

2.2.7 ENTORPECENTE

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.779

PARECER Nº 411/86 — PJ-14

EMENTA: Tóxico. Uso por presidiário. Pequena quantidade. Testemunho de Agentes Penitenciários. Confissão.

— A inexigibilidade de conduta diversa, elemento excludente da culpabilidade, só constitui causa dirimente quando o usuário é reconhecidamente dependente e se encontra internado em estabelecimento inadequado ao seu tratamento, pois só através deste é que haveria possibilidade de se inibir do vício ou da dependência e, em consequência, ser exigido dele conduta adequada.

— A pequena quantidade da erva apreendida não é causa excludente do crime e tem como consequência apenas a presunção de destinar-se ao uso.

— Se não fosse válido o testemunho de agentes penitenciários, estariam eles impossibilitados de efetivar prisão em flagrante quando os fatos delituosos fossem somente por eles presenciados; além do mais, tais depoimentos foram corroborados pela confissão do réu, tanto na fase inquisitorial quanto na judicial.

Por infração ao artigo 16 c/c o 18, inciso IV, da Lei nº 6.368/76 — Lei Antitóxicos — o apelante se viu condenado a doze meses de detenção e multa.

Inconformado, recorreu, estribando suas razões nos seguintes fatos:

1. Pequena quantidade da erva — *cannabis sativa linneu* — encontrada em poder do apelante, apenas um grama, no interior do estabelecimento prisional onde se encontrava detido — Núcleo de Custódia de Brasília;

2. Condenação fundamentada em prova testemunhal advinda de agentes penitenciários — policiais.

PARECER

A quantidade da erva daninha apreendida — auto de fl. 12 e laudo de fl. 7 — não leva à atipicidade ou a qualquer excludente.

Inexiste ressalva sobre a quantidade de substância entorpecente apta ao crime; e, onde falta a distinção, ao intérprete não compete fazê-la.

Tal aspecto fático já foi bem examinado na sentença — à fl. 46 —, nas contra-razões recursais do Ministério Público — fls. 56/57 — que se torna despiciente repeti-lo.

Quanto ao local onde o apelante se viu flagrado — interior de presídio — a jurisprudência desta Eg. Turma se firmou no sentido de não constituir crime o uso, naqueles lugares, de substâncias entorpecentes, pelos detentos, pois a culpa é exclusivamente do Estado que não manteve a vigilância devida.

O fundamento jurídico — inexigibilidade de conduta diversa — tem, ainda, aparecido, nos diversos acórdãos, de forma divergente, em sua colocação dentro do instituto da Dogmática Jurídico-Penal.

Por entender o Ministério Público que a questão é de ordem pública, peço vênia para prequestionar a sua relevância, através dos argumentos a seguir expendidos:

1º) Na aplicação da lei penal, vigora, como regra, o princípio da territorialidade que, nos termos do artigo 5º do Cód. Penal, faz incidir a lei brasileira a todos os crimes cometidos no território nacional, físico ou jurídico.

As exceções decorrem das convenções, tratados e regras de direito internacional.

As imunidades existentes são atinentes a pessoas, diplomatas e parlamentares e não a lugares, pois nem mesmo os territórios das embaixadas são isentos, quando se sabe que as pessoas não portadoras de

representação diplomática estão sujeitas à lei do nosso país, se ali vierem a cometer fatos típicos.

Além do mais, o não considerar como ação delituosa o uso de entorpecentes no interior dos presídios poderia levar a interpretações analógicas de vez que, pelas mesmas razões, o Estado deveria exercer vigilância impeditiva sobre todas as demais ações incriminadas com vistas a impedi-las.

Por exemplo, o homicídio que lá viesse a ocorrer se sujeitaria à mesma interpretação permissiva, diante do conhecido aforismo: “As mesmas situações de fato devem comportar as mesmas situações jurídicas” ou, como expressou Magalhães Noronha, “É inócua que se aplique soluções diversas a casos idênticos”.

Daí a relevância da questão, determinada pelo interesse público da controvérsia.

2º) A omissão caracterizadora da culpa **in vigilando** do Estado, **in casu**, diante da sua reconhecida inoperância, mormente em razão da permissibilidade legal de os custodiados receberem suas visitas, proibidas de serem sujeitas a buscas em partes internas recônditas, onde, em regra, se localizam as ervas proibidas, jamais pode ser causa compensatória, principalmente porque, em Direito Penal, não há compensação de culpas, quanto mais de culpa com o dolo, este elemento subjetivo presente nos que fazem uso da droga proibida.

3º) Além do mais, o fato que tem propiciado o reconhecimento da excludente, em decisões outras, está legalmente previsto, no inciso IV do art. 18 da Lei Antitóxicos, exatamente como causa especial de agravamento da pena, ou, mais tecnicamente, como circunstância especial de aumento da pena.

Disto emerge não somente a negativa da norma como ainda a pretoriana criação de entendimento em sentido antagônico a ela.

Por outro lado, as próprias decisões desta Egrégia Turma, em casos análogos, não chegaram a uma conclusão consentânea.

No julgamento da Apelação de nº 7.277, cuja ementa fora publicada no DJ de 14-4-86, pág. 5.569, reconheceu-se que o fato não constitui crime.

Da mesma forma, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 665, com ementa publicada no DJ de 25-10-85, onde consta: não pode constituir crime.

Logo, em ambos incidiu, como fundamento jurídico, uma exclusão de ilicitude, antijuridicidade ou criminalidade.

Já nas Apelações Criminais de nºs 6.861 e 7.178, ementas respectivas nos DJs de 23-9-85 e 29-5-86, outra foi a excludente reconhecida, a da culpabilidade, uma vez que o fundamento absolutório admitido foi a inexigibilidade de conduta diversa e esta dirimente é causa excludente da culpabilidade.

Este elemento do crime ou, como querem alguns doutrinadores, pressuposto de aplicação da pena, é hoje tido como reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, não a havendo, a culpabilidade, quando o agente delituoso age sem a potencial consciência da ilicitude ou quando não lhe é possível a exigibilidade de conduta diversa, como elementos necessários à culpabilidade pois a ela pertencentes.

Resta verificar em que circunstâncias fáticas pode, no caso em apreço, ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente do referido elemento da culpabilidade, o que leva à exclusão desta.

Nos casos de uso de substâncias entorpecentes ou que causem dependência, por presidiários, nos lindes dos presídios, a aplicação da “dirimente” citada se justifica só quando o usuário for comprovadamente dependente da droga.

Isto porque o agente, nessas circunstâncias, deveria ser encaminhado ao regime de internação hospitalar ou ao tratamento clínico adequado extra-hospitalar, nos moldes do previsto no artigo 9º e nos termos do artigo 10 da Lei nº 6.368/76.

Se assim não for procedido, ou seja, se o Estado destinar o agente dependente para local inadequado, a força do vício ou da dependência, não inibida por falta de tratamento apropriado, o levará fatalmente ao incontrolável impulso de rogar pela droga, adquiri-la e usá-la no seu confinamento.

Aí sim, emergiria a falta de culpabilidade porque inexistiriam condições para ser exigido do detento dependente um comportamento diverso do que tivera.

No caso em pauta, o exame toxicológico clínico do apelante foi normal — fl. 35 — e o próprio confessou “que não tem problemas quando não fuma maconha, nada sentindo de anormal, pelo que se vê não ser dependente da maconha” (fl. 37, verso — no interrogatório).

Logo, se o apelante não é viciado e nem dependente, sem problemas quando da abstenção do uso de entorpecentes, a ele seria exigido comportamento de acordo com a norma ou com o direito, e não diverso.

Assim, não pode incidir, *in casu*, a inexigibilidade de conduta diversa como excludentes do mencionado elemento da culpabilidade.

Quanto à alegação de que a condenação proveio do testemunho policial, é irrelevante, diante das confissões do apelante, na fase inquisitorial e na judicial.

Se os depoimentos de agentes policiais não possuísem validade probatória, os réus jamais poderiam ser presos se aqueles fossem as únicas testemunhas presentes ao flagrante.

Diante do exposto, a conclusão é no sentido de ser denegado provimento ao recurso, tempestivamente interposto.

Brasília, 16 de junho de 1986 — **Everards Mota e Matos**, Procurador de Justiça.