
DROGAS – BREVES ANOTAÇÕES

NARCÓTICOS – ANESTÉSICOS – ALUCINÓGENOS

HIPNÓTICOS – SEDATIVOS – EXCITATIVOS

GERALDO GOMES

SUMÁRIO: 1. Liberação – 2. Legalização – 3. Criminalização – 4. Descriminalização – 5. Prevenção e repressão – 6. Delito de dano e de perigo – 7. Drogas leves e pesadas – 8. Interação e metabolização – 9. Categorias de infratores – 10. Inimputabilidade e escusabilidade – 11. Inexigibilidade de conduta diversa – 12. Perícias – 13. Laudo toxicológico híbrido – 14. Lei da oferta e da procura – 15. Questões de *lege ferenda*.

1. Liberação

Liberar é tornar, mediante lei, totalmente livre o fabrico, comércio, porte, transporte, uso, plantio, consumação de drogas ainda que perniciosos à saúde pública e ou pessoal. Há quem entenda que o indivíduo tenha absoluta, ampla e total liberdade de auto-intoxicar-se, autodestruir-se, porque o corpo é dele. Ignora que é um ser gregário e que, além de sua vida individual, tem vida familiar, social, profissional. Ora, se não ofende o direito positivo, ofende o direito natural, eis que, como ensina Thiago Sinibaldi,¹ nós não temos domínio sobre nosso corpo, mas apenas posse do mesmo. Assim é intolerável, ante o direito natural e ético, autolesionar-se, autodestruir-se (suicídio). Compreendemos como natural o corte de cabelos e de unhas porque tais elementos crescem de novo e se regeneram. Já a amputação de dedos ou mãos não mais se recuperam a não ser por via artificial de reimplantes – o que não é a mesma coisa –, e desde que não haja

rejeição orgânica. Não somos estrelas do mar cujos braços ou tentáculos se refazem e se regeneram por si próprios. Por outro lado, está claro que alpinistas, aviadores, mergulhadores, escafandristas e muitas outras profissões oferecem riscos de vida, mas esses profissionais não aspiram à morte, e sim, à própria sobrevivência. De um israelita ouvimos a observação assaz de bom senso de que temos nosso corpo apenas de *empréstimo*.

2. Legalização

Esta já consiste numa idéia mais resstrita, pois lembra o controle administrativo que existe sobre as drogas, tal qual existe com relação aos fármacos ou medicamentos e que são controlados legalmente pela administração pública, na área da saúde pública, onde se estipulam as taxas máximas e mínimas de dosagem de suas substâncias básicas ou de seus princípios ativos componentes, sua posologia e fatores correlatos para fabricação e consumo. Esse controle era exercido anteriormente pela Divisão de Fiscalização do Exercício Profissional e pelo setor de Fiscalização de Medicina e Far-

⁽¹⁾ SINIBALDI, Thiago. *Elementos de philosophia*. Coimbra, 1906, p. 472.

mácia, e atualmente está atribuído à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, como, também, pelo Confen - Conselho Federal de Entorpecentes do Ministério da Justiça -, como também pelo Ibama, do Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Ministério da Agricultura, com relação a Agrotóxicos, e no Ministério de Minas e Energia, com relação a substâncias nucleares e atômicas.

3. Criminalização

Nesta seara já se cuida de penalização ou repressão, mediante imposição de penas corpóreas (restrição à liberdade, confinamento, encarceramento, degredo, desterro, banimento (inc. XLVII do art. 5.º da CF). Nossa Constituição Federal de 05.10.1988 não admite estas últimas penas de degredo e similares, nem mesmo para os denominados crimes *hediondos*. Penas pecuniárias (multas criminais) e penas de restrição a direitos, como prestação de serviços sociais, suspensão ou cancelamentos de prerrogativas, como cartas de habilitação para dirigir veículos etc., também podem ser reservadas para certos crimes de gravidade menor. Este aspecto de criminalização ou de repressão está muito relacionado com o aspecto da *tipificação* do crime, e consiste no enquadramento da conduta ou da ação do agente dentro do conceito de norma jurídica proibitiva. É a sanção e preceito que reúne *imputabilidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*, esta última consubstanciada na censurabilidade ou reprovabilidade pelo seu cunho de desobediência a uma ordem geral.

4. Descriminalização

É desvestir da roupagem e do característico de crime, tipificado como tal, certa conduta do agente que antes era considerada reprovável e reprimida

mediante imposição de penas. Dissertando sobre a maconha, pergunta Gabriel G. Nahas: "A quem interessa a liberação da maconha?" E responde: "A uma determinada facção política ou ideológica que deseja alienar o povo" e a algumas religiões exóticas.²

5. Prevenção e repressão

A lei que rege o assunto, Lei 6.368, de 21.10.1976 - ainda em vigor, aguardando-se pela nova lei sobre tóxicos, prevê, no seu Capítulo 1.º, diversas medidas tendentes à prevenção contra drogas ilícitas. Exige colaboração de todos, pessoas físicas e jurídicas, inclusive com suspensão ou cancelamento de benefícios. Inclusive proíbe até o plantio, cultura, colheita, exploração de vegetais próprios à extração de substâncias psicotrópicas, até mesmo punindo com a expropriação de glebas onde forem encontradas tais culturas consideradas ilegais de plantas psicoativas. De outra parte, na tipificação de crimes relacionados com drogas, a lei estipula crimes punidos com reclusão, detenção e multa. O art. 12, *caput* da lei, prevê dezoito modalidades de crimes contemplados com reclusão e multa e, além destas, outras diversas modalidades criminosas consistentes em outras condutas ilícitas equiparadas, inclusive relacionadas com o fabrico, matéria-prima, transformação e manufatura (art. 13), prevendo até a figura delituosa de associação autônoma (art. 14) e que não se confunde com a figura de bando ou quadrilha - definida pelo Código Penal³, no art. 288, do CP -, dada a expressão utilizada *reiteradamente ou não* para caracterizar a conduta punível. Percebe-se que o traficante pode envolver-se sistematicamente em confabula-

(2) NAHAS, Gabriel G. *A maconha ou a vida*. Nórdica, 1985, p. 281.

(3) GOMES, Geraldo. *Tóxicos - Crime autônomo de associação*. RT 516/247.

ções, conluíus, parcerias, mas também pode envolver-se numa única empreitada de despacho da droga. Este tipo de crime de associação autônoma (art. 14 da lei) não abrange a co-autoria, o concurso de agentes a outras formas de delinquência. Não colhe, pois, o argumento de João de Deus Menna Barreto (um dos autores do anteprojeto sobre tóxicos) considerando que a co-autoria do Código Penal foi erigida em crime autônomo de associação (do art. 14). Esta nova espécie e tipo de crime introduzido na lei brasileira se inspirou na Lei Italiana 685 de 22.12.1975.^{4a} Outras modalidades infracionais de menor gravidade são contempladas com penas de detenção ou multa criminal como ocorre no caso de infração para uso próprio (consumo pessoal), conforme art. 16 da lei em exame. É preciso distinguir-se entre o ato de fumar ou de ingerir o tóxico e o ato de possuí-lo ou portá-lo, pois neste último caso incide a repressão. Já o fato de ter fumado ou consumido a droga, não incide a repressão logicamente.

6. Delito de dano e de perigo

Não há que se confundir crime de dano e crime de perigo, nesta área de

crimes relacionadas com os tóxicos. Não resta a menor dúvida de que a traficância em matéria de drogas representa um crime de perigo à saúde pública, enquanto o dano pessoal ao usuário possa ocorrer ou não simultaneamente ao indivíduo pelas consequências de sua auto-intoxicação. Nos congressos de estudos e pesquisas a respeito de drogas, de um modo geral, sempre se enfatizam mais as consequências da intoxicação a usuários que propriamente os malefícios da traficância. Chega-se até mesmo a encarar a intoxicação por drogas como *doença*, quando esta não se insere no rol de moléstias enumeradas pela Organização Mundial de Saúde. Cuida-se, sim, mais, de um desvio de conduta ou de comportamento social. Mas é preciso destacar que a tutela jurídica reprimindo o tráfico de drogas se prende mais ao conceito de proteção à incolumidade social que, propriamente, ao indivíduo considerado isoladamente. Daí a repressão legal, posto que a traficância representa um risco social à saúde pública. E, em segundo lugar, subsidiariamente, também prejudica o indivíduo, com o rol de prejuízos colaterais à família, sociedade, profissão etc. No crime material de dano existe a superveniência efetiva de lesão enquanto nos crimes de perigo subsiste uma potencialidade lesiva de risco para a sociedade e, por isso, até considerado crime formal. Com a maestria que lhe é própria, disserta Heleno Cláudio Fragoso:⁵ “No campo da Psicologia e comportamento tem sentido muito amplo, abrangendo, inclusive, os atos involuntários, reflexos e mesmo instintivos... Conduta nesse sentido define-se como ‘conjunto dos modos pelos quais o organismo responde aos estímulos’ (Bela Szekely)... Temos, por exemplo, o comportamento reflexo, que através de um

(4) BARRETO, João de Deus Menna. *Estudos da nova lei de tóxicos*. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 87.

(4a) O crime autônomo de associação não se confunde com co-autoria, ajuste, sociedade, mandato, concurso de agentes, conselho, incitação, favorecimento, auxílio, promessa de auxílio, recompensa, cooperação, acordo, ou outras figurações constantes do Direito Penal. E o traço fundamental do crime autônomo de associação em matéria de drogas é a sua decomponibilidade ontológica com outras figurações, tanto que comporta concurso material de crimes com outras espécies delituosas. Veja-se, a propósito, o excelente artigo doutrinário de Paulino Neto, RT 137/421.2.

(5) FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 164.

estímulo subcortical, constitui reação motora ou secretória sem intervenção da vontade e, até mesmo, sem participação da consciência. Ainda falando em níveis de comportamento poderíamos mencionar as ações automáticas que se realizam com a repetição do movimento, e as ações em curto-circuito ou impulsivas, nas quais a participação da vontade e da consciência é também nebulosa". Percuciente a análise deste jurista Fragozo ao enfrentar a conduta *nebulosa*. Com efeito, Francisco Lotufo Neto e colaboradores,⁶ cuidando do TOC (Transtorno obsessivo-compulsivo) destacam a neurose, psicose e até mesmo a esquizofrenia (Westphal e Bleuler) na origem de certas tendências impulsivas, enfatizando a aparente perda de resistência, e criticam os que aproximam esse quadro da PMD (psicose maníaco-depressiva).

7. Drogas leves e pesadas

Outro aspecto que deve ser assinalado é o mau vazo de se apreciar drogas como *leves e pesadas*. Trata-se de um mero critério de vacuidade, eis que pessoas que assim analisam estes fatores ignoram conceitos de farmacodinâmica (efeito da droga no corpo) e farmacocinética (caminho da droga no organismo), além da problemática da interação das drogas (exógenas e endógenas), a velocidade maior ou menor da metabolização e outros fatores concorrentes como idade, sexo, compleição, peso corporal, resistência, dependência, tolerância, tolerância cruzada, clima, temperatura ambiente, temperatura corporal, pressão arterial, potencialização, dose, concentração e vias de administração como oral, inalatória, tópica, sublingual, endovenosa, retal, vaginal etc. Muito comum, pois, o entendimento vulgarizado de que a maconha é

droga *leve* e outras são pesadas ou mais gravesas, no sentido de se poder liberar a maconha. A dialética não resiste a uma crítica mais acentuada neste setor. Se o tabaco (nicotina) foi e é tolerado no meio social anota-se que ,todavia, não é alucinógeno como o é a maconha que produz euforia e delírios. Baudelaire e Gothier chegaram a fundar clubes em Paris para fumar haxixe. Mas até Napoleão, no século XVIII, proibiu a maconha como supinamente deletéria.

Como bem observa Fragozo, ao final de sua obra, aqui citada, "Tipo é a descrição objetiva da conduta punível. Tipicidade é a adequação do fato ao tipo de delito contido na norma incriminadora". (Fragoso, *op.cit.*, p. 210).

8. Interação e metabolização

Há quem entenda que na metabolização da MAO (monoaminooxidase) se opera a degeneração ou degradação do princípio ativo alucinógeno da *Dimethyl-triptamina* (DMT), de sorte que tal droga não causa estrépito criminal de relevo, perecendo a figura típica da infração penal. Nada mais incorreto, pois a ação de reprovabilidade da conduta do agente não está nos eventuais efeitos da droga em seu organismo, mas na qualidade imanente do alucinógeno na substância. E quer essa qualidade atue ou não efetivamente no agente consumidor pela sua ação farmacodinâmica ou farmacocinética, tal aspecto não compõe a licitude da posse ou porte, ou transporte, ou depósito da droga que continuará considerada ilícita. A lei se dirige ao fato de a droga ou substância ser proibida em razão da dependência ou entorpecência (art. 36 da lei) que possa ela gerar. Assim, desde que a droga apresente potencialidade lesiva de causar tais efeitos incide a infração penal. Tal crime não se desdobra em aspectos

⁽⁶⁾ GENTIL, Valentim e LOTUFO NETO, Francisco. *Pânico, fobias e obsessões*. São Paulo, 1994, p. 127.

de *crime de dano* pessoal, sucedido ou acarretado ao usuário consumidor, mas se qualifica como crime à *saúde pública e de perigo*. O uso ou abuso da droga corre à conta do próprio usuário. Como também explica Penidon Silva, pela fenomenologia da MAO⁷ há drogas que interagem em nosso organismo liberando a noradrenalina. Mas sendo indiscutível que o DMT (*Dimetilriptamina*) é substância alucinógena (Edward Macrae, Alberto Furtado Rahde)⁸ e obtida basicamente de dois vegetais, um arbusto e um cipó amazônicos (*Banisteriopsis Caapi*) e *chá santo daime* (ou *Hayhusca*), este raciocínio de degradação do alucinógeno não elimina sua proibição legal, nem apaga seu aspecto infracional, pois a definição legal típica do crime subsiste e não está nos efeitos da droga, mas na própria droga proibida e de que se tem a posse ou a propriedade.

Nesta seara de interação e metabolização das drogas no organismo é preciso destacar que temos em nosso corpo aminas e enzimas e uma infinidade de outras substâncias, sendo relevantes aquelas que mais de perto atuam no SNC (sistema nervoso central) e SRA (sistema reticular ascendente) através da sinapse, a saber: a noradrenalina, serotonina, dopamina e acetilcolina – para se citar apenas algumas. E tais drogas que guarnecem o equilíbrio e a normalidade do comportamento sofrem a interferência quando introduzidas no organismo, afetando sua hiper ou hipossensibilidade, outras drogas estranhas e entorpecentes ou psicoativas. E daí poder tais drogas exógenas gerar confusão mental, inclusive sinestesia, na qual o usuário chega a ouvir vozes inexistentes e escutar o som das cores... (?) E há

que ponderar-se que embora a MAO (monoaminooxidase) possa ocasionar degradação em presença de nossas próprias aminas e enzimas com a introdução de drogas estranhas, no plano jurídico continua subsistente a definição de infração penal consistente no porte ou posse da substância proibida, uma vez que contenha imanente seu característico de entorpecência.

9. Categorias de infratores

Existem várias categorias de infratores, a saber:

- a) traficantes;
- b) traficantes-dependentes;
- c) usuários (consumidores);
- d) usuários-dependentes.

E além destes casos básicos ainda merecem especial atenção: a) os traficantes quando comprometidos com doenças mentais, como esquizofrênicos, oligofrênicos, psicóticos, neuróticos. Os oligofrênicos são os portadores de retardamentos mentais, nos casos de idiotia, cretinice e imbecilidade e que cresceram na idade, mas o desenvolvimento mental restou estacionário, com idade aparente de 0 a 8 anos, de 8 a 14 anos e de 14 a 18 anos. Os esquizofrênicos compõem a ala dos insanos mentais ou loucos de todo gênero. Na hipótese dos que possuem comprometimento mental deficitário há que se aplicar no caso dos *dementes* o artigo da inimizabilidade previsto pelo Código Penal (art. 26, *a*, parágrafo único) e no caso de meros *dependentes* de drogas (sem comprometimento mental) é de aplicar-se os arts. 19 e 29 da lei sobre tóxicos, remanescendo apenas para os não-dependentes e não-dementes a repressão penal consistente em detenção, multa criminal ou prestação de serviços sociais, e/ou cancelamento de certas habilitações, restrições ou interdições. Para o caso de infratores rein-

(7) PENIDON SILVA. *Farmacologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1980, p. 229.

(8) MACRAE, Edward e RAHDE, Alberto Furtado. *Guiado pela lua*. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 88-89.

cidentes a nova lei deve cogitar de medidas especiais.

10. Inimputabilidade e escusabilidade

Aí está outro aspecto que não pode ser descurado pela nova lei de tóxicos, cujo anteprojeto já está tramitando no Congresso Nacional. Isto porque a lei ora em vigor, 6.368/76, cometeu um grave engano no seu art. 19, consagrando um princípio de inimputabilidade estabelecendo isenção de pena para qualquer crime, em se tratando de dependente.

“Art. 19: É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, proveniente de caso fortuito ou força maior era, no tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Quando este projeto tramitava no Congresso, desembargadores do Estado de São Paulo enviaram moção ao Dep. Federal Francisco do Amaral (Dr. Vicente Franceschini e Lauro Malheiros e um terceiro desembargador) pleiteando a supressão desse tópico (“qualquer que tenha sido a infração penal praticada”). Todavia, não obtiveram êxito, pois o projeto passou aprovado em sua forma original.

Como se vê, este artigo mereceria uma melhor redação, distinguindo-se os casos de força maior e caso fortuito dos demais que se apresentam, além de que ao revés de consagrar-se o princípio da inimputabilidade dever-se-ia consagrar o princípio da escusabilidade, como ocorre com o art. 181 do CP que também isenta de pena aquele que furta o pai, ascendente, descendente, cônjuge etc. Assim não se precisaria estremecer o critério básico de nosso sistema penal, da *actio libera in*

causa, como anota Luiz Doria Furquim. Felizmente o atual anteprojeto da nova lei já procura omitir o tópico acima criticado.

11. Inexigibilidade de conduta diversa

Quem por primeiro agitou esse tema em Direito Penal foi o jurista alemão Reinhard Frank, deparando-se com casos em que havia tipicidade, antijuridicidade, mas não haveria culpabilidade, no seu aspecto de reprovabilidade, ou censurabilidade, e quando a volição do agente estivesse completamente divorciada do resultado do evento. Tal acontecia, na prática, exemplificadamente, quando o condutor de uma carruagem estivesse de viagem com seu amo, e este ordenasse que acelerasse os animais, e prevendo o condutor que os animais eram indóceis e poderia sobrevir um acidente, obedecesse o ao patrão para não perder seu emprego, tombasse o carro e ferisse seu amo. Em casos que tais não restaria ao condutor outra alternativa senão a de obedecer a seu patrão. E discorrendo sobre este tema anota Giuseppe Bettiol, sobre a concepção normativa da culpabilidade que *para que la acción pueda considerarse culpable no basta que un sujeto capaz haya previsto y querido un evento lesivo, sino que es necesario que su voluntad haya podido determinarse normalmente a la acción; esta determinación normal non se dá quando las condiciones de hecho en las cuales actúa el individuo son tales que hacen imposible o muy difícil la formación de un querer humano libre de defectos.*⁹ Transferindo-se esta cogitação de inexigibilidade de conduta diversa para o terreno das drogas e suas infrações é mister atentar-se para umas tantas considerações preliminares, como sejam:

⁽⁹⁾ BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá, 1965, p. 417.

- a) nomenclatura comum da droga;
- b) o nome de fantasia ou comercial;
- c) qual a substância componente;
- d) qual seu princípio ativo.

Apenas para exemplificar, lembremos da maconha: seu nome comum é maconha, seu nome botânico é cânhamo, seu nome técnico ou científico é *Cannabis sativa L.*, seu princípio ativo é o 8 ou 9 gama transtetrahidrocanabinol.

Também o analgésico Optalidon continha butalbital, e o denominado *lança-perfume* contém cloreto de etila.

Ora, o usuário ao buscar em farmácia um analgésico para sua dor de cabeça não está sabendo que um de seus componentes pode estar listado como droga proibida. E embora não conste na listagem com seu nome de fantasia ou comercial pode ser entendido como permissível seu uso. Mas se seu componente estiver listado ou relacionado como droga proibida, então incidirá a repressão legal. Transferindo-se esta dirimente de inexigibilidade para o terreno das drogas, para logo se concluirá que a única evasiva para obtenção de absolvição por isenção de pena ou exclusão de culpabilidade estará arrimada na excepcional conduta do agente. Veja-se a propósito julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, HC 16.360-3 da 4.^a Câmb. Crim., rel. Des. Geraldo Gomes, a respeito do Optalidon, cujo nome não figurava da lista do Ministério da Saúde, porém seu componente estava relacionado como proibido, o barbitúrico butalbital. Hoje o propilfenazona é o componente que substituiu o butalbital. (RT 566/283, HC 16.360-3, j. de 23.08.1982).

12. Perícias

No tocante a exame pericial toxicológico, a peça basilar de um processo criminal, nas infrações que deixam vestígios, é o corpo de delito para o qual se

exige exame pericial consubstanciado em laudo minucioso que identifique a substância proibida (art. 179 do CPP). Métodos adequados, reações e reagentes químicos, inclusive com uso de instrumental óptico, fotográfico, microscópico, polarização, capilaridade – processos cromatográficos de camada delgada, de fase gasosa, espectroscópicos, raio infravermelho, ultravioleta de massa, enfim, tudo deve ser empregado para fornecer a juízo um resultado de certeza, e não de mera probabilidade. Assim, v.g., para exame de urina de atletas suspeitos de *dopping* é mister exame aprofundado dessa pesquisa e, sobretudo, sobre os cardápios fornecidos nessas concentrações de atletas e medicamentos utilizados.

13. Laudo toxicológico híbrido

Daí porque se prognostica para a nova lei de tóxicos a previsão de laudo pericial toxicológico híbrido, ou seja, que se preveja a listagem de drogas proibidas não só com relação ao nome comercial ou de fantasia do composto (fármaco), mas também o nome da ou das substâncias componentes. Assim sendo, mesmo que omitido o nome de fantasia, figurando o nome do componente possibilitará a repressão da droga.

14. Lei da oferta e da procura

A lei de oferta e da procura é tão inexorável como a lei da gravidade. É ela que governa e controla a demanda maior ou menor do tráfico, pois a demanda de consumo das drogas oscila em razão da alta rentabilidade do negócio escuso. O mercado fornecedor depende sempre do mercado consumidor. Daí porque para se conter o recrudescimento do consumo de drogas há que se atinar com meios que contenham esse comércio vil. E nada melhor que o confisco de bens do patrimônio dos traficantes para desencorajá-los nesse comércio ilícito. Já ao tempo

das Ordenações Filipinas, em 1602, se punia o possuidor de ópio e rosalar com penas de degredo para a África e confisco de todo o patrimônio do réu. A Constituição Brasileira não tolera penas de degredo, banimento, desterro e similares. Contudo, a contenção destes crimes de traficância ainda se poderá bitolar pelo confisco de bens que, a nosso ver, é a melhor solução para se diminuir o tráfico. E não se tolerar a falada descriminalização de drogas, pelo absurdo que pode representar. Há de haver uma luta sem quartel contra as drogas perniciosas que desfibraram a nacionalidade e a raça.

15. Questões de *lege ferenda*

a) Espera-se que a nova lei sobre tóxicos deva voltar suas vistas para muitas drogas que não estão previstas como proibidas pelo Ministério da Saúde, nos relacionamentos baixados em Portarias da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária e, não obstante, afetam o SNC (sistema nervoso central) ou o SRA (sistema reticular ascendente), causando distúrbios, delírios, alucinoses na mente humana. Bem por isso o laudo toxicológico deve ser dúplice e híbrido para esclarecer primeiro se a droga está prevista como proibida pela sua nomenclatura de nome comercial ou de fantasia (fármacos) e segundo, se não estando prevista por essa forma, se o seu componente básico (nome técnico ou científico ou seu princípio ativo) está previsto como proibido. Além disso, caso a droga não figure na lista pelo seu nome de fantasia ou comercial, nem pela sua substância componente, deve, à moda da lei antiga (que não adotava a norma penal em branco) (ou listagens), pelo menos esclarecer que, embora não prevista nas relações, é droga que afeta o sistema nervoso central causando tais e tais efeitos nocivos, pelo que considerada *entorpecente* para os efeitos legais. Com efeito, existem drogas naturais ou sintéticas que não estão previstas como proibidas e, não

obstante, causam efeitos entorpecentes ou correlatos. Esta questão é de suma importância se vista pelo ângulo da *tipicidade* ou *atipicidade*, que é um dos pontos básicos do crime ou da definição legal, de reserva e anterioridade jurídica, caracterizadora da infração penal e que exige repressão. – b) Drogas como o Reactivan, Stenamina e outras podem ser lembradas e que não constam de proibições expressas nas listagens. Assim ocorreu durante muito tempo, por exemplo, com o LSD-25 (a Dietilamida do ácido lisérgico). Esta droga foi descoberta por Albert Hoffman, médico farmacologista, casualmente, quando lidava com produtos no seu laboratório da Sandoz, em Basileia, na Suíça, em 1943. No entanto, só veio integrar-se na lista proibitiva, entre nós, em 1968. E, não obstante, o LSD-25 – descobriu-se depois – apresentava até efeitos colaterais similares à Talidomida¹⁰ em anomalia cromossomais. Outras drogas como o DMT (a Dimetil Triptamina) até prevista como proibida pelo Tratado Internacional de Viena, de 1971,¹¹ e inclusive por Portarias do Ministério da Saúde, tendo sofrido *liberação provisória* pelo CONFEN (Conselho Federal de Entorpecentes, órgão subordinado ao Ministério da Justiça, conforme Res. 6, de 04.02.1986 – *DOU* de 05.02.1986, p. 2.054 e *apud Lex*, fev. 1986, p. 268 o que suspendeu a Port. 2/85 do mesmo órgão), dando-se, aqui, uma intromissão do Ministério da Justiça no Ministério da Saúde, liberando-se o denominado *chá santo daíme*, ou a Hayhusca, cuja substância básica é a *Banisteriosis Caapi* conjugada com a *Psychotria Viridis*, plantas amazônicas irrefutavelmente entorpecentes (alucinógenas). Nota-se que a *liberação provisó-*

(10) Tranqüilizante que era indicado para mulheres grávidas. O Governo alemão indenizou muitos casos resultantes do emprego da Talidomida.

(11) GOMES, Geraldo. RT 685/413, 1992, artigo Confen, Drogas, Daíme.

ria remanesce até hoje e não foi objeto de homologação pelo Ministério da Saúde e nem foi objeto de Portaria *interministerial* (Saúde e Justiça). Parece-nos que a competência administrativa foi vulnerada ou arranhada.

c) Outras drogas podem ser lembradas e que não constam de relações proibitivas pelo seu nome comercial ou de fantasia, mas cujos componentes estão proibidos. Exemplos: o Optalidon, que anteriormente continha butalbital¹² e este componente era proibido. Bipovacaína é um anestésico local que se insere na categoria de *anestésicos gerais*, previstos pelas listas como tal. Éter e clorofórmio só mais recentemente foram listados como proibidos. Dietilpropiona, Corizan, Anorexil, Desoxin, Luminal (barbitúrico e que segundo Hermes Rodrigues de Alcântara em *Toxicologia geral*, 1974, é do grupo Fenobarbital também não consta como Luminal). Pervitin que é um anfetamínico também não consta de listas com tal nome. Mas a anfetamina consta. Mequalon, Phelotin, Benzedrina, (do grupo anfetamínico), Desbutal, Dexedrin, Somaliun, Moderex (estes últimos parece que entraram na lista proibitiva dos antidistônicos). Como se vê, há muitas drogas que exigem uma pesquisa pelos seus componentes.¹³

d) Esta matéria de se saber se o nome do fármaco consta ou não da lista proibitiva, pelo seu aspecto comercial ou de fantasia ou, pelo menos, pelo seu aspecto químico do componente gira em torno de outras questões paralelas que não podem ser olvidadas: 1.º) a época e

a lei que vigorava ao tempo dos fatos; 2.º) qual o critério dominante dessa época: se as listas de fármacos e de substâncias componentes eram *taxativas* ou meramente *exemplificativas*. Convém então recordar-se que somente a lei (Dec.-lei 159/67) veio introduzir o critério da norma penal em branco. Mas este decreto foi de efêmera duração porque em 1968 já o Dec.-lei 385 alterava o art. 281 do CP. E a atual Lei 6.368, de 21.10.1976, restabeleceu no seu art. 36 o critério da norma penal em branco.

Com referência ao item b do § 15 – Questões de *lege ferenda* – convém assinalar um tópico do V. Acórdão que absolveu os acusados, num processo de Aparecida do Norte, acusados de uso de *Reactivan*.

Omissis

“No que concerne ao medicamento *Reactivan*, o mesmo pertence ao grupo dos peperidínicos e ao subgrupo do componente fencaneamina, ou seja, cloridrato de 2 etilamino – 3 fenil narcanfano (*Compêndio médico indicador terapêutico*, Andrei, 1980, p. 452). Entretanto, embora se trate realmente de um psicotrópico, anfetamínico, anorexígeno, cuja substância componente sempre figurou nas listas proibitivas do Ministério da Saúde, como interferente do SNC (sistema nervoso central), substância essa que inclusive gera um quadro clínico similar à esquizofrenia (GRAEFF, Frederico G., *Drogas psicotrópicas e seu modo de ação*. São Paulo: Edusp-CNPq, 1984, p. 26); a verdade é que o *Reactivan* jamais constou de listas proibitivas pelo seu nome comercial ou de fantasia. Assim, percorrendo-se o rol de várias portarias do Ministério da Saúde, revogadas ou em vigor desde 1969 a 1984, jamais ali figurou o *Reactivan* como composto

(12) GOMES, Geraldo. HC 16.360-3 do TJSP, rel. Des. Geraldo Gomes, j. de 23.08.1982, paciente CEF, denegada a ordem v.u. Hoje, 1996, já substituíram o Butalbital pelo Propilfenazona. Veja ac. na RT 566/283.

(13) Consultem-se as portarias do Ministério da Saúde 27, de 24.10.1986, *DOU* de 03.11.1986, p. 16.361 e 28, de 13.11.1986, *DOU* de 18.11.1986, p. 17.205 *et seq.*

(*) GOMES, Geraldo. Tóxicos – Legislação. In: *TACRIM São Paulo*, jan. 1978.

proibido. Então sucede que sendo o comando incriminatório vigente baseado na norma penal em branco e sendo as listas do Ministério da Saúde *taxativas*, e não exemplificativas, segue-se que estando o medicamento previsto pela lista haverá crime punível, mas não estando previsto, a não ser pelo componente, haverá ato típico, antijurídico, todavia, sem a mácula de responsabilidade, vale dizer, excluído o dolo e a culpa mercê da teoria da inexigibilidade de conduta diversa. E assim é porque o usuário adquiriu livremente na farmácia o Reactivan sem qualquer objeção ou exigência de exibição ou retenção de receituário, logicamente esse usuário não está obrigado a saber ou adivinhar que o componente do remédio é substância controlada ou inscrita nas referidas listas. Por vezes, nem mesmo profissionais sabem a composição correta de certos medicamentos, obrigando-os a consulta às bulas ou indicadores terapêuticos. Não se pode, pois, exigir do *homo medius* tal conhecimento especializado. O que compete é às farmácias e aos órgãos competentes a devida fiscalização a respeito. Assim, pois, os rapazes não podem ser condenados a título do Reactivan, muito embora se trate de uso vicioso e desvirtuado como tal, pois tal medicamento vem sob a

forma de drágea para administração, oral e mesmo sem serem mastigados (*DEF Dicionário de Especialidades Farmacêuticas*, JBM, 1983/84, p. 418). Até que ao tempo em que pontificava no Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo o eminente Des. Acacio Rebouças destacou ele, em um de seus memoráveis Acórdãos, essa *viciosidade como tal* pelo desvirtuamento de uso de drogas. Sucede que, naquela época, outra era a lei de entorpecentes, consagrando a prevalência do laudo toxicológico para fins de incriminação (Lei 5.726/71^{***}). De conseguinte, a aplicação intravenosa do medicamento diluído em água mineral bem denota a temeridade desses rapazes. Todavia, descabe condenação a título de Reactivan. Julgados já adotaram decisões absolutórias em torno desse medicamento. Basta citar entre outros TACRIM/SP, Ap. Crim., 59.231, j. de 23.08.1973, rel. Dínio Garcia, v.m.; Rev. JUTACRIM/SP 31/67 - TJRJ Ap. Crim. 21.837, j. de 12.02.1976, rel. Hilário Duarte de Alencar, RT 490/369 ou RT-TJRJ 41/286."

(*Apud* caso de Aparecida do Norte in Ap. Crim. do TJSP 33.0447-3. Dando-se prov. por votação unânime de 27.12.1984. 4.^a Câ. Crim., rel. Geraldo Gomes; Aptes: Jan - JRZ - RAS - MVA - CLRP).

(**) No caso, os rapazes estavam fazendo aplicação endovenosa do produto. (Nota do autor).

(***) Era lei que não previa a norma penal em branco (Nota do autor).