

9. JURISPRUDÊNCIA

9.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

9.1.1

PORTE DE DROGA PARA CONSUMO IMEDIATO. ATIPICIDADE

ALBERTO ZACHARIAS TORON

ENTORPECENTES. Posse para uso próprio. Inexistência do crime ou, de qualquer sorte, de prova indispensável à condenação. Habeas corpus deferido por falta de justa causa.

Ementa: 1. É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de Entorpecentes (Lei 6.368/76) na conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar – segundo a doutrina subjacente à lei – como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, que só se configuram em fatos que “acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas” (Hungria).

2. De qualquer sorte, conforme jurisprudência sedimentada, o exame toxicológico positivo da substância de porte vedado é elemento essencial à validade da condenação pelo crime cogitado, o que pressupõe sua apreensão na posse do agente e não de terceiro: impossível, assim, imputar a alguém a posse anterior do único cigarro de maconha que teria fumado em ocasião anterior, se só se pode apreender e submeter à perícia resíduos daquela encontrados com o outro acusado, em contexto diverso.

HC 79.189-1-SP – 1.^a T. – STF – j. 12.12.2000 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 09.03.2001.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da 1.^a T. do STF, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2000 – MOREIRA ALVES, Presidente – SEPÚLVEDA PERTENCE, relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence: Defensora Pública da União perante a Justiça Militar, a impetrante requer *habeas corpus* em favor de soldado do Exército, contra decisão do STM que – provendo recurso do Ministério Público da decisão de primeiro grau que a rejeitara – recebeu a denúncia contra ele oferecida pelo delito do art. 290 do CPM.

Esta a denúncia, oferecida contra o soldado Serinho e o paciente, soldado Bosfísio – f.:

“No dia 3 (três) de outubro de 1998 os ora denunciados, quando de serviço naquela Unidade Militar, portaram e consumiram substância entorpecente – maconha –, sendo que, em conjunto no período da tarde e somente o Sd. Serinho, no período notur-

no, ocasião em que se realizou o flagrante da prática do ilícito, pelo Sgt. Stéfano.

Segundo o apurado, os denunciados acertaram, por ocasião do almoço naquela OM, para o final da tarde, o consumo da substância entorpecente trazida para o quartel pelo Sd. Serinho. Por volta das 17 horas, do dia 03.10.1998, o Sd. Bosísio e o Sd. Serinho encontraram-se para fazer uso da substância entorpecente, próximo ao lixo do batalhão, no interior daquela Unidade Militar, e, efetivamente, portaram 'um cigarro de maconha'.

No mesmo dia, no período noturno, o Sd. Serinho, por volta das 21 horas, no desenvolvimento de sua conduta delituosa de porte de entorpecente, resolveu, novamente, fazer uso da substância proibida, próximo ao Pavilhão do Departamento de Educação Física, no interior da Unidade Militar, ocasião em que foi abordado pelo Sgt. Stéfano, que, percebendo a ocorrência do ilícito, encaminhou o Sd. Serinho para um alojamento na OM, para averiguação, sendo certo que o fato da apresentação do militar foi presenciado por outros militares que confirmaram a suspeita do Sgt. Stéfano, sendo testemunhas da lavratura do auto de prisão em flagrante.

A substância entorpecente foi objeto de exame químico sumário do Reagente de Duquenois, realizado no 2.º Batalhão de Polícia do Exército e de laudo de constatação, elaborado pelo Instituto Médico Legal/SP, nos quais se constata a natureza do entorpecente: 'Resultado: Itens A/B - Positivos para os Cannabinoides componentes da *cannabis sativa L* (maconha)'.

No auto de prisão em flagrante, os militares, ora denunciados, confessam *in totum* suas condutas, informando que consumiram a 'maconha', ou seja, trouxeram consigo, portaram a substância entorpecente para dela fazer uso.

Assim, voluntariamente os denunciados praticaram o delito de trazer consigo, ainda que para uso próprio, substância entorpecente em lugar sujeito à ad-

ministração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar."

De sua vez, aduz o acórdão questionado, na parte nuclear de sua fundamentação - f.:

"Em que pese o brilho da argumentação exposta pela eminente magistrada de 1.º grau, aliás respaldada em julgados da Justiça Comum arrolados em seu *decisum*, entendendo que, no presente caso, é de dar-se acolhida à irresignação ministerial.

Em primeiro lugar, em abono do posicionamento que ora adoto, está a circunstância de que a denúncia atribui explicitamente ao soldado Bosísio não só a conduta de consumir, como também a de portar, esta última evidentemente consentânea com a expressão 'trazer consigo', a qual, por sua vez, indubitavelmente, faz parte do núcleo do tipo penal descrito no art. 290 do CP. É o que se vê no seguinte fragmento, *in litteris*:

'No dia 3 (três) de outubro de 1998, os ora denunciados, quando de serviço naquela Unidade Militar, portaram e consumiram substância entorpecente - maconha - sendo que, em conjunto no período da tarde e somente o Sd. Serinho, no período noturno, ocasião em que se realizou o flagrante da prática de ilícito, pelo Sgt. Stéfano.'

Nesse passo, sob o ponto de vista da análise da estrutura formal da peça acusatória, nem de se falar em atipicidade, uma vez que a conduta atribuída ao Sd. Bosísio, ainda que em tese, guarda similitude com a figura penal descrita no art. 290 do CPM.

Em segundo lugar, ainda em favor da posição que neste caso assumo, está a circunstância de que o fato de não ter sido encontrada qualquer substância em poder do soldado Bosísio no momento em que testemunhou no flagrante não conduz necessariamente à conclusão de que não teria realizado a conduta que lhe foi atribuída na denúncia.

Ora, de logo, não é de se deslembra que a imputação feita ao soldado Bosísio não

diz com o momento em que foi lavrado o flagrante em desfavor do soldado Serinho, mas sim com estado de tempo anterior, quando os dois, em conjunto, fizeram uso do entorpecente.

Quanto a esse ponto, conforme retratado no fragmento já antes posto em destaque, é clara e precisa a peça acusatória ao afirmar que os dois portaram e consumiram a maconha no período da tarde, enquanto somente o soldado Serinho fê-lo à noite, quando foi surpreendido e preso em flagrante.

Desse modo, não serve a assertiva de nada ter sido encontrado em poder do soldado Bosísio, no momento de sua confissão ao testemunhar na lavratura do flagrante e em que se viu acusado pelo soldado Serinho de também ter feito uso de droga, para afastar, de plano e de forma definitiva, a proposta acusatória elaborada pelo *dominus litis*."

Replica a impetração – f.:

"... pelo fato de não ter sido encontrada nenhuma quantidade da alegada maconha em poder do Sd. Bosísio, embora tenha ele admitido que fumara, não demonstra a realidade do comportamento típico descrito na norma do art. 290 do CPM. Como bem assinalou a MM. Magistrada, em decisão fundamentada, os 'verbos fumar, usar ou consumir não constituem núcleos penais', dentre os contidos no apontado dispositivo legal.

Sobre a *quaestio*, permitimo-nos ilustrar, com espeque na orientação jurisprudencial, transcrevendo, dentre incontáveis, a ementa seguinte:

'Entorpecente. Posse. Descaracterização. Acusado que, ao ser preso, já havia feito uso da droga – conduta atípica, uma vez que não se poderá falar em 'trazer consigo' aquilo que não mais existe.

Inteligência do art. 16 da Lei 6.368/76.' (RT 673; 352.)

Nesse mesmo sentido, aliás perfeitamente amoldado ao caso da natureza do presen-

te, a própria Corte Superior Castrense também se posicionou, *verbis*:

'Rejeição parcial de denúncia oferecida contra dois soldados, portadores de *cannabis sativa* L e os demais acusados confessos usuários. *Impossibilidade de comprovação da materialidade e tipicidade em relação aos últimos, posto que no momento da revista procedida não portavam qualquer substância. Ademais, a conduta confessada pelos mesmos (ter fumado maconha em oportunidade anterior aos fatos) não está elencada no art. 290 do CPM. Manutenção da decisão recorrida. Unânime*' (destaque nosso). (Relator o eminente Min. José do Cabo Teixeira de Carvalho, RSE 61.792, publ. 20.10.1995.)

No caso vertente, ficou rigorosamente demonstrada a impossibilidade de apreensão da alegada substância entorpecente que fora consumida pelo paciente, haja vista que o dito uso se deu antes do momento do flagrante.

Como encontrar, por conseguinte, o suporte probatório mínimo da presença do requisito da justa causa, imprescindível ao legítimo exercício de ação penal condenatória, se na apuração de ilícitos relativos à legislação antitóxica a prova material (e *in casu*, remarque-se, inexistente) constitui elemento básico para a incriminação do agente?

Em verdade, no caso concreto, além de não existir um mínimo de indicação de que a substância examinada, a maconha – 2,7g (dois gramas e sete decigramas) – teria sido a usada pelo paciente, mas mesmo que fosse, ainda assim, a imputação do delito de posse de entorpecente se descaracteriza pela atipicidade de conduta, vez que ele, o paciente, já havia fumado a 'erva' e *nenhuma outra quantidade de droga portava consigo no momento do flagrante*."

Opinou pelo indeferimento da ordem o ilustre Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto, que aduziu – f.:

"... a denúncia narra dois momentos distintos: o primeiro deles caracteriza-se pelo fato dos dois agentes, em serviço na unida-

de militar, portarem e consumirem conjuntamente a substância entorpecente popularmente conhecida como maconha. O segundo momento, por sua vez, caracteriza-se pelo flagrante delito, ocasião em que apenas o soldado Serinho foi flagrado portando a droga.

Sustenta a impetrante que o fato do paciente apenas ter consumido ou usado a droga não caracteriza conduta típica, eis que fumar, usar ou consumir não constituem núcleos penais dentre os descritos pelo art. 290 do CPM. Assim, o fato de nenhuma substância entorpecente ter sido encontrada em seu poder, de forma a configurar o porte de droga, implicaria em ausência de justa causa para a ação penal.

As circunstâncias, todavia, não conduzem à afirmativa de ausência de justa causa para a ação penal.

Através do trecho da denúncia supracitada verifica-se que o Ministério Público Militar narra como delituoso o fato dos acusados portarem e consumirem substância entorpecente em local sujeito à administração militar.

Destaca-se, primeiramente, que o porte de droga integra uma das condutas típicas previstas pelo art. 290 do CP. Em segundo lugar, foi confessado pelo ora paciente, bastando conferir às f. dos autos, *verbis*: 'disse que (...) foi convidado pelo Sd. Serinho para fumar maconha próximo ao lixo do Batalhão. No local fizeram uso de um cigarro de maconha.'

Realmente, o flagrante delito ocorreu quando apenas o agente Serinho trazia consigo a droga, porém, tal circunstância não descaracteriza a condição do paciente de co-autor na prática delitiva, conforme bem destacou o Ministério Público:

'Ocorre que são co-autores, portanto, à luz da teoria monista adotada pelo art. 53 do CPM, devem responder pelo mesmo crime, pois se o Sd. Bósfio não praticou o núcleo da conduta 'trazer consigo', certa-

mente a ela aderiu com sua vontade, sendo totalmente irrelevante saber se foram presos juntos ou não. A jurisprudência citada pressupõe, portanto, conduta isolada e não co-deliqüência.' (f.)

Sendo assim, é forçoso o reconhecer a existência de justa causa para a ação penal, consubstanciada em prova mínima da materialidade e da autoria do crime."

Requisitei os autos do processo condenatório.

Deles, verifiquei:

a) que, efetivamente, só o primeiro denunciado foi preso em flagrante, ocasião em que encontrados em sua posse um pequeno embrulho de maconha e resíduos da erva no bolso do uniforme; o paciente, no auto de flagrante, foi ouvido como testemunha, ocasião em que realmente admitiu que, horas antes da prisão dele, fumara um cigarro da droga, em companhia do colega preso (apenso, f.); admissão, aliás, de que se retratou em juízo (f.);

b) que tanto a constatação provisória de cuidar-se de *cannabis sativa* realizada pelo IML na data do flagrante (f.) quanto o "exame químico toxicológico", realizado no curso do processo (f.), tiveram por objeto exclusivo o material apreendido em poder do primeiro denunciado, quando de sua prisão em flagrante.

É o relatório.

VOTO - O Exmo. Sr. Min. Sepúlveda Pertence (relator): A questão da tipicidade penal da imputação dirigida ao paciente é fascinante e tem dividido os Tribunais (cf. José Silva Jr. in Silva Franco e Stoco - *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 6. ed., RT, ns. 16.00 e 17.00, p. 1.101 *et seq.*).

De minha parte, tendo a filiar-me aos que reputam não realizado o tipo do art. 16 da Lei de Entorpecente na conduta de quem, recebendo a droga, incontinente, a consome, de modo sequer em abstrato gerar o risco de que o faça outrem: parto de ser a figura típica cogitada um delito con-

tra a saúde pública, que se insere entre os "crimes contra a incolumidade pública", é dizer – na lição do mestre Hungria (*Comentários*, 2. ed., IX/9) –, entre aqueles que "acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado número de pessoas ou coisas".

De minha parte, não hesito, pois, em subscrever o acórdão do TACrim na ApCrim 168697, da lavra do douto Silva Franco (*Leis penais especiais*..., cit., p. 1.104), que reputa "atípico o fato porque não é punível a conduta de quem usa entorpecente".

"Como observou Vicente Greco Filho (*Tóxicos*, Saraiva, 1977, p. 99)" – prossegue o aresto –, "a lei não pune e não punia o vício em si mesmo porque não tipifica a conduta de 'usar'. O que o legislador sanciona é a aquisição, guarda ou porte de entorpecentes para uso próprio, por entender que 'o viciado quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos'. No entanto, a partir do momento em que a consome, lesiona a si próprio e sua conduta não representa mais um perigo social".

À concessão da ordem, entretanto, não é indispensável enfrentar a questão polêmica de Direito Penal.

Basta inviabilizar, no caso, a ação penal contra o paciente que a maconha submetida ao "exame químico toxicológico" foi apreendida na posse exclusiva do co-réu.

Com efeito, é patente faltar justa causa para a ação penal se, desde o início, dela não pode resultar a condenação do denunciado: é hipótese – demonstrou-o Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, 2. ed., Forense, 1965, I/318, § 712), de carência da ação, por falta do interesse de agir.

É o que sucede no caso.

Dispõe a Lei 6.368/76, ao regular o procedimento criminal pelos delitos relativos a entorpecentes:

"Art. 22. (...) "

§ 1.º Para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante e do oferecimento da denúncia, no que tange à materialidade do delito, bastará laudo de constatação da natureza da substância...

(...)

Art. 25. A remessa dos autos de flagrante ou de inquérito a juízo far-se-á sem prejuízo das diligências destinadas ao esclarecimento do fato, inclusive a elaboração do exame toxicológico e, se necessário, de dependência, que serão juntados ao processo até a audiência de instrução e julgamento."

A jurisprudência – sem discrepância de relevo – tem sido de absoluto rigor no considerar o exame toxicológico de resultado positivo do material apreendido, elemento essencial à validade da condenação (cf. Dyrceu Cintra Jr. in Silva Franco e Stoco, *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*, RT, 1999, vol. 2, n. 6.01 et seq., p. 1.765).

Não logrei encontrar decisão do Supremo Tribunal destoante dessa orientação uniforme da Justiça ordinária.

No que parece ser a mais recente decisão a respeito – RE 112895, 2.ª T., Rezek, RT 621/417 –, o eminente relator demonstrou ser igualmente firme a jurisprudência do Supremo Tribunal.

Este o voto do Min. Rezek:

"Estimo pressuposto essencial da sentença condenatória, em hipóteses como a dos autos, que se produza exame adequado da substância incriminadora – o que supõe, evidente, a necessidade de se apreender a droga. No caso em debate houve apreensão, seguida do laudo próprio, de porções outras de *cannabis sativa*, encontradas na posse de terceiro que não o recorrente – porém não da substância que motivou a ação penal contra ele.

Tanto o art. 22, § 1.º, quanto o art. 25 da Lei 6.368/76 fazem segura a necessidade de se produzir laudo de exame toxicológico do material incriminador. O primeiro dis-

positivo condiciona o oferecimento da denúncia, e até a prisão em flagrante, a verificação preliminar da natureza da droga. Determina a outra norma que o laudo definitivo seja anexado ao processo até a audiência de instrução e julgamento. O exame, portanto, é assumido pela lei como elemento indispensável para apurar a identidade do material colhido, com vistas a demonstrar a realidade do comportamento típico.

A imperiosidade do laudo já foi também reconhecida nesta Turma no RHC 62.211 (RTJ 114/146), que me coube relatar. Ali apreciava-se a legitimidade de sentença precoce, lavrada antes de juntar-se aos autos o laudo de exame toxicológico definitivo. Firmou-se, então, juízo de ilegalidade quanto a esse modo de proceder, resultando anulada a sentença. Referindo-me ao laudo definitivo, pude dizer, na ementa: 'Anula-se a sentença condenatória lançada em autos carentes desse indispensável elemento de informação'.

A 1.^a T., por igual, registra acórdão em proveito da pretensão do recorrente. No RHC 60.079 (RTJ 102/1.014), relator o Min. Oscar Corrêa, proscreeu-se denúncia por tráfico à falta do laudo pericial. O relator frisou o caráter necessário da peça, tendo-a como 'comprovação que a lei considera integrante da tipificação do delito'.

Semelhante inteligência foi também matéria de debate no Plenário da Casa ao julgar-se o RHC 55.361 (RTJ 82/140). A Corte, pela voz do relator, Min. Antônio Neder, assentou que o documento pericial constitui peça 'necessária para o julgamento do réu e dispensável para sua prisão em flagrante, desde que haja elementos outros que demonstrem tratar-se de tóxico a substância encontrada'. Afirmou-se mais uma vez, portanto, ser indispensável laudo definitivo para a condenação – eis que esse exame pode ser suprido por ou-

tros elementos apenas para fins de prisão flagrante.

Certo que, na espécie, não houve apreensão da substância, afastada, assim, a possibilidade de se verificar, na forma como a lei exige, seu teor tóxico proibido, conheço do extraordinário e lhe dou provimento para absolver o recorrente, à falta de prova exigida em lei."

Do precedente se verifica claramente que – da exigência da prova pericial de cuidar-se, em concreto, de "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" –, resulta logicamente a necessidade de sua apreensão.

A apreensão da droga, contudo – escusa demonstrá-lo –, há de ser unicamente aquela efetivada em poder do acusado e não de terceiro.

Assim, no caso, nada permite afirmar – a partir da conclusão positiva da prova pericial realizada sobre o material apreendido em poder do primeiro denunciado – que de idêntica natureza e potência entorpecente fosse o cigarro que se pretende ter fumado o paciente, em contexto temporal anterior.

Embora rigorosa, a jurisprudência é sábia, tais os riscos de manipulação das provas que, por sua natureza, gera a repressão do porte de entorpecentes para uso próprio.

De tudo, defiro o *habeas corpus* para restabelecer a decisão que rejeitara a denúncia e, em consequência, trancar o processo contra o paciente: é o meu voto.

EXTRATO DE ATA – Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. 1.^a T., 12.12.2000.

Presidência do Min. Moreira Alves. Presentes à sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

COMENTÁRIOS

O acórdão em questão ostenta dois aspectos da maior importância: o primeiro, que consagra a atipicidade da conduta daquele que porta a droga para consumo imediato, reafirmando, inclusive, a idéia de que o consumo pretérito é, igualmente, atípico; o segundo relaciona-se com a impossibilidade de se lavrar condenação sem que se tenha realizado o competente exame químico-toxicológico, isto é, sem prova da materialidade do delito.

Quanto à primeira hipótese, embora não seja totalmente nova a posição assumida, o tema é da maior importância sob um duplo enfoque: é a primeira vez que o STF se posiciona sobre o assunto e de maneira a limitar o poder punitivo estatal. De resto, como bem destaca Damásio de Jesus, vários acórdãos de Tribunais de Justiça, com realce para o de São Paulo, e doutrinadores do porte de Ariosvaldo de Campos Pires, entre outros, já sustentavam a atipicidade da conduta daquele que usa a droga¹ e mais ainda no que concerne ao ato pretérito.

De fato, nos crimes relativos aos entorpecentes e especificamente no que toca ao art. 16 da Lei 6.368/76, o bem jurídico tutelado é a "incolumidade pública considerada em seu aspecto particular, concernente à saúde pública"² e, como tal, situado entre as chamadas infrações de perigo geral ou comum. Joeirando o tema, o Prof. Antonio Beristain explicita que estes tipos de delitos são "os que se referem ao público como conjunto de indivíduos, ou objetos, indeterminados; portanto, o perigo geral pode referir-se a só uma pessoa, ou coisa, mas indeterminada, como parte da coletividade"³.

Dentro desta visão – como, aliás, bem expõe a ilustre magistrada do Estado do Rio de Janeiro e depois da Justiça Militar federal, Maria Lúcia Karan –, "há que se concluir que as infrações contra a saúde pública caracterizam-se por fatos que encerram uma possibilidade de expansão de perigo, capazes, desta forma, de atingir a um número indeterminado de pessoas, ou a pessoas determinadas enquanto parte da coletividade"⁴. Noutro linguajar, poderíamos, à moda de Hassemer, dizer que se trata de crimes com "vítima difusa".⁵

(1) *Lei Antitóxicos anotada*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 69-70.

(2) Magalhães Noronha. *Direito penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1971. vol. 4, p. 64.

(3) *Cuestiones penales y criminológicas*. Madri : Reus, 1979. p. 304.

(4) "Aquisição, guarda e posse de drogas para uso pessoal – Ausência de tipicidade penal". *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, n. 1, 1991. p. 129. O mesmo assunto foi abordado em sentença que foi publicada nos *Cadernos de Advocacia Criminal*, Porto Alegre : Fabris, 1988. p. 45.

(5) *Fundamentos del derecho penal*. Trad. F. Muñoz Conde e L. A. Zapatero. Barcelona : Bosch, 1984. p. 97.

Pois bem. O usuário que adquire, guarda ou traz consigo substância entorpecente, ou que determine dependência física, tem um fim especial no agir, qual seja o uso próprio que compõe o elemento subjetivo do tipo.⁶

Nessas condições, o escólio de Magalhães Drumond, embora com olhos dirigidos ao revogado art. 281 do CP, se ajusta como uma luva para demonstração da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado pelo art. 16 da lei vigente sobre drogas. Sim, porque:

“Se o crime em causa é de perigo comum e se o que principalmente caracteriza o crime de perigo comum é a indeterminação do sujeito passivo, suposto alcançável pelo malefício qualquer pessoa, não se poderia continuar considerando criminosa a ação de quem, convencido de ter consigo ou em depósito substância entorpecente, conseguisse comprovar que assim a detivesse para uso próprio, visando e atingindo assim, só a si próprio – pessoa determinada, isto, na hipótese de se não repelir desde logo a concepção de crime na ação contra si mesmo.”⁷

É, definitivamente, inconciliável a punição de “trazer consigo”, “portar” ou “guardar” substância entorpecente, ou que determine dependência, para uso próprio com o bem jurídico tutelado, isto é, a saúde pública, máxime nos casos em que o agente, como no acórdão em comento, consumiu a droga imediatamente. Ainda que se diga que o delito é de perigo, o fato incontornável é que a conduta, tal qual tipificada, está voltada não a punir a possibilidade de expansão, mas sim, como já dito, o próprio uso. Aliás, hipóteses de expansão do perigo vamos encontrar no art. 12 do diploma em comento quando, por exemplo, se pune o guardar a droga para vender ou fornecer ainda que a título gratuito.

Ou bem se assume que se está protegendo a saúde individual e com isto interferindo no modo de ser do indivíduo, numa verdadeira reedição do direito penal de caráter,⁸ ou bem se adota uma postura despenalizadora em relação às condutas definidas no art. 16. Conquanto o acórdão em análise não chegue a tanto, é imperioso destacar, aliás, na esteira da decisão comentada, que, de fato, nossa mais abalizada doutrina afirma que “a lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo porque não tipifica a conduta de ‘usar’...”⁹ Na realidade das coisas,

(6) Celso Delmanto. *Tóxicos*. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 37. Menna Barreto assinala que “a expressão ‘para uso próprio’ define exatamente a natureza do delito” (*Estudo geral*..., 3. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1982. p. 73).

(7) *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1944. vol. IX, n. 242, p. 140.

(8) Assim o Prof. Gerson Pereira dos Santos, ex-Presidente do TJBA, “O dependente de drogas. Perspectiva vitimológica”, inserto na coletânea “Drogas. Abordagem interdisciplinar”, nos *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre : Fabris, 1990. vol. 3, p. 148, e Lamo de Espinosa: “Contra la nueva prohibición: los límites del Derecho Penal em materia de tráfico y consumo de estupefacientes”, no *Boletim de Información*, do Ministério da Justiça espanhol, n. 1.303, p. 12.

(9) Este é o escólio do Prof. Vicente Greco Filho no seu *Tóxicos*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 110.

porém, não é bem assim. Tanto que se o usuário for surpreendido em plena prática, isto é, “fumando” ou “cheirando” e remanescer parte da droga suscetível de exame toxicológico, poderá configurar-se o crime previsto no art. 16 da Lei 6.368, de 21.10.1976. Menna Barreto, um dos elaboradores da lei em vigor, lembra que “nenhuma dessas ações está apartada de previsão legal. Apenas é preciso que no momento da utilização do tóxico se comprove a materialidade do crime”.¹⁰

Dizer, porém, que o uso de drogas não é punido soa, quando menos, estranho porque todas as condutas que possibilitam esta prática (adquirir, guardar ou trazer consigo) são incriminadas. Com efeito, se o usuário para consumir o entorpecente deve, em algum momento, detê-lo e essa detenção constitui crime, é evidente que o uso, ainda que por via oblíqua, é punido. Afirmar o contrário é sofismar.

A exclusão do “usar” como conduta típica deve-se menos a não punição do vício em si, já que o consumidor (para usar uma expressão em voga), se dependente, estará isento de pena por força do art. 19 da Lei de Tóxicos, do que à desnecessidade de catalogar esta conduta entre as puníveis. E isto, frise-se, tanto pela eventual ausência de materialidade (Menna Barreto) como pela circunstância de que o adquirir, guardar ou trazer consigo se encontra incriminado. O certo, sem embargo, como preleciona Soler, é que “... castigar o possuidor em tais casos constitui uma forma velada de castigar o vício...”.¹¹

Se, de fato, houvesse alguma coerência na asserção de que a lei não pune o vício em si mesmo (aqui não identificado com a situação de dependência), este raciocínio deveria estender-se, sem limitações, àquele que porta, guarda ou traz consigo a droga para uso próprio. Como lembra o Prof. Pietro Rodriguez no seu valoroso trabalho de doutoramento junto à Universidade Complutense de Madri, ao falar do princípio de impunidade do consumidor:

“Uns escasos instantes – os necessários para consumir a droga – não podem justificar a incriminação da posse exterior da droga pelo toxicômano ou consumidor (vale dizer, a posse da droga antes de ser consumida), por um lado, e a impunidade da posse interna (depois que a droga já tenha sido consumida), por outro.”

E, com apoio em Martins Burgos, conclui:

“Proclamada a impunidade do consumidor, não se pode pretender isolar um momento do processo da toxicomania – o da posse prévia à ingestão – para constituir com ela uma entidade delitiva autônoma.”¹²

(10) *Estudo geral da nova Lei de Tóxicos*, op. cit., p. 74. Neste sentido o julgado inserto na *RJTJSP* 118/528. Há, porém, decisão do TJMS admitindo a punição do uso (*RT* 570/386). Na mesma linha o voto vencido na *ApCrim* 8164-3 (TJSP), na *RJTJSP* 74/345.

(11) *Derecho penal argentino*. 2. ed. Buenos Aires : TEA, 1951. vol. IV, § 129, p. 614.

(12) *El delito de tráfico y el consumo de drogas*. Barcelona : Bosch, 1986. p. 225. Marino Barbero Santos, reportando-se às decisões do Tribunal Supremo espanhol (Corte de configuração semelhante ao nosso STJ), afirma que a impunidade da posse para uso próprio é a “consequência lógica de não se sancionar seu consumo” (cf. “El fenómeno

É fácil perceber que incriminando as condutas que antecedem o uso de tóxicos, afora a hipótese de dependência pericialmente comprovada, pune-se não apenas "o perigo social que representa a sua detenção ilegal",¹³ mas o consumo propriamente dito. De qualquer modo, o acórdão da lavra do Min. Sepúlveda Pertence representa um passo importante na linha da limitação do poder punitivo estatal, sobretudo em matéria sujeita a tantos abusos.

Já no que concerne à exigência de apreensão e perícia da droga encontrada com o acusado, as considerações do acórdão são, por si sós, suficientes à percepção da insegurança que se teria, caso fosse admitida a tese contrária, isto é, a validade da perícia realizada na droga encontrada com outro acusado para se condenar outra pessoa, no caso do julgado, o paciente. Tanto é assim que, em situação na qual vários usuários são surpreendidos, cada qual com sua porção de droga, é fundamental que a perícia seja feita de forma individualizada de modo a se positivar a potencialidade lesiva da substância apreendida com cada acusado (RJTJESP-Lex, 98/479).

Com a possibilidade de manipulação das provas, como bem refere o acórdão, os cidadãos poderiam ficar à mercê de toda sorte de ocorrências em matéria de espúrias perseguições e verdadeiras extorsões. Daí que a prova da materialidade nestes casos não pode ser suprida pela testemunhal (RT 549/352) nem pela confissão do co-réu (RTJ 82/143 e 88/104 e TJSP, RT 687/290), segundo a precisa anotação do já citado Prof. Damásio de Jesus.¹⁴

de la droga en España. Aspectos penales". *Doctrina Penal*, Bueno Aires : Depalma, 1987, ns. 37 a 46, p. 14.

(13) Greco Filho. *Tóxicos*, op. cit., p. 111 e 113.

(14) *Lei Antitóxicos comentada*, op. cit., p. 113.