

A VITIMOLOGIA NOS CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

(art. 281 do Código Penal)

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Aspectos Gerais

Escreveu Fausto Costa que a Ciência Penal possibilita a solução dos mais inquietantes problemas que preocupam o pensamento e a vida do gênero humano. Nenhum, em verdade, mais atual que o dos tóxicos, que vem solapando os alicerces da coexistência e do diálogo, arremessando ao crime ou à psicose os próprios servos.

Foi Vervaeck quem lançou a expressão *delito tóxico*, para designar as infrações penais cometidas por influência das drogas, cuja utilização a História registra desde afastadas épocas, dando razão a Gandelin, sobre a antigüidade do vício. Foi, porém, depois da Grande Guerra, observa Pernambuco Filho (*Venenos Sociais*, pág. 5), “pela exaltação cerebral que acompanha os grandes cataclismos que a tendências para o abuso de estupefacientes tomou desenvolvimento assustador”. Compreende-se que, num mundo que desmoronava, alterando um conceito de vida e de comportamento social, todos os excessos encontraram campo e pretexto, enriquecendo, sobremaneira, a doutrina penal. “Aos agentes intoxicantes, causadores da ruína física e mental da humanidade, advertiu Cunha Lopes (*Toxicomanias*, pág. 1), cabe a denominação genérica de *venenos sociais*”.

Tais substâncias não devam ser confundidas com o veneno, em sentido estrito, definido no art. 296, parágrafo único, do Código Penal de 1890 (“toda substância mineral ou orgânica, que ingerida no organismo ou aplicada ao seu exterior, sendo absorvida, determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saúde”), o que levou Sinésio Rocha (“O crime de envenenamento em face à nossa legislação penal”, pág. 67), a afirmar, então, que “o crime de envenenamento autônomo, perante a nossa lei penal, tem uma configuração jurídica especial”. O *venefício* era o delito consumado.

Propiciam os venenos sociais o chamado *vício elegante*, assim denominado, assevera Francisco Baldessarini (*Dos Crimes Contra a Incolumi-*

dade Pública, pág. 111), “pela adesão que a ele deram os frequentadores dos cabarets”.

O abuso das substâncias tóxicas, pela “jeunesse derée” e pela atormentada geração do primeiro pós-guerra, causou irreparáveis traumas orgânicos e psíquicos, em sua descendência. A capital da França era o centro das *toxicofilias*, o paraíso dos cocainômanos, imitada no mundo inteiro, com Montmartre regurgitante de todas as orgias, transformado no “Cerveau de Paris”, onde rondavam, administrando os vícios, a legendária “La Panthère” e o famigerado traficante “Maurice, L’American”. Desde então, pode-se repetir com o penalista Magalhães Drumond, os entorpecentes tornaram-se “horrível flagelo social”, chamando a atenção dos legisladores, para novas figuras delituosas.

É curioso notar, entretanto, que as severas medidas repressivas vieram, também, de Estados que se haviam beneficiado com o nefando comércio de drogas. Lembra Jurandir Amarante (*Os Criminosos Intoxicados*, pág. 23) que, em 1840, a própria China se viu guerreada pela Inglaterra por terem os seus comerciantes se recusado a adquirir ópio procedente das praças de John Bull”.

A questão das toxicoses se agravou ainda mais no segundo pós-guerra, uma vez que ela se tornou fuga neurótica de uma realidade amarga, da qual era necessário “desligar”.

Reparou bem Yolanda Mendonça (*Maconha ou Outros Entorpecentes*, pág. 13) que a principal finalidade de certos estupefacientes é “exercitar a sensualidade”, assinaladamente para os jovens. Todavia, o que se constata, nos toxicômanos, é um doloroso quadro clínico, lapidarmente descrito por Oliveira Filho e Porto Carrero (*Venenos Sociais*, pág. 13), sofrendo o viciado “graves modificações no caráter, tornando-se melancólico com tendências suicidas, assombrado de alucinações e temores pânicos, depravado, destituído de senso moral, ao passo que o físico se transforma com o emagrecimento, a palidez amarelada, o envelhecimento precoce, a insônia, a anorexia, a constipação rebelde, a impotência sexual”.

A felicidade artificial e o lucro valem ao viciado e ao traficante, os dois principais *sujeitos* do crime tóxico, todos os riscos. O tráfico, que Courteis-Suffit e René Gireux (*La Cocaine*, pág. 38) conceituaram como “un commerce à côté du commerce loyal, en marge de la loi”, é o grande incentivador do *typus* delituoso a que vimos nos referindo, a merecer draconiano tratamento do Poder Público. “O comércio clandestino de drogas, anota Epaminondas Pontes (*Nova Lei Antitóxicos*, pág. 13), significa a compra e venda, ambas igualmente ilícitas”. O viciado é o produto de um desajustamento familiar-social (não se confunde com o que apenas *usa* o narcótico), dominado por uma força maior, disseminando nocivos produtos e, com eles, a criminalidade. Em testemunho honesto (*Tóxicos*, pág. 16) Jaime Ribeiro da Graça relata o caso de um flagrante de cocaína, no qual um dos rapazes autuados era filho de uma senhora detida, no mesmo dia, por causa de jogo.

O uso das drogas pode ensejar a *actio libera in causa*, inexcusavelmente estudada, na admirável tese de Narcélio de Queirós (*Teoria da Actio Libera In Causa*”, pág. 40), consistente na situação “em que alguém, no estado de não imputabilidade, é causador, por ação ou emissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o efeito lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou ainda quando o podia ou devia prever”.

O Brasil acolheu, no art. 281 do Código Penal, de 1940, a figura penal a que vimos mencionando, embora o primeiro foral a respeito de entorpecentes tivesse sido o Dec. n.º 4.294, de 1921. Sucederam-no os Decretos n.º 20.930, de 1932, n.º 24.505, de 1934 e o Decreto-Lei n.º 891, de 1938. A necessidade de reprimir, com mais vigor, o grande número de transgressões ao citado dispositivo do Código Penal, motivou a Lei n.º 4.451, de 1964, o Decreto n.º 159, de 1967, e o Decreto-Lei n.º 385, de 1968, em que o legislador decisivamente alargou o campo de incidência do delito e melhor aparelhou a autoridade para a sua ação repressora. É importante consignar que o angustiante problema teve ingresso, inclusive, no texto constitucional, exarando o art. 8.º, VII, *b*, da Constituição de 1967, que compete a União “a repressão ao tráfico de entorpecentes” e o art. 8.º, VIII, *b*, da Emenda n.º 1, que cabe àquela “prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins”. Costuma-se distinguir o entorpecente, do barbitúrico e das afetaminas, é bom esclarecer.

Finalmente, surgiu a Lei n.º 5.726, de 1971, com interessantes coordenadas criminológicas e educacionais, procurando recuperar o viciado e punir rigorosamente o traficante, criando um procedimento sumário, com um despacho saneador (art. 18) acolhido expressamente, em matéria penal, anteriormente, apenas pelos arts. 538, do Código do Processo Penal, 23, IV, da Lei n.º 1.521, de 1951 (Economia Popular, e 39, da Lei n.º 2.083, de 1953 (Imprensa). O art. 281, do Código Penal, passou a ter, com a nova redação, maior amplitude, sendo sua rubrica “comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determina dependência física ou psíquica”. Estamos diante ou substância de *extenso conteúdo* e de perigo *abstrato*, “presumindo em qualquer das hipóteses, sublinha Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, 3.º vol., 2.ª ed., pág. 877), o perigo para a saúde pública”. A tentativa é possível quando não se configurar delito formal, que “ocorre em algumas das modalidades contempladas no art. 281: *trazer consigo, guardar, instigar etc.*”, ensina João Bernardino Gonzaga (*Entorpecentes*, pág. 104). O crime é, às vezes, *bilateral*, por exigir a ação de várias pessoas, conforme Nélsion Hungria.

Entendem alguns, como Menna Barreto (*O Desafio das Drogas e a Direito*, pág. 116), que, se o estupefaciente não estiver relacionado no respectivo catálogo, não se caracteriza o delito. A enumeração legal, que completa a *norma em branco*, não é taxativa e, destarte, se a perícia comprovar a natureza tóxica da substância apreendida, não se poderá deixar a descoberto a ordem coletiva, uma vez que a transgressão legal se encontra configurada. “O mesmo efeito podem ter outras substâncias novas, ou ainda não

estudadas, mas que sejam assim reputadas nocaso apreciado”, assenta Bento de Faria (*Código Penal Brasileiro*, vol. V, pág. 366). É também a lição de Battaglini.

Entre nós, o principal entorpecente, em virtude das possibilidades financeiras reduzidas dos “consumidores” é a maconha, liamba, marijuana, ou que outro nome tenha, considerada, praticamente, inofensiva por Sutherland. Essa planta cuja espécie fêmea é a mais importante, sob o ângulo toxicológico, é tida por lei, como entorpecente. Os testes de Bean, Bouquet e Chamrawy revelam a sua natureza e, apesar de todas as controvérsias, não resta dúvida de que atua intensamente em predisposições e se liga a variadas formas de delinquência. Como são inúmeros os que com ela traficam ou que a usam etc., incontáveis são os flagrantes. Hélio Sodré (*A Prova Penal Referente à Posse de Entorpecentes*, pág. 16) encara esses últimos com grandes reservas, quando as testemunhas são unicamente policiais, o que as tornaria suspeitas.

Em geral, os flagrantes são dados à noite, em “bocas-de-fumo”, em ruas discretas ou ainda em outros locais em decorrência de “rondas” ou batidas da polícia. Testemunhas outras são quase que impossíveis de serem arroladas, por um temor e desconfiança atávicos que tem o brasileiro, das engrenagens de Poder, e que estudamos em outro ensaio. Além do mais, não se pode, até prova, cabal e inequívoca, em contrário, descrever da palavra dos agentes da lei, que merecem credibilidade, em tese, sob o pretexto de flagrantes falsos, que a experiência judicante o demonstra serem em números bem menores do que se pensa e talvez empregados para comprometer ladrões e marginais perigosos.

A maconha vem do Nordeste e de Mato Grosso, por ocasiões, em barris e em malas, prensada e coberta de mel, para ser distribuída aos “atravessadores”, de vários escalões, dos quais os componentes mais humildes é que são presos, por serem, os seus atos, mais extensivos. Atrás deles, todavia, permanecem impunes os titulares de poderosos interesses subalternos, cuja finalidade é corromper a nação e não meramente sobreviver, como pretendem os infelizes que assalariam. A marijuana penetra nos presídios, com a cumplicidade dos guardas ou sem ela (chegou a ser encontrada no fundo de um tubo de barbear trazido pela mulher de um dos presos), nos quartéis, envolvendo militares das três armas e da polícia militar, nos colégios e até no *Forum*, onde foi apreendida com um detento, que a costumava vender. A grande maioria dos processados é de pequenos traficantes que, eventualmente, fumam um “baseado” ou um “fininho”, e que mostra a existência de vigoroso comércio ilegal. A disseminação do mal, para a obtenção de clientes para os grandes fornecedores, ameaçando as gerações mais novas (houve um processo em que o entregador era um menino de dez anos), põe em grave perigo a sociedade e a segurança coletiva, que precisa aceitar o desafio, em termos extremos.

“Não se pode, assim, compreender, ponderou Agripino da Nóbrega (*A Justiça na Repressão ao Alcoolismo*, pág. 97), que o surto sempre crescente da toxicomania não ceda a uma reação bem articulada das forças vivas de nossa nacionalidade”.

Aplicações Vitimológicas

Depois que Mendelsohn sistematizou a problemática da Vitimologia (o que é vivamente contestado por Asúa) não se pode mais desprezar a influência da vítima na gênese do delito, numa verdadeira *co-ação*. Essa participação foi, aliás, muito bem notada por Von Henting, em trabalhos esclarecedores.

Pouco importa, no momento, seja a Vitimologia ciência autônoma ou capítulo da Criminologia, sendo certo, entretanto, que ela enriqueceu, sobremaneira, os estudos especializados, tendo por objetivo principal, como observa Edgard de Moura Bittencourt, em inteligente monografia (*Vítima*, página 38), “orientar a cominação da pena e sua aplicação ao infrator”.

É indubitável, por conseguinte, que está ela vinculada à Psicologia, como ciência da conduta.

“O problema do crime é um aspecto do mais amplo problema da conduta”, reparou Gilberto Macedo (*As Novas Diretrizes da Criminologia*, pág. 121).

Israel Drapkin, autorizado criminólogo, mostrou a importância de uma disciplina da conduta, estudada, igualmente, por Skinner, como substitutiva da repressão e orientando-se para a reeducação e preparação do homem, principalmente, em época de crise de Direito Penal, pelo incontido crescimento da criminalidade em todo o mundo, a exigir novas soluções.

Tem-se analisado a ingerência vitimal nos crimes contra a pessoa, contra a honra, contra o patrimônio e contra os costumes, mas me parece que se poderá estender esse exame a outras infrações penais, como, por exemplo, às relativas à *saúde pública* que, no dizer de Florian, “não existe a não ser como bem individual”, estando relacionada com a *incolumidade pública*, que se preocupa com a saúde coletiva.

Não resta dúvida de que o *sujeito passivo* do art. 281 é o Estado, mas pode haver *prejudicados*, que não ele, o mesmo *vítimas* susceptíveis de serem distinguidas, uma vez que a transgressão penal incide não apenas sobre a *saúde pública*, mas, secundariamente, sobre indivíduos que ingerem as drogas, os quais pela dependência psíquica ou física, em que se encontram, podem provocar mesmo, a atividade do agente, pessoa capaz, também de se converter em vítima dos próprios atos, devendo-se acrescentar que o art. 281, III (com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 5.726), pune quem, indevidamente, traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.