

## TOXICOS

PROTOCOLO N.º 19.931

14.ª VARA CRIMINAL

### PROMOÇÃO

*Tóxicos. Cassação da Fiança. Aspectos diversos da Lei n.º 6.368, de 21-10-76.*

MM. Dr. Juiz,

1. As avessas da concepção da autoridade policial, firmada em seu despacho de fls. 4, não se enquadra a hipótese ora estudada no art. 16 da Lei n.º 6.368, de 21-10-1976, mas em seu art. 12, haja visto entender o Órgão Fiscal que o indiciado J. C. L. F., anteriormente "preso e processado" por motivo desconhecido (fls. 3v.), não imprime ao fato qualquer justificativa que autorize a aceitação, de plano, de que a **variedade** de tóxicos se destinasse ao **uso próprio**.

2. Não indagado acerca da **prisão** e do processo, esclarecimento que se impunha na ocasião da lavratura do auto de fls. 3/3v., nada mais, nada menos, trazia consigo um **cartucho** de "maconha", pesando 3,90 gr., e 0,30 gr de cloridrato de cocaína, dentro de um papelote, em consonância com o estabelecido no auto de apresentação e apreensão, de fls. 2, e no laudo prévio fornecido pelo Instituto Carlos Ebofi (fls. 7).

3. Também a **diversidade** das drogas vale para repelir a admissão do **uso próprio**, porquanto, em regra, não se servem os **usuários** de substâncias de natureza **diferente**, mas **idêntica**.

4. Alucinogênica, aquinhoada de potencialidade tóxica, como se costuma proclamar, representa a "maconha", quase sistematicamente, o primeiro passo na escalada do vício, a despeito de nem sempre se desencadear a gradação do uso de entorpecentes.

5. Surpreendido próximo do Morro da Mangueira em franca atividade delituosa, à época da revista e conseqüente prisão em flagrante, **nenhuma** explicação para o evento soube dar aos policiais militares, fazendo-o **tardamente**, no interior da 17.ª Delegacia Policial, e ainda que se pudesse conceber como "pouca" a quantidade de substâncias entorpecentes (?!), de acordo com o verberado despacho de fls. 4, essa mesmíssima quantidade não afastaria o delito apontado pela Promotoria de Justiça, pois, sem contestação, pode ser interpretada a título de **residual de porção maior já traficada**.

6. Quando não, em contrapartida, sabe-se que só excepcionalmente os que se entregam ao comércio de tóxicos os trazem em profusão, preferindo **ocultá-los** nas imediações do local da venda, inspirados por elementar cautela, com o que **impedem** ou **tumultuam a arrecadação da parte restante**.

7. É o que também acontece com os bens advindos das transações, ou "transas", na gíria dos malandros, donde, **permissa venia**, o engano contido nos julgados que condicionam o reconhecimento do comércio ao **montante** dos valores encontrados na posse do agente.

8. Logo, sem que se positive justificação **séria, verossímil, convincente, isenta de incerteza**, não teria cabimento abrigar-se, com ingenuidade, a palavra dos **supostos** usuários, conservando-se aberta a VALVULA DE ESCAPE legalmente consagrada...

9. De tudo, a conclusão de que a erva e a cocaína apreendidas em poder do indiciado eram fadadas ao **comércio**.

10. A desclassificação **in melius** da infração penal e o arbitramento da fiança deveriam ocorrer **unicamente** na Justiça, depois da tomada de eventuais providências elucidativas e percuciente análise do elenco probatório, em homenagem ao próprio **espírito da lei**, bastante imperfeita sob esse aspecto, inobstante as ponderações do eminente Juiz MENNA BARRETO, ao discorrer sobre a matéria:

"Dá-se à polícia, principalmente, a oportunidade de valorizar a sua missão, muitas vezes mal compreendida. Serão os argumentos lançados no despacho de classificação do crime, a melhor forma de a autoridade justificar a sua convicção e explicar as razões dos seus juízos de valor, sem o risco de sofrer invectivas de arbitrariedade ou interesses escusos. É claro que ao Ministério Público e ao juiz caberão alterar a classificação do fato, mas, para fazê-lo, terão, da mesma forma, que justificar o seu entendimento com argumentos que se sobreponham aos da autoridade processante inicial" (**Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos**, Editora Rio, 1976, pág. 147).

11. Difere a **teoria da prática**, e, de maneira intuitiva, não se pode atinar como a autoridade policial, ao primeiro exame, à mínima de investigação mais arraigada, premida pela escassez do tempo e por melhor intencionada que esteja, tenha realmente aptidão para distinguir, **de pronto**, o **tráfico do uso** e, no último caso, conceder fiança, o que, insista-se, deveria passar, com exclusividade, à competência do Juízo Criminal, ouvido, antes, o **representante do Ministério Público**.

12. Grave erro que se vem generalizando, dia a dia, em detrimento da correta aplicação da lei, é a vinculação do **tráfico** ou **comércio** de entorpecentes a retribuições monetárias ou quaisquer outras vantagens, porque a **ilicitude da ação independe de lucro ou proveito**.

13. Assim, apregoe-se que a difusão de entorpecentes, conquanto **gratuita** e em **diminuta escala**, igualmente se integra no amplo conceito de **tráfico** e, desde que **identificada**, a **maior ou menor potencialidade da droga é indiferente ao aprimoramento do delito**:

“Não há que falar em potencialidade da substância, uma vez que a perícia comprova que se trata de entorpecente” (Acórdão unânime da 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 11.10.1965, na apelação criminal n.º 47.191, relator Desembargador ALBERTO MOURÃO RUSSEL, in **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**, ano IV, 1965, n.º 11, pág. 353).

14. A par disso, na hipótese de “maconha”, “se apresentado o laudo pelos peritos, a defesa insinua ou afirma que a toxidez da erva desapareceu pela ação do tempo, cabe-lhe o ônus da prova mediante perícia suplementar requerida oportunamente” (Acórdão unânime da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 3.6.1965, na apelação criminal n.º 46.434, relator Desembargador ROBERTO MEDEIROS, in cit. **Revista**, ano IV, 1967, n.º 14, págs. 321/322).

15. Questão jurídica de grande alcance e nem sempre adequadamente compreendida, em prejuízo da atuação policial e observância da própria lei, é a do **flagrante preparado**, presente a figura do **agente provocador**.

16. Divulgue-se, aqui, o irrepreensível ensinamento de MENNA BARRETO:

“Ao contrário do que sucede nos Estados Unidos, onde é ilícito à polícia, mediante aquisição de repetidas drogas junto aos traficantes, lograr efetuar a sua prisão, no Brasil a Justiça não reconhece legitimidade a essa atuação, considerando-a espúria e incitadora do próprio crime que, sem ela não teria ocorrido. É claro que nos referimos à verdadeira provocação e não à expectativa policial a um fato delituoso que porventura tenha tido notícia antecipada, pois, aí estaríamos diante de uma ação re-

pressiva, reconhecida como lícita pela chamada teoria da adesão, a cuja aplicação não se tem feito restrições.

Contudo, mesmo em se tratando de preparação do flagrante, e ainda que reconhecida a ilegitimidade do fato objetivo gerador da prisão — os delitos de mera conduta, como aqueles já exemplificados, não podem deixar de ser reconhecidos.

Assim, na hipótese de o policial iludir o vendedor da droga, fazendo-se passar por dependente e receber dele o tóxico mediante pagamento ou não, é óbvio que não terá havido o crime de vender, fornecer ou entregar a substância a consumo, porém o delito de posse, guarda ou depósito já se terá consumado e exaurido, justificando-se pois, o flagrante" (**Op. cit.**, pág. 84).

17. Em realidade, como já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, à unanimidade de votos e em sessão plenária, "não se aplica a Súmula 145 quando a preparação do flagrante ocorre depois da consumação do delito, e visa apenas à produção da prova deste" (Acórdão de 17.12.1975, no recurso de **habeas corpus** n.º 54.077, do Rio Grande do Sul, relator Ministro MOREIRA ALVES, in **Revista Trimestral de Jurisprudência**, volume 77. (pp. 1-358), julho, 1976, pág. 134).

18. Atente-se, outrossim, para a circunstância de que em algumas situações, nem ao menos são exigidos a **apreensão** e o posterior **exame pericial** da substância que determine dependência física ou psíquica, conforme manifestação do Pretório Excelso, e **data venia**, o perigoso precedente que se estabelece, em tempo não remoto, objetiva o comércio de drogas e merece reflexão, pelo rigor ou severidade com que passa a encerrar aquelas situações, servindo até de penetrante advertência:

"EMENTA. **Habeas corpus**. Venda, continuada, de maconha. Competência do lugar onde se exerceu a atividade delituosa. Desnecessidade do exame de corpo de delito, quando consumido o entorpecente. Suprimento da falta por prova testemunhal (art. 167 do Código de Processo Penal). Arguição de insuficiência da prova. Matéria cujo reexame não cabe no âmbito do **habeas corpus**" (Acórdão unânime da Segunda Turma, de 10 de dezembro de 1976, no recurso **habeas corpus** n.º 54.923, do Paraná, relator Ministro LEITÃO DE ABREU, in **Boletim Informativo da Procuradoria-Geral da Justiça**, ano 1977, abril/junho, n.º 11, pág. 476).

19. Com o devido respeito, para que se tenha patente o arrojo do venerando acórdão, registrarei acontecimentos por mim diretamente averiguados, no exercício da Promotoria, quando dois indivíduos foram presos em flagrante, sob incriminação de tráfico, por terem em depósito "maconha" e cloridrato de cocaína.

20. Alertada a Polícia, sucederam-se as diligências que culminaram com as suas prisões, além da simultânea apreensão do material.

21. Segundo os depoimentos das **testemunhas** arroladas pelo Ministério Público, coerentes e uniformes, eram os acusados useiros e vezeiros no comércio de drogas, e as ações penais tiveram curso nas 14.<sup>a</sup> e 15.<sup>a</sup> Varas Criminais do então Estado da Guanabara.

22. Chegando a Juízo os laudos periciais, evidenciou-se que os espertalhões não transacionavam com "maconha" e cocaína, mas substâncias **inócuas à saúde pública**, diante da comprovada ausência de toxidez. Desprovidas de **potencialidade**, jamais poderiam legitimar a caracterização do crime narrado na denúncia.

23. Nos moldes dos exames efetuados, nessas substâncias identificaram os técnicos do antigo Instituto de Criminalística, hoje Carlos Éboli, uma composição de sal, maizena e alvaiade, até então tida pelos leigos como "cocaína", e alfafa, planta forraginosa da família das leguminosas, levada em atenção à guisa de "maconha"...

24. Enfatizados os riscos que resultam da possibilidade do **suprimento da falta de exame de corpo de delito** pela **prova testemunhal**, como traduzem os exemplos acima fornecidos, pondere-se que igualmente credoras de reparo são as decisões judiciais que relacionam a **validade** ou **isenção** da prova acusatória com depoimentos de pessoas **estranhas aos quadros policiais**, porque "o fato de ser a testemunha funcionário da polícia não basta, por si só, para afastar do seu depoimento a credibilidade, pois além de nenhuma disposição impedir que deponha, tem a favor de sua credibilidade, a idoneidade que lhe advém da função pública que exerce" (Acórdão unânime da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 2.5.1963, no Recurso Criminal n.º 5.851, relator Desembargador JOAQUIM DIDIER FILHO, in **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**, ano III, 1964, n.º 6, pág. 375).

25. Com efeito, "a declaração de inidoneidade é específica e não genérica, não podendo abranger toda uma categoria de pessoas" (Ac. un. da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 27.12.1962, na ap. crim. 40.520, rel. Desembargador ROBERTO MEDEIROS, in **cit. Revista de Jurispru-**

**dência**, ano II, 1963, n.º 5, pág. 379), e "as pessoas do povo, em geral, fogem ao dever de servirem como testemunhas, pelos incômodos que os mesmos lhes acarretam" (Acórdão unânime da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, de 21.3.1966, na apelação criminal n.º 703, relator Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, in **Arquivos do Tribunal de Alçada (ATA)**, ano I, 1968, n.º III, pág. 19).

26. Quando tal não ocorresse, ter-se-ia em vista o **temor** infundido pelos que, dotados de elevada **dose de perigosidade**, se envolvem, no **comércio de substâncias entorpecentes**.

27. Surpreendidos e desmacarados, durante as diligências, enfrentam a tiros os policiais que deles se aproximam e não hesitam em matar, com idêntica frieza, os que porventura se atrevem a prestar colaboração às autoridades e seus agentes na repressão a infrações de semelhante jaez. E sobre essa verdade não se pode silenciar, esquecendo-se, **ingratamente**, os que tomaram no cumprimento do dever, em defesa da Sociedade, da Lei e da Justiça.

28. Na eventualidade de falseamento ou deturpação dos episódios de que tenham participado, prevê a lei penal as sanções cabíveis, sabidamente pesadas, e em abono do raciocínio do Ministério Público, quando a prova se restringe aos depoimentos de **policiais**, invoque-se, para finalizar, o seguinte acórdão unânime, da lavra do Desembargador FERNANDES PINHEIRO:

"Subversiva a tese do Dr. Juiz, qual a de negar idoneidade à prova consistente nos depoimentos dos executores da diligência, porque, longe de retirar-lhes essa idoneidade, reforça-a a qualidade dos depoentes. Nega da fé às declarações das autoridades e seus agentes quanto aos atos que praticarem, dificultada será a prova desses atos e admitir-se-á, como verdade, o absurdo do sacrifício da credibilidade que tais declarações devem merecer por partirem de funcionários incumbidos da repressão" (Acórdão unânime da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 25.5.1964, na apelação criminal n.º 44.019).

29. Conservou-se, na nova lei, o princípio da **norma penal em branco**, pois, exclusivamente, "serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde" (art. 36), e o Serviço "deverá rever, sempre que as circunstâncias assim o exigirem, as relações a que se refere este artigo, para o fim da exclusão ou inclusão de novas substâncias" (art. 36, parágrafo único).

30. Nessas condições, mantém-se o preceito completado por disposições legais ou regulamentares e, anteriormente, opondo-se à regra, destarte se externou o douto Professor HELENO CLAUDIO FRAGOSO, com veemência, em comentários ao disposto no artigo 281 do Código Penal:

“São graves e sérios os defeitos de nossa lei penal nesse passo. Não nos parece, contudo, que o intérprete possa corrigi-los. Não é possível em nosso direito configurar-se o delito se a substância entorpecente não estiver prevista no catálogo legal. O art. 281 do Código Penal é norma penal em branco. Todas as ações que a lei incrimina somente configurarão o delito se forem praticadas “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar.” Não há disposição legal que cuide de autorização especial para fabricação, distribuição e consumo de substâncias entorpecentes não previstas em lei. Em conseqüência, não é possível praticar o delito em relação a substâncias não previstas, o que é deplorável. Devemos resistir a uma interpretação progressiva, que viola o texto legal. A repressão eficiente ao crime deve fundar-se na lei e não fora dela” (**Lições de Direito Penal**, 3.<sup>o</sup> volume, Parte Especial, 2.<sup>a</sup> edição, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1965, n.<sup>o</sup> 809, pág. 893).

31. Pisa-se em terreno **controvertido**, mesma nos domínios da jurisprudência, outrora vacilante, mas inteira razão assiste a MENNA BARRETO, quando assim valoriza o critério adotado pelo legislador:

“A eventualidade do uso ou tráfico de substância ainda não catalogada, deixar o agente sem punição, diante do princípio da anterioridade da lei penal, não deve preocupar. Entre a ocorrência desse evento e a possibilidade de alguém, ao contrário, ser processado e sofrer condenação por usar droga considerada ilegal por determinado perito e, posteriormente, o órgão oficial do Ministério da Saúde desconsiderá-lo como tal — a primeira hipótese surge como preferível, até porque, em face da instauração do inquérito que revelaria a potencialidade tóxica da substância, pelo exame pericial, o Serviço competente passaria a incluí-lo na sua relação. De sorte que a absolvição de um criminoso, nessas circunstâncias, além de proporcionar o fechamento da brecha a outras transgressões similares, seria sempre mais aceitável do que a condenação de um inocente” (**Op. cit.**, pág. 146).

32. De qualquer forma, ainda que dignos de meditação os argumentos conflitantes, urge o incondicional acatamento à lei, passível, é certo, de futuras alterações, que visem ao seu aprimoramento, a exemplo das aventadas pelo Órgão Fiscal (v. itens 10/11).

33. Profundo desacerto é encarar-se a delinqüência com o abrandamento das normas repressivas e punitivas, quando, ao revés, caberia a adoção de enérgicas medidas, e se a criminalidade se alastra, **desenfreadamente**, nos últimos tempos, não se poderia calar a Promotoria de Justiça, em abjeta posição de **conformismo**, máxime em face de Lei n.º 6.416, de 24.5.977, que tanto vem contribuindo para a **impunidade** de situações que estariam a reclamar, nunca a benevolência do legislador, e sim o fornecimento de meios que melhor garantissem a **contenção do crime**.

34. **Legalmente**, acham-se os infratores sobremaneira favorecidos, relega-se a Sociedade à permanente intranqüilidade e desarma-se a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário, como se o decantado "esvaziamento das prisões" fosse o ideal para a solução do impasse. Há imperiosa urgência na coligação de esforços que permitam o reexame da questionada lei, de funestas conseqüências.

35. Ora, como já tive o ensejo de sustentar, em estudo doutrinário, "vingue a lembrança de que se vislumbra, a cada passo, o esmorecimento da repressão, nos mais variados setores, assumindo mesmo proporções de calamidade quando, em prêmio à delinqüência e com penas a serem cumpridas "sob regime de semiliberdade e confiança", culmina-se com a definitiva consagração das "prisões abertas", malgrado, entre tantos outros malefícios, não se disponha, até hoje, de adequados e imprescindíveis meios de readaptação social dos delinqüentes e defronte da absoluta precariedade da aparelhagem policial na recaptura de criminosos fugitivos. Quando não, em contrapartida, para muitos, com premeditada vulneração das leis penais, preferível seria viver sob o auspicioso, **aconchego** das "prisões abertas" (MARIO PORTUGAL FERNANDES PINHEIRO, **Estudos de Direito Penal**, I, Rio de Janeiro, 1975, pág. 104).

36. Superficialmente fundamentado está o despacho da autoridade policial, de fls. 4, tendo sido arbitrada a fiança **abaixo** de seu limite **mínimo**, porque **desobedecido** o disposto no art. 30, § 2.º, da Lei 6.368, de 21.10.1976, que cogita da aplicação do "coeficiente de atualização monetária referido no parágrafo único do art. 2.º da Lei 6.205, de 29 de abril de 1975."

37. POSTO ISSO, antes de providenciar a **cassação da fiança** e resultante expedição dos **mandados de prisão**, requeiro a baixa à Delegacia originária a fim de que o Sr. Escrivão proceda a juntada do laudo pericial do Instituto Carlos Éboli, da folha de antecedentes penais e das peças ligadas ao Instituto Nacional de



Identificação, promovendo o Dr. Delegado as retificações e comunicações pertinentes à desclassificação do evento delituoso, nos precisos termos do item inicial (Lei 6.368, de 21-10-1976, art. 37, parágrafo único).

38. Colham-se ocasionais informações a propósito de atividades criminosas do indiciado J.C.L.F., nas redondezas do local em que foi preso em flagrante, robustecendo-se, assim, ainda mais, a convicção referente ao tráfico de drogas.

39. Para que as ilustres autoridades policiais colaborem com a Justiça e recebam urgentes instruções de caráter administrativo, especialmente em torno das **concessões de fiança**, que não podem ser arbitradas com as **liberalidades** que se tem verificado em algumas Delegacias, convém que a devolução dos autos se realize através do Departamento Geral de Polícia Civil, sem embargo de encaminhar o Departamento uma cópia desta cota promocional ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Segurança Pública, em caso de deferimento.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 1977.

MARIO PORTUGAL FERNANDES PINHEIRO

Promotor de Justiça

(Primeira Categoria)

Titular da 14.<sup>a</sup> Vara Criminal