o agente for primário, poderá ser colocado em regime de "probation", por não menos de 1 ano, com a suspensão do processo: se menor de 21 anos, poderá obter o cancelamento dos registros criminais. O produtor ou distribuidor é punido com até 15 anos de prisão, em caso de drogas das listas I ou II, de narcóticos; até 5 anos, em casos das listas I ou II, de "não narcóticos", ou qualquer substância controlada da lista III; até 1 ano, em casos da lista IV (tranqüilizantes de menor efeito). A venda a menor de 21 anos é apenada em dobro. Nos casos de quadrilha, ou crime organizado (5 ou mais pessoas), a pena vai do mínimo de 10 anos, até a prisão perpétua, além da multa, e perda em favor do Estado de todos os lucros derivados do ilícito (v. JOHN B. WILLIAMS — op. cit., pág. 141).

(52) Op. cit., pág. 204.

(53) "A brief account of narcotics abuse and counter-measures in Japan" — Ministry of Health & Welfare — Japan — 1970.

(54) V. JOHN B. WILLIAMS — "Narcotics and Drug Dependence" — Glencoe Press — USA — first printing — 1970, pág. 139.

Na União Soviética, a preparação, guarda e aquisição de drogas, para fins de comércio, são punidas com prisão de 1 a 10 anos. O cultivo de papoula ou de cânhamo sujeita o infrator às penas de até 2 anos de prisão, e um ano de trabalhos forçados. Os viciados são obrigatoriamente submetidos a tratamento.

Na França, para os traficantes as penas variam de 2 a 10 anos. Se ao comércio se associa a produção, importação ou exportação ilícitas, a pena pode ir de 10 a 20 anos. Para os detentores e simples usuários, são previstas penas de dois meses a um ano.

Na Inglaterra, onde vigora um sistema de liberação do consumo, mediante o controle médico, pune-se rigorosamente o tráfico ilícito de drogas, com penas de até 10 anos de prisão.

Na Alemanha, a produção ilícita e o comércio de psicotrópicos, de regra, comportam a pena máxima de 3 anos, mas em certos casos mais graves, a pena pode ascender até a 10 anos. Para os consumidores, menos severas as reprimendas.

Na Dinamarca, prevê-se penas de até 6 anos para os traficantes e produtores. Como na Inglaterra, a tendência mais recente do legislador é a de não considerar os detentores e os consumidores eventuais como delinquentes comuns, estando sujeitos a penas exíguas, ou quase inexistentes.

No Iran, a produção ilegal e o comércio de drogas são passíveis de penas muito severas, que chegam até à morte. A simples detenção e o uso são punidos com menor rigor.

Estabelecendo um paralelo entre as normas adotadas nesses países, e os projetos de reforma da legislação antitóxicos na Itália, os jornalistas GIANCARLO GRAZIOZI e ARISTIDES SELMI fazem severa crítica à lei vigente (editada em 1954), por colocar no mesmo plano tanto o consumidor como o pequeno traficante e o traficante internacional: "La legge del 1954 infatti prevede pene detentive (da tre a otto anni) e pecuniarie (da 300.000 mila lire a 4 milioni) per chiunque indifferentemente commercia, usa, o detiene stupefacenti. Con l'unica differenza che il piccolo consumatore e lo spacciatore, sono perseguiti con tenacia e spesso con efficacia, mentre più difficilmente cadono nella rete della giustizia, come suol dirsi, i grandi responsabili del traffico internazionale che in tal modo possono continuare indisturbati a usare l'Italia come centro di smitamento" (55).

Voltando ao exame do problema em nosso País, chega-se à inelutável conclusão reforçada pelos subsídios da experiência alienígena, de que se faz imprescindível a distinção, para fins punitivos, entre o traficante e assemelhados, o traficante-viciado, o mero consumidor, máxime quando eventual, e a especial figura do "experimentador primário". Para o primeiro, todo o rigor da lei (56), com a individualizada dosagem da reprimenda, nos limites previstos, e para o traficante-viciado, apenação condizente, acompanhada de tratamento recuperatório em centro hospitalar especializado.

(55) "Domenica Del Corriere" — ano 75, n.º 51 — 23 de dezembro de 1973 — págs. 42/45. Os informes sobre a legislação comparada constam de relatório apresentado no "Congresso sobre Entorpecentes", realizado em Paris, em 1972, sob os auspícios da UNESCO.

(56) Acertada a orientação do Governo em excluir dos benefícios do INDULTO, os infratores do art. 281 do Código Penal, quando referida na sentença sua condição de traficantes (v. Decretos n.º 75.076, de 11 de fevereiro de 1974, e n.º 73.288, de 11 de dezembro de 1973).

Ao simples possuidor de substância psicotrópica — para uso próprio — seja um “não viciado”, “viciado imputável” ou “semi-imputável”, e especialmente ao “experimentador primário”, não traficante, surpreendido com pequena quantidade do produto, devem ser reservadas penas de menor severidade: detenção até o máximo de um ano, com possibilidade de fiança, sursis, e até mesmo “perdão judicial”, ao final dos processos. Alvitra-se, também, em certos casos de viciados semi-imputáveis carentes de tratamento, de experimentadores primários, e de menores de 21 anos, a faculdade de dispensa ou suspensão do processo, durante um período de prova (com tratamento coercitivo, se preciso); ao final, tendo o agente cumprido as condições impostas, e estando plenamente recuperado, ficará isento de qualquer cominação, mediante arquivamento do processo.

Em fins de 1973, o Senador Nelson Carneiro apresentou emenda à Comissão Mista encarregada de reexaminar o Código de 1969, propondo, entre outras medidas, a instituição de tratamento diferenciado para o traficante e o consumidor de drogas, na aplicação das penas. A idéia, que acabou não sendo acolhida na Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973, fora elaborada por sugestão da seção mineira da Ordem dos Advogados do Brasil, prevendo, inclusive, a aplicação de sursis ao consumidor. Na justificativa da proposição, lembrava-se que é necessário distinguir entre as pessoas que fazem uso dos tóxicos e as que os transformam em instrumento de comércio. Por isso, a lei “deveria dar ao julgador a oportunidade de aplicar sursis, substituindo-se a pena por detenção, nos limites de um a três anos” (57).

Enquanto essas ou outras soluções não vierem a ser adotadas, muitas vezes acabam Juízes optando por absolvições, invocando, nem sempre com cabal pertinência, “dúvidas” ou “insuficiências probatórias”, como forma de contornar exageros e incongruências da lei. Como escreve HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO: “nossos Juízes saberão discernir o que será um acidente na vida de um pobre rapaz, que acedeu inadvertidamente a uma tentação do momento, daquilo que já tomou o caráter de maior gravidade, com o compromisso já bem acentuado de sua personalidade” (58).

É certo, no entanto, que deve o Juiz subordinar à lei a sua convicção espontânea de jurista (UNGER). Aplica a lei segundo os fins sociais a que ela se dirige, e atendendo às exigências do bem comum. Mas não a despreza, não a nega, não a repele. “Na aplicação da lei, o julgador a humaniza, completa-lhe o teor, adapta-a às circunstâncias, mas não corrige a essência do texto, nem o substitui jamais” (59).

Evidente a necessidade de se proporcionar, ao aplicador da lei, os instrumentos adequados à realização da Justiça, para imposição de reprimendas condizentes com o ato social incriminado. Somente assim a pena imposta estará apta a alcançar, com sucesso, suas básicas finalidades de defesa social e efetiva “reeducação do delinqüente” (60).

(57) V. O Estado de S. Paulo, ed. de 4 de novembro de 1973.

(58) Op. cit., pág. 88.

(59) CARLOS MAXIMLIANO — “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, 1974 — pág. 112; JOÃO CLAUDINO DE O. E CRUZ, op. cit., pág. 179.

(60) V. MANOEL PEDRO PIMENTEL — Ensaio sobre a Pena — Publicado na revista “Justitia” — Órgão do Ministério Público de São Paulo — vol. 77, págs. 79/107.

V — DAS PENAS PECUNIÁRIAS NECESSIDADE DE SUA REVISÃO

Clamorosa a distonia, na vigente legislação antitóxica, entre as previsões relativas às penas pecuniárias e a realidade sócio-econômica do povo brasileiro. Recordar-se que, na sua primitiva redação, o art. 281 do Código Penal estabelecia os limites da multa em “dois a dez cruzeiros novos”. Atingidos pelo processo inflacionário, tais valores se esvaziaram de significado punitivo, até que, pelo Decreto-Lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968, foram reformulados, aos níveis de “10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no País”. Nova alteração ocorreu, com a Lei n.º 5.726, que elevou substancialmente o **quantum** da multa, estabelecendo o mínimo de 50 e o máximo de 100 salários-mínimos.

Evidencia-se, *prima facie*, o exagero pela excessiva elevação da base mínima da multa. Já o valor fixado pelo Decreto-Lei n.º 385 era significativo, de tal forma que, na maioria dos casos, não chegava a ser executado. Não se esqueça que a grande maioria dos infratores do art. 281 é constituída de pessoas de precária situação financeira — geralmente pequenos “fumadores de maconha”. Nem se alegue que os traficantes de drogas são possuidores de fortuna. Tal eventualidade pode ocorrer, entre os autênticos “grandes traficantes” — importadores, exportadores, distribuidores, chefes de organizações... Na maior parte, porém, tendo-se presente os que são apanhados pela rede da Justiça, trata-se de marginais que dilapidam lucros obtidos e raramente possuem bens garantidores de solvência. E ocorre que os limites da pena vinculam o julgador tanto ao condenar o poderoso traficante, quanto quem não possui a mínima condição econômica.

A questão tem preocupado o Judiciário, conforme exposto em acórdão unânime do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (61): “Pertencendo às faixas menos favorecidas da fortuna a quase totalidade dos que se enredam em processos criminais e sendo óbvio que a fixação das penalidades pecuniárias deve em primeiro lugar atender à situação econômica do condenado, chega a assumir laivos de *vis comica* dispositivo legal que comina, *tout court*, multa de 50 a 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, ou seja, no momento, de Cr\$ 13.440,00 a Cr\$ 26.880,00 (62), penalidades que poderão ainda ser majoradas de uma sua terça parte nos casos de qualificação de delito e que, não obstante, prescrevem em prazo bienal idêntico ao de uma condenação ao pagamento da multa de Cr\$ 0,20, imposta em razão da mais banal das contravenções. Trata-se, todavia, de lei expressa; e embora de antemão saiba o Juiz que o sentenciado jamais terá condições de solver cominação de tal montante, não poderá deixar de aplicá-la”.

E mais adiante: “No combate à praga social dos entorpecentes e substâncias causadoras de dependência física ou psíquica, preconiza-se, de *lege ferenda*,

(61) Ac. un. de 9 de novembro de 1972, 1.ª Câmara — Ap. n.º 56.375, de Sorocaba, Relator AZEVEDO FRANCESCHINI (v. op. cit., págs. 94 a 96). Versava a apelação, sobre a possibilidade de eliminação da pena de multa, face à miserabilidade do agente. Decidiu-se pela inoportunidade da arguição, pois somente teria efetiva razão de ser na fase executória, quando seriam aplicados os dispositivos dos arts. 36 e seguintes do Código Penal, e 686 e seguintes do Código de Processo Penal.

(62) A partir de 1.º de maio de 1974, os referidos mínimo e máximo passaram, respectivamente, a Cr\$ 18.840,00 e Cr\$ 37.680,00 (Decreto n.º 73.995, de 29 de abril de 1974 — fixou o maior salário-mínimo do País em Cr\$ 376,80).

dispositivo que obrigue a conversão da multa em prisão, sempre que o agente, embora primário, desenganadamente se dedique ao tráfico internacional de drogas ou à sua interna distribuição em larga escala".

Noutro ponto, salientando a quase impossibilidade de execução das multas: "Sabido é que o tráfico internacional de drogas tem maciço respaldo econômico, que também se estende à atuação dos grandes distribuidores. Todavia, nem 5% dos casos que chegam a Juízo envolvem traficantes ou distribuidores de real coturno; e a turma julgadora não tem notícia de caso algum de efetiva execução da multa penal, nos termos supra-referidos".

Por seu evidente exagero quantitativo, tornando-se incobrável e inexecutável, perde a pena de multa sua qualidade de prevenção geral e especial, refoge à meta de individualização segundo a condição econômica do réu, e quebra o princípio da proporcionalidade com a gravidade do delito, em caráter comparativo com os demais.

Salvo raríssimos casos de crime de sonegação fiscal (Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, art. 1.º e seu § 1.º), a multa de 50 a 100 salários é a maior pena pecuniária do direito penal brasileiro, e sobre distanciar-se dos ultrapassados valores previstos no Código vigente, destoa também do sistema "dia-multa", do futuro estatuto repressivo. Aliás, vale notar que, na forma advinda com a Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973, o art. 311 do Decreto-Lei n.º 1.004 (correspondente ao artigo 281 do atual Código) estipula pena pecuniária até o máximo de 360 dias-multa. O sistema é regulado no art. 44 do referido decreto-lei: a pena de multa consiste no pagamento de uma soma em dinheiro, que é fixada no mínimo de um, e no máximo de 360 dias-multa, segundo o prudente arbítrio do Juiz, varia de 1/30 a 1/3 do maior salário-mínimo mensal vigente no País, ao tempo do fato. Assim, efetuando-se os cálculos com base no atual salário-mínimo, temos que o dia-multa pode variar de Cr\$ 12,56 a Cr\$ 125,60, e o limite máximo, de 360 dias-multa, vai de Cr\$ 4.521,60 a Cr\$ 45.216,00.

Na sistemática preconizada, que deveria desde já ser incluída na legislação antitóxicos, concede-se ao Juiz o conveniente elastério para uma dosagem individualizada, justa e exequível da reprimenda.

Nem seria propriamente uma antecipação de critério, e muito menos novidade, pois "dia-multa" já é aplicado no Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965), e chegou a ser proposto no projeto SÁ PEREIRA, que o aproveitara do Projeto do Código para a Suécia, da autoria de THYREN, segundo anota FRANCISCO CAMPOS, na "Exposição de Motivos" do Código de 1940, e conforme também menciona GAMA E SILVA, na apresentação do Código de 1969 (63)

Os atuais níveis de multa, afora o seu evidente excesso, gerando inexecutabilidade, merecem críticas por "propiciar a iniquidade de o elastecimento de pena ficar na dependência da situação econômica dos réus", conforme

(63) Como alertou o Prof. HAROLDO VALADAO; equivocou-se a "Exposição de Motivos" em atribuir paternidade escandinava ao dia-multa, lembrando que em 1953 o saudoso Prof. NOÉ AZEVEDO reivindicou para o Brasil a iniciação do sistema, nos arts. 52 e 57 do Código Penal do Império, de 1830, em disposições que há bem mais de um século foram louvadas pelo celebrado juristaconsulto MITTERMAYER.

anota MENA BARRETO ⁽⁶⁴⁾. Está aí mais uma chocante demonstração de que nosso sistema repressivo lamentável e revoltantemente, quase só mostra eficiência em relação aos pobres: se o réu tiver qualquer outra condenação que o torne reincidente, não tendo meios para solver a multa, converter-se-á esta em mais um ano de prisão; ao passo que, para o traficante de alto coturno, com maciço respaldo econômico que também se estende à atuação dos grandes distribuidores, a importância de uma multa de 50 a 100 salários-mínimos, se vier a ser paga (embora não haja notícia, em nossos Pretórios de tal efetiva satisfação), será contabilizada entre os lucros e perdas do exercício...

Nos diversos parágrafos do art. 281 do Código Penal, são estabelecidos diferentes limites de multa, notando-se incompreensível discrepância com os valores do *caput*, nas cominações previstas no § 3.º — multa de 30 a 60 vezes o maior salário-mínimo, e no § 5.º — multa de 20 a 50 salários-mínimos —, inobstante a pena reclusiva seja idêntica ou superior à reservada na tipificação básica. É imperioso que haja uniformidade de critérios e justa proporção no estabelecimento das penas, dentro de uma previsão sistemática.

Uma derradeira observação, quanto ao cálculo da multa. O art. 2.º do Decreto-Lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968, mandava tomar-se em conta o "salário-mínimo vigente na data da infração penal". A Lei n.º 5.726 nada dispôs a respeito, devendo, pois, continuar prevalente o critério anterior. Surgiram algumas dúvidas, porém, face ao disposto no Decreto-Lei n.º 1.104/69, art. 12, determinando o cálculo pelo valor da época da sentença. Ocorre que esse dispositivo foi revogado pela recente Lei n.º 6.016/73, e substituído pelo § 2.º do art. 44, com a explicitação de que "para os efeitos penais, considera-se o maior salário-mínimo mensal vigente do País, ao tempo do fato". De sorte que, salvo nova modificação legislativa, já agora não há razão para dissensos, restando certo que a multa se calcula pelo salário da data da infração.

VI — CONCLUSÕES

1.ª — Como parâmetro da atenuação de pena do viciado semi-imputável, prevista pelo artigo 11 da Lei n.º 5.726, atualmente há de ser adotada a **redução de um a dois terços**, pela analógica aplicação, "in bonam partem", da norma do parágrafo único do artigo 22 do Código Penal de 40.

Entrando em vigor o Código de 1969, haverá necessidade de se estabelecer um dispositivo especial, pois, além de previsão teórica de atenuação de um quinto a um terço (art. 59), o diploma vai além, cerceando-a ao limite da pena cominada ao crime (v. parágrafo único do artigo 31, c.c. o cit. art. 59). Preconiza-se que a disposição a ser promulgada adote a gama cientificamente mais liberal do ainda vigente diploma básico.

2.ª — No campo da repressão à toxicomania, para aperfeiçoamento da matéria, notadamente quanto às penas, sua aplicação, execução e substituição, bem como quanto às medidas recuperatórias, presentes sugestões da legislação comparada, **de lege ferenda**, preconiza-se: ⁽⁶⁵⁾

(64) *Op. cit.*, pág. 103.

(65) Por refugirem de vez à temática escolhida, os autores da tese não se ocuparam da atabalhoada parte instrumental do diploma, e de diversos outros aspectos, por vezes de passagem referidos, como, v.g., a insuficiência casuística da atual redação do art. 281 do Código Penal.

1. Estabelecimento de nítida diferenciação no tratamento a ser dispensado:

- a) ao simples consumidor, penalmente imputável, de droga possuída para exclusivo uso próprio;
- b) ao consumidor que, em razão do vício, tornou-se semi-imputável (quanto ao inimputável, já tem situação bem definida em lei);
- c) ao traficante viciado;
- d) ao traficante e assemelhados, estes, a serem adequada e exemplificamente definidos em lei.

Para os últimos, todo o rigor de disposições draconianas, inclusive quanto às multas. (Vide 5.^a conclusão, posta em destaque.)

Para o traficante-viciado, a apenação condizente com seu estado de higidez mental (salvo o caso de total inimputabilidade, e conseqüente internação), e tratamento prioritário em estabelecimentos que ofereçam segurança análoga à dos presídios, quanto aos semi-imputáveis.

Ao simples possuidor de substância psicotrópica, para uso próprio, seja um "não viciado", viciado imputável, ou semi-imputável, e especialmente ao "experimentador primário" surpreendido com pequena quantidade do produto, recomenda-se a cominação de penalidade menos severa: **detenção, até o máximo de 1 ano.**

Para o viciado inimputável, a disciplina do artigo 10 da lei, com o acréscimo das providências referidas no segundo parágrafo da terceira conclusão desta tese, aplicáveis também ao semi-imputável necessitado de tratamento. Quanto ao viciado semi-imputável, ainda, além das atuais previsões e revisão das reprimendas aflitivas, propõe-se que a substituição de pena por tratamento nosocomial venha a receber a conceituação jurídica de um **PERDÃO JUDICIAL sui generis**, condicionado ao efetivo tratamento do doente.

O "experimentador primário" há de ser objeto de consideração toda especial, eminentemente informativa e didática, facultando-se-lhe, no flagrante ou na ação cognitiva, prestação de fiança; e, quando desfavoravelmente sentenciado, obtenção de sursis (simples ou em regime de prova), aplicação de mera multa, ou concessão de perdão judicial puro e simples.

Deferimento de sursis (quando a situação do interessado não exija internação) e mesmo perdão judicial condicionado a tratamento, hão de ser previstos também para o possuidor de droga para uso próprio, semi-imputável, ou plenamente imputável, ponderadas as circunstâncias do caso, segundo o bom critério do Juiz.

Alvitra-se ainda a possibilidade, reservada ao caso de viciados semi-imputáveis necessitados de tratamento, aos experimentadores primários, e aos réus menores de 21 anos, de **dispensa de processo**, em casos excepcionais, ou sua **suspensão durante um período de prova**, com tratamento coercitivo, se preciso. Ao final, tendo o agente cumprido as condições da "prova" e estando plenamente recuperado, ficará isento de qualquer medida, arquivando-se o processado, e cancelando-se os respectivos registros.

2. Quanto às PENAS PECUNIÁRIAS face à clamorosa distonia entre as previsões legais e a realidade econômica e social de nosso meio, recomenda-se a revisão do sistema, com redução e adequação dos níveis das multas, em proporção com a gravidade das atuações, adotando-se o critério “dia-multa”, regulado nos artigos 44 e seguintes do futuro Código Penal (já tendo havido a adaptação das penas cominadas no artigo 311, através da Lei n.º 6.016/73).

3. Indeclinável que se empreste um perfeito e científico entendimento à locução “Recuperação do Viciado”, a que se vincula a medida substitutiva da pena do atual § 1.º do artigo 11 da Lei n.º 5.726. O conceito jurídico da expressão não deverá afastar-se de seu amplo sentido médico-social (v. terceira conclusão, 2.ª parte).

4. No dispositivo por último citado, a expressão “Extinção da Punibilidade” carece de alteração, pois não há de ser entendida em seu sentido conceitual estrito e correntio, e sim como simples cancelamento do restante da penalidade que o sentenciado deveria cumprir se não viesse a ser declarado recuperado. Essa compreensão (a exemplo do que ocorre com a extinção da pena privativa de liberdade nos casos de sursis não revogados, art. 708 do Código de Processo Penal), é imperativa perante a interpretação autêntica da “Exposição de Motivos” da lei e, principalmente, diante da previsão da reabilitação penal do ex-viciado, no artigo 13 da Lei n.º 5.726, onde se ordena contagem de prazo para postulação da medida a partir “do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal... ou da medida de segurança aplicada em substituição” (notando-se, também, a impropriedade técnica, no caso, da expressão “medida de segurança”).

3.ª — Recomenda-se aos poderes públicos todo o empenho e consideração prioritária na criação de uma infra-estrutura nosocomial (hospitais e centros de tratamentos oficiais) que permita efetivo tratamento dos viciados, sejam ou não, tecnicamente, infratores da lei penal.

A alta hospitalar deverá seguir-se obrigatória freqüência ambulatorial, enquanto a juízo médico for considerada necessária, com acompanhamento (predominantemente orientativo, quando oportuno) da vida familiar, laborativa e social do interessado, por assistentes sociais ou por “agentes de prova”, e isso até sua efetiva reabilitação (art. 13). Nessa fase probatória, há de ser excluída a participação da Polícia, reservando-se seus bons ofícios a outros setores, notadamente de cunho preventivo, de combate aos delitos atinentes à lei especial, em particular no que tange ao tráfico de drogas.

Enquanto não se estabeleçam as referidas infra-estruturas hospitalar e ambulatorial, é indeclinável que por força de texto expresso, as entidades assistenciais previdenciárias (INPS, IAMSPE, IPASE etc.) diretamente ou através de convênios com instituições especializadas, ou credenciamentos, sejam obrigadas a proporcionar a seus associados infratores cumprimento da internação substitutiva da pena quando ordenada pela justiça repressiva conforme a Lei Antitóxicos, ou determinada por Juiz de Vara da Família e das Sucessões (antigos “Juizes de órfãos” — Decreto-Lei n.º 891, de 25 de novembro de 1938, arts. 29 e 30, preceitos esses não revogados pela Lei n.º 5.726/71, conforme seu artigo 26).

4.^a — Em casos de absolvição de toxicômanos, por atipicidade penal de sua conduta, ou por outros motivos técnicos, inadmissível o atual sistemático esquecimento, por não poucos Juizes, do encaminhamento do viciado a quem de direito, para as providências de que cogitam os citados artigos 29 e 30 do Decreto-Lei n.º 891.

Absolvidos por inimizabilidade com providências terapêuticas do artigo 10 da lei, ou substituição de pena em casos de semi-imputabilidade (art. 11), não excluem comunicação ao Juízo competente para medidas cautelares e eventual processamento de interdição (Decreto-Lei cit., artigo 30 e §§ 2º, 3º e 5º, arts. 31 e 32).⁽⁶⁶⁾

5.^a — Há de distinguir-se o traficante internacional ou nacional, em grande escala, do traficante viciado e do pequeno traficante para efeitos de apenação também, dada a maior gravidade da primeira situação, e, considerando-se que há impossibilidade de impunidade para o meio traficante — viciado, não se exclui — para o mesmo, o tratamento profilático. Em suma, o traficante de entorpecentes deve ser punido com maior severidade, levando-se em conta a nocividade da droga e a extensão do tráfico.

(66) Embora não vinculada diretamente à temática deste trabalho, a conclusão supra mereceu destaque, pela relevância evidente, fazendo lembrar a importância de medidas de tratamento ao toxicômano, em quaisquer circunstâncias.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS E MONOGRAFIAS

- BALLONI, AUGUSTO — "La droga ed i giovani. Alcuni aspetti criminologici e socio-psicologici", em "Il problema della droga, oggi" — Quaderni di Iustitia, 24 ed. Giuffrè, Roma, 1972.
- BECKER, HOWARD S. — "Becoming a marijuana user". In "Delinquency, crime and social process"; compiled by Donald R. Gressey and David A. Ward, by Adamson Hoebel et alii — New York, Harper, 1969, págs. 487/499.
- BERRI, MARIO — "Nuove leggi contro la droga", em "Il problema della droga, oggi" — Quaderni di Iustitia, 24, Ed. Giuffrè, Roma, 1972.
- CARVALHO, HILARIO VEIGA DE — "A nova lei antitóxicos — comentários" — Bushatsky, São Paulo, 1973.
- COMMITTEE ON LABOR AND PUBLIC WELFARE — "Marihuana and health" — Washington, 1971, pág. 109.
- CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO — "Divulgação e orientação sanitária do CRF-8" — boletim especial sobre toxicomania — São Paulo.
- DALLA TORRE, GIUSEPPE — "Problemi assistenziali in materia di tossicomanie", em "Il problema della droga, oggi" — Quaderni di Iustitia, 24, Ed. Giuffrè, Roma, 1972.
- "DAS PROVIDENCIAS BRASILEIRAS NO COMBATE AO USO DE TÓXICOS" — "Brazilian government measures in the fight against drugs", Brasília, Imprensa Nacional, 1973, pág. 89.
- "DRUG ABUSE", United Nations, 1971.
- DUSTER, TROY — "Law, Drugs, and moral judgment", London, Collier — McMillan, 1970, pág. 274.
- FRANCESCHINI, JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO — "Tóxicos — Aplicações da Lei n.º 5.726, de 1971" — Ed. Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1973.
- FRANCHINI, ALDO — "Manifestazioni antisociali e dissociati non delittuose", em "Delinquenza minorile", Padova, CEDAM, 1972, págs. 530/548.
- FERNANDES, PAULO SÉRGIO LEITE e GERMINAL RAMOS JR. — "Tóxicos" — Sugestões Literárias, São Paulo, 1972.
- FINESTONE, HAROLD — "Cats, kicks and color", em "Delinquency, crime and social process", New York, Harper, 1969, págs. 788/801.
- GOMES, GERALDO — "Os alucinógenos e o Direito — LSD" — Ed. Juriscredi — São Paulo, 1972.
— "Os alucinógenos e a Jurisprudência" — Ed. Juriscredi — São Paulo.
- GONZAGA, JOÃO BERNARDINO — "Entorpecentes Criminológicos e Jurídico-Penais", Max Limonad, São Paulo, 1963.

- GRAÇA, JAIME RIBEIRO DA — "Tóxicos", Ed. Renes, Rio, 1971.
- GRECO FILHO, VICENTE — "Tóxicos" — Saraiva, São Paulo, 1972.
- INSTITUTO SOCIAL "MORUMBI" — "Entorpecentes — estudos sobre tóxicos e toxicomania", Ed. Loyola, São Paulo, 1971.
- KAPLAN, JOHN — "Marihuana — The New Prohibition" — World Publishing Company, Cleveland, 1970.
- LOURIA, RONALD B. — "Vitória sobre as drogas", trad. do original "Overcoming Drugs", Agir, Rio, 1972.
- LUCARINI, SPARTACO — "Drogas e Drogados", trad. do original "Dossier sulla droga" — Ed. Paulinas, Caxias do Sul, RS, 1972.
- MENNA BARRETO, JOAO DE DEUS LACERDA — "O desafio das drogas e o Direito", Ed. Renes, Rio, 1971 — "A lei Antitóxicos comentada", Ed. Renes, Rio, 1972.
- MINISTRY OF HEALTH & WELFARE — "A brief account of narcotics abuse and counter-measures in Japan", Japan, 1970.
- NATIONAL COMMISSION ON MARIHUANA AND DRUG ABUSE — "Marihuana: a signal of misunderstanding", Washington, 1972.
- NATIONAL POLICE AGENCY OVERSEAS TECHNICAL COOPERATION AGENCY — "Texts and Materials for Narcotic Seminar" — Japan — september — 1971.
- OLIVEIRA E CRUZ, JOAO CLAUDINO DE — "Tráfico e Uso de Entorpecentes", Forense, Rio, 1.ª ed., 1973.
- OLIVENSTEIN, CLAUDE — "Las drogas: drogados e toxicómanos" — Madri, Ballén, 1971, pág. 173.
- RIBAS, J. CARVALHAL — "Aspectos psiquiátricos da intoxicação anfetamínica", São Paulo, s.c.p., 1972, pág. 92.
- SILVA, ANTONIO CARLOS PACHECO E — "Hippies, drogas, sexo, poluição", Martins, São Paulo, 1973.
- SILVA, EDEVALDO ALVES DA — "Tóxicos no Direito Penal Brasileiro" — Bushatsky, São Paulo, 1973.
- SODRE, HELIO — "Tóxicos — a nova lei", Ed. Rio, Guanabara.
- SPINELLI, LORENZO — "Prevenzione e repressione dell'uso della droga, alla luce dei principi costituzionali", em "Il problema della droga, oggi", Quaderni di Iustitia — 24, ed. Giuffrè, Roma, 1972.
- SUTTER, ALAN G. — "Worlds of drug use on the street scene", em "Delinquency, crime and social process", New York, Harper, 1969, págs. 802/829.
- TELLES, CELSO — "Comércio Clandestino de Entorpecentes", Secretaria da Segurança Pública, São Paulo, 1961;
— "Entorpecentes: Prevenção e Repressão", Secretaria da Segurança Pública, São Paulo, 1967.
- WILLIAMS, JOHN B. — "Narcotics and drug dependence", Glencoe Press, USA — first printing, 1974, pág. 422.
- WINICK CHARLES — "Physician narcotic addicts" — em "Delinquency, crime and social process", new York, Harper, 1969, págs. 1.074/1.090.
- ARTIGOS E TESES**
- ALBUQUERQUE, ANTONIO ALEIXO PAES DE — "Da repressão aos Tóxicos", em "Letras Jurídicas", ano XII, n.º 20, Maceió, Alagoas, págs. 73/74.
- AMAR, AYUSH MORAD — "Toxicofiltas e Toxicomanias sob o ponto de vista da Segurança Nacional", em "Justitia", São Paulo, 1972, vol. 77, pág. 260.
- AQUINO, FRANCISCO PRUDENTE DE — "Considerações em torno da legislação sobre entorpecentes, substâncias e produtos controlados" (*).
- BALESTRA, ANDRES AUGUSTO — "Tóxicos, aplicação da Lei n.º 5.726, de 1971", comentários, em "Ciência Penal", Bushatsky, São Paulo, 1974, vol. 3, págs. 623/632.
- BERGALLI, ROBERTO — "Adicción a las drogas", em "Nuevo Pensamiento Penal", Buenos Aires, 2 (1), jan/mar/73, págs. 89/120.
- BOER, NICOLAS — "O caso dos narcóticos e a contestação juvenil", art. em O Estado de S. Paulo, 11 de junho de 1972.
- BRISOLLA, CARLOS EDUARDO DE BARROS — "Da pessoa do Viciado e do Comércio Clandestino de Entorpecentes", em "Justitia" Anais do I Congresso do Ministério Público de São Paulo, 1973, vol. I, pág. 337.
- CAFFAGNI, REINIDOLCH — "Adolescência — Tóxicos e Educação" (*).
- CAVALCANTI FILHO, TEOFILO — "A Experiência da Lei Antitóxico", art. em Tribuna da Justiça, de 17 de maio de 1972.
- CARRILHO, CARLOS AUGUSTO — "Comentários em torno da construção e manutenção de clínicas para o viciado em drogas" — art. em Mensageiro Jurídico, Rio de Janeiro, 4 (21): 15, set/out/73.
- COSTA JR., PAULO JOSE DA — "Uso de Drogas por Estudantes Secundários" (*).
- CUNHA, FERNANDO WITAKER DA — "A vitimologia nos crimes contra a saúde pública (art. 281 do Código Penal)", em Revista de Direito, Guanabara, 1973, n.º 17, pág. 72.
— "Os venenos sociais e a nova lei de tóxicos", separata da Revista A.T.A. n.º 6, 1972.

- FAYET, NEY — “Lei Antitóxico: Reparos e Sugestões para o art. 314 do novo Código Penal”, em “Justitia”, Anais do I Congresso do Ministério Público de São Paulo, 1973, vol. I pág. 263.
- GENNARO, GIUSEPPE DI — “Fenomenologia e aspetti giuridici dell’abuso di droga in Italia”(*).
- GOMES, GERALDO — “As drogas e o conflito de gerações”(*).
- GRAZIOSI, GIANCARLO — “Droga — como combaterla?”, artigo em “Domenica del Corriere”, n.º 52, 26 de dezembro de 1972.
- GRAZIOSI, GIANCARLO e ARISTIDE SELMI — “Droga? Se ne parli ti sbatto dentro”, artigo em “Domenica del Corriere”, ano 75, n.º 51, ed. de 23 de dezembro de 1973.
- HAHN, JOSÉ ANTONIO — “O Comércio do Vício”(*).
- HICTER, MARCEL — “A droga e a sociedade moderna”, artigo em O Estado de S. Paulo, 9 de janeiro de 1974.
- LEVY, HENRIQUE — “Os psicotóxicos — contribuição à nomenclatura”, em Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 457, pág. 308.
- LEVY, HENRIQUE e ROCHA, LUIZ CARLOS — “Toxicofilia e Criminalidade”, em Revista dos Tribunais, vol. 463, pág. 293.
- MACEDONIO, MARLY e RENATO PEREIRA FRANÇA — “Notícia histórica e análise da nova lei de entorpecentes” — tese apresentada no IV Congresso Fluminense do Ministério Público, em Revista “Justitia” n.º 82, págs. 163/173.
- MASTROPAOLO, GIOVANI — “Ethique et malentique dans la psychoterapie et les activités d’expression des jeunes drogués” (*).
- MENDES, NELSON PIZZOTTI e CARLOS EDUARDO DE BARROS BRISOLLA — “Quelques aspects et considerations sur la législation penale brésilienne de la toxicomanie” — tese apresentada no “II Congres International de Toxicomanie et Pharmacodependance”, Paris, 1972.
- MENNA BARRETO, JOAO DE DEUS LACERDA — “Comentários em torno da construção e manutenção de clínicas para o viciado em drogas”, artigo em Mensageiro Jurídico, Rio de Janeiro, nov/dez/73.
- MELINO, CARMINE — “Droga e Tráfico”, em Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti, Roma 26(1):8-17, gen/feb/72.
- NORONHA, E. MAGALHAES — “Do tráfico e uso de entorpecentes ou psicotrópicos”, em Revista dos Tribunais, vol. 435/249.
- O Estado de S. Paulo, artigos: “A falência da lei antitóxicos”, ed. de 9 de dezembro de 1973; “Vícios da lei antitóxicos”, ed. de 25 de maio de 1973; “É tempo ainda de prevenir tóxicos”, ed. de 8 de outubro de 1972; “Emenda ao Código diferencia o traficante do consumidor”, ed. de 4 de novembro de 1973.
- PEREIRA, MURILLO DE MACEDO — “Maconha (Cannabis sativa L.) — “Alguns apontamentos sobre o seu relacionamento com a juventude e os universitários”(*).
- PESSOA, LENILDO TABOSA — “Tóxicos nas escolas”, art. em Jornal da Tarde, ed. de 30 de abril de 1970.
- PULIDO, RUTILDO — “A política preventiva nacional e suas grandes falhas”; “O toxicodependente face à ação repressiva policial” (*).
- RANDALL, HARRIETT — “The School Student and Drug Abuse” (*).
- RIBEIRO, CARLOS AUGUSTO CALMON NAVARRO — “Aplicação de pena ao toxicodependente”, artigo em Revista dos Tribunais, São Paulo, dez/70, vol. 422, pág. 52/57.
- REXHA, LUAN — “O mundo luta contra as drogas”, artigo em O Estado de S. Paulo, ed. de 10 de dezembro de 1972.
- ROCHA, LUIZ CARLOS — “Toxicomania no meio universitário paulistano”(*).
- SILVA, ANTÔNIO CARLOS PACHECO E — “As toxicomanias e a Segurança Nacional” — conferência realizada na Associação Médica Brasileira, 1972, publicada em Arquivos do Ministério da Justiça, 124/93.
- SILVA, GENTIL BARBOSA DA — “Tóxicos — Prevenção e Repressão em face da nova Lei” — em MP, órgão oficial do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 2, n.º 2, 1973, pág. 111.
- TALAR, MARIA APARECIDA — “A verdade sobre os tóxicos”, artigo em City News, 25 de março de 1973.
- TAVARES, JULIO — “Sobre o uso da maconha” — artigo em O Estado de S. Paulo, ed. de 5 de setembro de 1971.
- TELLES, CELSO — “O tráfico de drogas perigosas”(*).
- TELXEIRA, MANOEL DE MARIA — “As drogas e a juventude moderna: evolução ou decadência?”(*).
- VERANI, SÉRGIO — “Algumas modificações propostas à lei n.º 5.726/71” — tese apresentada no IV Congresso Fluminense do Ministério Público, Estado do Rio de Janeiro, 1972.
- ZALUD, SAUL — “The use of drugs by youth in Israel from the aspect of public health”(*).
- ZANINI, ANTÔNIO CARLOS et alii — “Conceito e uso de drogas psicoativas entre universitários na região de São Paulo”(*).

(*) Teses apresentadas no “I Congresso Internacional sobre uso de Tóxicos pela Juventude Universitária”, São Paulo, 1974.