

SENTENÇA

Vistos, etc.

O órgão do Ministério Público Militar em exercício nesta 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar propôs ação penal contra o SD.EX ..., servindo no 57º Batalhão de Infantaria Motorizado, atribuindo-lhe a prática do delito previsto no artigo 290 do Código Penal Militar, pelos fatos assim narrados na denúncia:

“No dia vinte e seis de setembro de 1995, mais ou menos às 24 horas, o denunciado foi preso, em flagrante, pelo AL CFST WALMIR LOPES CAMPOS, na entrada de sua unidade, portando um pequeno saco plástico, do tipo ‘sacolê’, contendo 0,6g (seis decigramas) de um pó branco que se constatou, posteriormente, tratar-se de cloridrato de cocaína, conforme laudo prévio de fls.20.

O denunciado, na ocasião, tentou fugir ao flagrante, empurrando o seu captor sobre o Sargento Moura e correu, sendo perseguido pelo AL CFST WALMIR LOPES CAMPOS, que gritou para que parasse e fez um disparo para o alto, de advertência, sem que se interrompesse a fuga, o que determinou o segundo tiro, que atingiu o fugitivo na perna, frustrando sua tentativa.”

A denúncia, instruída com inquérito policial militar, iniciado através de auto de prisão em flagrante que se encontra às folhas 25 a 28, constando laudo prévio à folha 41, foi recebida em 05 de outubro de 1996, conforme decisão de folha 57, operando-se arquivamento implícito em relação ao outro indiciado no inquérito policial militar

....

Regularmente citado (folha 62), foi o réu qualificado e interrogado, prestando as declarações constantes de folhas 66 a 67, sendo nomeado órgão da Defensoria Pública para exercer a defesa.

Às folhas 64 verso, 186 e 187 constam certidões dos compromissos prestados pelos integrantes dos Conselhos Permanentes de Justiça para o Exército.

Nada requereram as partes no prazo dos artigos 407 e 408 do Código de Processo Penal Militar.

Foram inquiridas as quatro testemunhas arroladas pelo órgão do Ministério Público Militar (folhas 68/69, 70, 95/97 e 98).

Acolhendo requerimento da Defesa, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército proferiu decisão concedendo liberdade provisória ao réu, decisão esta que se encontra à folhas 112/115. Expedido alvará de soltura, foi cumprido em 19 de outubro de 1995, conforme se verifica à folha 117.

A única testemunha arrolada pela Defesa foi então ouvida, estando seu depoimento às folhas 140 e 141.

Vieram aos autos folha de antecedentes criminais, laudo de lesões corporais, folha de alterações e laudo de exame de entorpecentes, documentos estes que se encontram, respectivamente, às folhas 77, 80/81, 82/83 e 125.

Tendo vista dos autos, nos termos do artigo 427 do Código de Processo Penal Militar, o órgão do Ministério Público Militar nada requereu. A Defesa juntou documentos e requereu a realização de laudo complementar de lesões (fls.146/149), desistindo, posteriormente, de tal requerimento (folha 169 verso). O laudo requerido, de todo modo, veio às folhas 191 e 192, tendo as partes ciência, conforme manifestações constantes de folha 193.

Oferecendo suas alegações escritas (fls.175/176), o órgão do Ministério Público Militar, sustentando que a prova testemunhal e a confissão no auto de prisão em flagrante demonstravam que o réu realmente portava a substância identificada nos laudos periciais como cocaína, não podendo prevalecer a afirmação feita pelo réu, em juízo, de que desconhecia o conteúdo do saco plástico que portava, já que a confissão extrajudicial se fizera na presença de Defensora Pública e Advogada, reiterou o pedido de condenação.

A Defesa, em suas alegações escritas (fls.178/181), sustentando que, embora houvesse assistência de Defensora Pública, o auto de prisão em flagrante era nulo, pois os indiciados não foram ouvidos em último lugar, como determina a regra do artigo 245 do Código de Processo Penal Militar, o que faria prevalecer a declaração do réu, em juízo, de que desconhecia que a substância contida no saco plástico era cocaína, declaração deixada intacta pelos depoimentos das testemunhas ouvidas no processo, requereu a absolvição por ausência de dolo, ressaltando ainda que, se tratando de quantidade irrisória, afastada ficava a hipótese de tráfico, não configurando o simples portar a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica o resultado de perigo para o bem jurídico protegido, nem se podendo, por outro lado, perder de vista o ferimento sofrido pelo réu, a já representar uma punição.

Presentes o Conselho, na totalidade de seus membros, o órgão do Ministério Público Militar, o réu e sua Defensora, iniciou-se a audiência de julgamento, com a leitura das peças essenciais constantes dos autos.

Em seguida, foi dada a palavra ao órgão do Ministério Público Militar, que, reportando-se às suas alegações escritas, sustentou que a materialidade estava comprovada pelo laudo pericial, a autoria era indiscutível, demonstrando a confissão no auto de prisão em flagrante e o depoimento da testemunha, que a presenciou, a consciência do réu quanto à natureza da substância portada, razões por que, configurada a prática da conduta de trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, reiterava o pedido de condenação.

A Defesa, tendo a palavra, igualmente se reportou às suas alegações escritas, sustentando a nulidade do auto de prisão em flagrante, para enfatizar a negativa do réu quanto ao conhecimento de que a substância portada era cocaína, o que demonstrava a ausência de dolo, ressaltando ainda a não configuração de perigo para a saúde pública e a punição já representada pelo ferimento sofrido por ocasião da prisão, como razões de seu requerimento de absolvição.

Não havendo réplica, passou o Conselho a deliberar, mantida a publicidade da sessão.

Este é o relatório. Seguem os fundamentos da decisão.

As declarações do réu no interrogatório e a prova testemunhal demonstram que o saco plástico, contendo seis decigramas da substância, identificada no laudo pericial como cocaína, efetivamente se encontrava no interior da carteira portada pelo réu. Nenhuma prova, porém, se fez, no processo, que demonstrasse seu conhecimento desta natureza da substância que trazia consigo.

Ao ser interrogado, o réu declarou que não sabia que estava de posse de cocaína, afirmando que recebera o saco plástico de um colega, que lhe dissera que se tratava de soda cáustica, que deveria ser tomada para aliviar dores.

As testemunhas Waldemir Bernardo de Moura e Silva Junior, Walmir Lopes Campos e José Fernando Ferreira de Oliveira disseram que, quando da revista de rotina que resultou no encontro do saco plástico na carteira do réu, este afirmara que haviam colocado tal material em sua carteira, dentro do ônibus, nada informando sobre seu suposto conhecimento quanto à natureza da substância encontrada.

A outra testemunha trazida pelo órgão do Ministério Público Militar, Marco Aurélio O'Donnell Alván, apenas reproduziu o que teria sido dito no auto de prisão em flagrante, o que, naturalmente, nada prova, até porque o que a testemunha reproduz já está escrito naquela peça. E declarações constantes de auto de prisão em flagrante (ou de inquérito policial) não constituem provas, que possam ser consideradas para a formação do convencimento do juiz, em sua decisão final sobre o mérito da causa.

Provas produzidas em inquérito policial (ou em auto de prisão em flagrante) destinam-se unicamente, como positiva a regra contida no artigo 9º do Código de Processo Penal Militar, a formar a convicção do Ministério Público para sua decisão quanto à propositura ou não da ação penal condenatória, fornecendo, em caso positivo, suporte probatório para a demonstração da presença de justa causa para a acusação, assim funcionando como peça considerável no processo, tão somente em seu limiar, isto é, no momento do juízo de admissibilidade feito quando do exame da inicial da ação proposta, jamais podendo servir para fundamentar a convicção do órgão julgador quando de seu pronunciamento final sobre o mérito.

Como impõem as garantias constitucionais do contraditório e do juiz natural, a derivar da fórmula fundamental do **devido processo**

legal, a validade das provas fundamentadoras do pronunciamento final sobre o mérito condiciona-se à sua produção, **no processo, perante as partes e o juiz**. Assim deixa claro, em nível infraconstitucional, uma das mais importantes regras de nosso ordenamento processual penal, encontrada no artigo 297 do Código de Processo Penal Militar, a dispor que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas **em juízo**.

A presença de Defensora Pública, nomeada para atuar como curadora do então indiciado, menor de 21 anos, durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, em nada modifica este quadro, apenas constituindo mais um exemplo, dentre os inúmeros que se encontram em autos de prisão em flagrante lavrados pela polícia civil, de presença meramente decorativa de advogado ou defensor público, que, funcionando como um arremedo de curador, descumpra sua função de dar assistência ao indiciado, sequer resguardando seu direito ao silêncio, constitucionalmente assegurado, mas, ao contrário, prestando-se ao papel de dar aparência de legalidade e credibilidade a declarações feitas sob a pressão natural a que está submetido aquele que acabou de ser preso.

A este propósito, vale lembrar conclusão tirada dos Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, reunidos na obra **O PROCESSO CONSTITUCIONAL EM MARCHA** (São Paulo, Ed. Max Limonad, 1985) sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, assim dispondo:

“tendo em vista o caráter meramente formal de que, não raro, se reveste a presença do Curador, sua atuação na fase policial não basta para legitimar o interrogatório policial, em havendo retratação em juízo”.

Colha-se do Acórdão da 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que embasa tal conclusão (Acórdão proferido na Apelação nº 358.815/4, julgamento em 20/3/84, relator Desembargador Aauto Suannes, publicado às páginas 250 a 252 da obra citada), os seguintes trechos:

“(...) qual a função do curador no processo? É prestar ao réu menor de 21 anos assistência porque, ao ver do legislador, não é ele plenamente *sui juris*. Logo, ou o curador presta tal orientação ou não cumpre sua função. Se o réu confessa diante da autoridade policial e se retrata em Juízo, a

partir de que elementos concluiríamos tratar-se de confissão espontânea? (...) se o curador existe para assistir o réu, como fazer-se com que essa presença seja utilizada contra o réu? A conseqüência: um réu, menor de 21 anos, não poderia retratar-se em Juízo, porque a assinatura de seu curador no termo de sua confissão extrajudicial não permitiria (...) Logo, o curador atua a favor da acusação e não a favor do réu, restando de tal maneira desnaturada sua função no processo, revertendo-se a expectativa do legislador. Sob qualquer aspecto ético, não se pode emprestar à assinatura do curador o valor de aval de confissão extrajudicial do réu menor, pois isso contraria a natureza das coisas e a razão de ser da curadoria.”

Trabalhando, pois, como determina nosso ordenamento jurídico deva o órgão julgador trabalhar, unicamente com os elementos trazidos na instrução do processo, não se pode dar qualquer valor à confissão extrajudicial.

Vale ressaltar, neste ponto, a irrelevância da irregularidade apontada pela Defesa na lavratura do auto de prisão em flagrante. Irregularidades em auto de prisão em flagrante só repercutem em sua eficácia como título para a prisão, o que, aqui, foi superado com a concessão da liberdade provisória. No que agora nos ocupa, pouco importa se o auto de prisão em flagrante é válido ou é nulo, como pouco importa a presença do curador, para uma suposta validade, como prova, do que contém o auto de prisão em flagrante. Provas válidas, vale repetir, são somente aquelas produzidas no **processo, perante as partes e o juiz.**

Assim trabalhando, como determina nosso ordenamento jurídico deva o órgão julgador trabalhar, unicamente com os elementos trazidos na instrução do processo, não há como afirmar que o réu efetivamente soubesse que trazia consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, não se podendo, assim, identificar o tipo subjetivo da conduta definida no artigo 290 do Código Penal Militar, tipo subjetivo este que se integra do dolo, isto é, a vontade consciente de realização do tipo objetivo - trazer consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Cabe ressaltar que pouco importa se a versão trazida pelo réu, em seu interrogatório, não nos pareça lá muito crível. As impressões

que nos ficam de tal versão, ou o fato de não ter sido ela confirmada por quaisquer outras provas, são pontos inteiramente irrelevantes, pois não é ao réu, ou à sua Defesa, que cabe demonstrar a inexistência do tipo subjetivo ou de qualquer outro elemento do crime, cabendo sim à Acusação o ônus de provar sua prática. Como demonstram os Professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos Araújo Cintra em seu **TEORIA GERAL DO PROCESSO** (São Paulo, RT, 8ª ed., 1991, páginas 311 a 313), no processo penal, a rigor, inexistente qualquer ônus da prova a cargo do acusado, na medida em que, trazendo a denúncia ou a queixa meras hipóteses, é sempre à Acusação que cabe provar o cometimento da infração penal - isto é, a conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e culpável.

Isto ocorre porque, como vale sempre lembrar, em um Estado de Direito, a tutela da liberdade do indivíduo, funcionando como limitação ao poder estatal, se sobrepõe ao poder do Estado de punir, sendo, por esta razão, que cabe à Acusação demonstrar, de forma indubitosa a existência do crime, em todos seus elementos, o que, em nosso ordenamento jurídico, diretamente decorre da garantia constitucional da impropriamente chamada “presunção de inocência” ou “presunção de não culpabilidade” (artigo 5º, inciso LVII da Carta de 88).

O princípio da prevalência da tutela da liberdade sobre o poder de punir se consubstancia, de forma eloqüente, no chamado princípio do *in dubio pro reo*, que significa que qualquer dúvida, mínima que seja, deve, sempre e invariavelmente, ser resolvida a favor do réu, como positivam as normas que impõem a absolvição por insuficiência de provas para a condenação (artigo 386, item VI do Código de Processo Penal comum e artigo 439, letra e do Código de Processo Penal Militar).

Assim, não trazendo as provas produzidas pelo órgão da Acusação, no processo, elementos suficientes para demonstrar a presença de dolo na conduta do réu, sua absolvição já se imporá, nos termos daquela regra da letra e do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar.

Mas, traz este processo outras questões que minimizam tudo o que até agora abordado.

Não apontando a narrativa contida na denúncia qualquer circunstância indicativa de que os seis decigramas de cocaína se destinariam a qualquer forma de entrega a terceiros, e, ao contrário, indicando esta pequena quantidade e seu acondicionamento no interior da carteira do réu que aquela substância se destinaria a seu uso pessoal, como reconhecido pelo órgão do Ministério Público Militar em sua sustentação oral, as questões antes tratadas tornam-se secundárias, na medida em que, ainda que o réu efetivamente soubesse que estava de posse de tal substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica e, assim, estivesse configurada a tipicidade legal - a descrição da conduta, com seus aspectos objetivos e subjetivos, feita no dispositivo legal -, faltaria a tal conduta tipicidade penal.

Incluindo as diversas condutas definidas no artigo 290 (receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar a consumo) no capítulo dedicado aos crimes contra a saúde, subdivisão do Título VI do Código Penal Militar, relativo aos crimes contra a incolumidade pública, não deixou o legislador penal militar qualquer dúvida quanto a ser a **saúde pública** o bem jurídico tutelado pelas normas proibidoras de condutas relacionadas com substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

Os crimes contra a incolumidade pública - as chamadas infrações de perigo geral ou comum - caracterizam-se pela natureza coletiva do bem jurídico tutelado, o que significa que, ainda que bens ou interesses particulares possam ser diretamente atingidos pelas condutas delituosas, o que a lei protege, em essência, é o interesse geral da coletividade, em face do perigo indiscriminado que aquelas condutas encerram.

Hungria falava do perigo coletivo ou comum como aquele que afeta indeterminado número de pessoas, constituindo o evento típico dos crimes e contravenções contra a incolumidade pública (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, vol.I, tomo II, página 20).

Fragoso definia o perigo comum como a exposição de um número indeterminado de pessoas ou coisas a probabilidade de dano (LIÇÕES DE DIREITO PENAL, Parte Especial-arts.213 a 359 CP, página 153).

Berinstain, em sua primorosa explicação sobre a natureza de tais infrações - *“los delitos de peligro general o común son (...) los que se refieren al público como conjunto de individuos, u objetos, indeterminados; por tanto, el peligro general puede referirse a sólo una persona, o cosa, pero indeterminada, como parte de la colectividad”* -, encontrada no ensaio **EL DELITO DE PELIGRO POR CONDUCCIÓN TEMERARIA** (in **CUESTIONES PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**, Madrid, Reus, 1970, página 304), reporta-se à lição de Welzel, no que este aponta a vinculação do perigo comum à coletividade, fazendo-se, quer pela sua ocorrência em relação a uma multiplicidade de indivíduos, quer pela indeterminação da individualidade (**DAS DEUTSCHE STRAFRECHT**, § 67).

Estas informações doutrinárias já permitem a conclusão de que as infrações contra a incolumidade pública caracterizam-se por fatos que encerram uma possibilidade de expansão do perigo, capazes, desta forma, de atingir a um número indeterminado de pessoas, ou a pessoas indeterminadas, enquanto parte da coletividade.

É evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, traz consigo uma substância que causa (ou pode causar) mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo.

Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica para uso pessoal e a afetação da saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são coisas antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para si próprio é o oposto de ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente ilógico supor que a proteção à saúde pública possa envolver a criminalização da posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica para uso pessoal.

Não se configurando, portanto, na posse de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica para uso pessoal (conduta que, aqui, se atribui ao réu) afetação da incolumidade pública, em seu aspecto relacionado com a saúde da coletividade - bem jurídico expressamente tutelado pela norma

incriminadora - impõe-se o reconhecimento da ausência de tipicidade penal em tal conduta.

A moderna concepção do Direito Penal como instrumento de tutela de bens jurídicos trouxe ao conceito de tipicidade o conteúdo material, dado pelo bem jurídico, novo conceito este de tipicidade bem expressado na fórmula *nullum crimen sine iniuria*, a fazer da lesividade da conduta (ou afetação do bem jurídico) elemento integrante da tipicidade penal, assim se entendendo como penalmente típica tão somente a conduta que, adequada à descrição legal (com seus aspectos objetivos e subjetivos), afeta um bem jurídico, seja efetiva e significativamente o lesando, seja por produzir um perigo concreto de lesão significativa.

Inexistindo esta potencialidade da conduta para afetar o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, não se pode afirmar sua tipicidade penal, pressupondo a descrição típica da conduta a existência da norma e do bem jurídico a que é dada a tutela penal, norma e bem jurídico estes que, revelados por aquela descrição legal, a limitam, constituindo uma necessidade lógica da aplicabilidade do dispositivo definidor da tipicidade legal da conduta considerada.

Vista a incompatibilidade entre a destinação pessoal da substância possuída e a expansibilidade do perigo ensejadora da afetação da saúde pública, incompatibilidade reveladora da atipicidade penal da conduta de trazer consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica para uso próprio, definida no tipo legal contido no artigo 290 do Código Penal Militar, por sua inidoneidade para afetar o bem jurídico expressamente tutelado pela norma incriminadora - a saúde pública, poder-se-ia talvez imaginar que, naquela parte do dispositivo legal que tipifica a referida conduta de trazer consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica para uso próprio, tivesse o legislador pretendido concretizar norma incriminadora, que visasse proteger, não a saúde pública, como explicitado, mas a saúde individual do próprio possuidor da substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, tendo-se, assim, na posse de tal substância, para uso próprio, um perigo de autolesão, o que até satisfaria a real natureza das coisas.

Entretanto, se assim se quisesse homenagear a real natureza das coisas, de todo modo, estar-se-ia diante de norma incriminadora,

que tampouco seria aplicável, em virtude de sua manifesta contradição com princípios constitucionais limitadores do poder do Estado de punir, o que igualmente afastaria a tipicidade penal da conduta focalizada, na medida em que a tipicidade, vista de forma conglobada (isto é, considerada a norma incriminadora em sua relação com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico), só pode ser reconhecida se a norma incriminadora da conduta considerada se puser em harmonia com o conjunto do ordenamento jurídico, ainda mais especialmente, com as normas que lhe são hierarquicamente superiores.

A mencionada concepção do Direito Penal como instrumento de tutela de bens jurídicos deriva da consideração da função geral da ordem jurídica de proteção da dignidade da pessoa, que, em nossa ordem constitucional, surge como um dos fundamentos da República, expresso no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal. É esta função geral da ordem jurídica de proteção da dignidade da pessoa que gera os princípios limitadores do poder de punir, vinculantes do legislador.

Como assinala o Professor Juarez Tavares, em importante ensaio sobre o tema, intitulado **CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE CRIMES E COMINAÇÃO DE PENAS** (publicado, em dezembro de 1992, no número especial de lançamento da REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIA CRIMINAIS, às páginas 75 a 85), tais princípios fazem do **dano social** ponto de referência obrigatório para a fixação de parâmetros, na confecção das normas incriminadoras.

A reforçar esta obrigatória consideração do dano social, tem-se ainda a norma contida no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que, assegurando a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, desautoriza qualquer intervenção estatal sobre condutas que, restritas à esfera individual, não tenham potencialidade para atingir bens ou interesses de terceiros.

Há uma afirmação feita há quase duzentos anos que bem traduz o alcance desta garantia constitucional asseguradora da intimidade e da vida privada. Falando sobre a liberdade, dizia Stuart Mill:

“Ninguém pode ser obrigado a realizar ou não realizar determinados atos, porque isso seria melhor para ele, porque o faria feliz ou porque, na opinião dos demais, seria mais acertado ou justo. Estas são boas razões para discutir, para ponderar ou persuadir, mas não para obrigar.”

Enquanto há destinação pessoal, a posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica é uma conduta privada, como tal, não podendo ser objeto de criminalização, por constituir esta criminalização uma inautorizada intervenção do Estado sobre a liberdade individual, a intimidade e a vida privada. Da mesma forma que não se pune - como, de fato, não se poderia punir - a tentativa de suicídio (afetadora da própria vida) ou a autolesão (trazendo dano efetivo para a saúde), muito menos se poderia punir uma conduta que, como a posse de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica para uso próprio, envolve um simples perigo de autolesão (trazendo mera ameaça de dano para a saúde unicamente daquele que possui tal substância).

Veja-se, a propósito, o tratamento que corretamente dá o Código Penal Militar à autolesão, incriminando-a, na primeira das figuras contempladas na regra do artigo 184 - criar incapacidade física que inabilite o convocado para o serviço militar - não porque com a criação da incapacidade física se verifique uma autolesão, mas sim, por se ter uma ação fraudulenta, a afetar bem jurídico de terceiros (no caso, as instituições militares), consubstanciado na prestação do serviço militar.

Veja-se também o correto tratamento dado pelo Código Penal Militar à embriaguez, criminalizada na regra de seu artigo 202 - embriagar-se o militar, quando em serviço, ou apresentar-se embriagado para prestá-lo -, não pelo dano ou perigo para a saúde daquele que se embriaga, mas sim pelo perigo concretamente afetador de bem jurídico de terceiros (da mesma forma, as instituições militares), consubstanciando-se o bem jurídico igualmente na prestação do serviço militar.

Esta figura permite uma observação, situada a nível de sugestão para o legislador: seria de toda conveniência que, para a preservação do serviço militar, se criasse figura ainda mais abrangente do que a que tipifica a embriaguez, criminalizando-se o consumo de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, realizado pelo militar, quando em serviço. A figura típica sugerida poderia vir assim redigida: fazer uso o militar, quando em serviço, de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Embora uma visão mais racional devesse conduzir à conclusão de que o tratamento a ser dado ao consumo de drogas ilícitas, por militar, não devesse ser diferente daquele que é dado ao consumo do álcool - criminalizado só quando se mostra abusivo ou imoderado, de modo a gerar o estado de embriaguez -, diante do entendimento ainda dominante na sociedade, parece razoável admitir que se trabalhe com a idéia de que as substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, hoje qualificadas de ilícitas, seriam mais “pesadas” do que o álcool (sem dúvida, substância da mesma natureza, entretanto, lícita), assim se justificando um tratamento mais rigoroso, não exigente da configuração do uso imoderado provocador de estado correspondente ao da embriaguez, para a incriminação.

Assim, se poderia ter norma incriminadora, não a inadmissivelmente pretender proteger um bem jurídico (a saúde do consumidor de tais substâncias), contra a vontade de seu titular, mas sim - e apenas - protegendo a regular prestação do serviço militar, bem jurídico de titularidade de terceiros, isto é, o Estado, particularizado nas instituições militares.

Há um outro ponto que ainda deve ser ressaltado. Na simples posse daquelas substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, para uso próprio (conduta que, enquanto assim definida, repita-se, não ultrapassa o âmbito da esfera de privacidade, podendo apenas representar um perigo de autolesão, isto é, um perigo restrito à própria saúde de seu possuidor e futuro consumidor), jamais se poderia ver, como costumam pretender alguns, uma presumida potencialidade para afetar bens jurídicos de terceiros, pela suposta possibilidade de que aquele que poderá consumi-las, quando o fizer, irá causar algum dano para bens ou interesses jurídicos alheios, a fundamentar a incriminação.

Supor, por exemplo, que, pelo simples fato de chegar em sua unidade com um saquinho plástico contendo seis decigramas de cocaína, o soldado estará afetando a prestação do serviço militar, porque supostamente consumirá aqueles seis decigramas e realizará suas missões sob o efeito produzido por aquele consumo, assim pondo em perigo a prestação do serviço militar, significaria construir normas jurídicas incriminadoras com base em puras presunções, o que, sendo vedado aos órgãos do Poder Legislativo, pela máxima já referida do *nullum crimen sine iniuria*, a autorizar a criação de normas incriminadoras de condutas, apenas quando estas apresentem

real (e não imaginária ou presumida) potencialidade para afetar bens jurídicos, muito menos seria permitido ao órgão julgador, em sua tarefa de interpretação das leis.

Enquanto não consumida, ou enquanto não iniciado o consumo da substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, **em circunstâncias que revelem um perigo concreto para bens ou interesses de terceiros** - o que poderia ocorrer na circunstância pensada para a incriminação sugerida: estar o militar em serviço, quando do ato de consumir a substância -, não há como identificar o perigo concreto, indispensável para fundamentar a criminalização de qualquer conduta.

Pensemos, por exemplo, no álcool, o que é sempre conveniente fazer quando se discutem questões ligadas a drogas, pois, além de um mínimo de compromisso com a realidade impor a afirmação de ser o álcool inquestionavelmente uma substância entorpecente, que determina dependência física ou psíquica, apenas diferenciado de outras drogas, como a maconha ou a cocaína, por serem lícitas sua produção, comercialização e consumo, seus efeitos são mais conhecidos de todos nós, que costumamos consumi-lo ou, pelo menos, convivemos com pessoas que o consomem.

Pensemos, portanto, no álcool.

Não poderemos negar que uma pessoa, sob efeito do álcool, poderá provocar danos para bens jurídicos de terceiros. Certamente, se beber em um lugar onde se encontram outras pessoas, poderá se tornar mais agressiva, brigar e provocar lesões corporais em alguém. Certamente, se beber em serviço, poderá deixar de cumprir ou cumprir defeituosamente as tarefas que compõem sua missão militar. Ou, certamente, se beber no hospital em que exerce sua atividade profissional, poderá cometer um erro médico. Mas, será que poderíamos admitir que alguém trabalhasse com a idéia de que pelo simples fato de uma pessoa ter em seu poder uma ou várias garrafas de cerveja, já aí, por essa simples posse, estivesse caracterizado o perigo representado por aquele consumo potencialmente danoso?

Supondo-se que, viajássemos no tempo e no espaço, e nos transportássemos para algum lugar (por exemplo, certos países do mundo islâmico, ou os Estados Unidos da América dos anos 20 e 30), em que o álcool fosse uma substância proibida, mas, em que, ao mesmo tempo, subsistissem normas garantidoras da dignidade da

pessoa humana, da liberdade individual, da intimidade e da vida privada, será que poderíamos aplicar uma lei, hierarquicamente inferior àquelas normas garantidoras, que punisse criminalmente aquela simples posse das garrafas de cerveja, antes que seu possuidor se pusesse a tomá-las, no lugar público, no quartel ou no hospital? Será que conseguiríamos afirmar que, simplesmente por possuir aquelas garrafas de cerveja, aquela pessoa estaria praticando conduta configuradora de um perigo concreto para bens e interesses de terceiros? Como poderíamos afirmar que o consumo daquelas garrafas de cerveja traria conseqüências danosas para terceiros? E se o consumo fosse se fazer somente quando a pessoa estivesse sozinho e apenas sua própria saúde fosse atingida? Como poderíamos saber em que circunstâncias se daria este consumo, antes que ele se iniciasse? Mesmo que o médico tivesse as garrafas de cerveja no hospital, será que poderíamos afirmar que ele iria bebê-las antes de atender seus pacientes, ou será que não poderíamos supor que ele só iria bebê-las, ao fim do expediente, sozinho em sua sala ou consultório?

Há ainda mais um ponto que deve ser remarcado. Um soldado, que traz consigo, para uso próprio, substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, qualificadas de ilícitas, certamente poderá ser desqualificado para permanecer sendo um militar, certamente poderá estar ferindo a ética militar.

Mas, como este mesmo Conselho Permanente de Justiça para o Exército já teve oportunidade de afirmar, em julgamento recente, pronunciado no Processo nº 001/96-0, quando se cuidava de avaliar a conduta de militar que se utilizara de certificado escolar falso, não se pode confundir a ética militar com o Direito Penal.

Da mesma forma que um civil que traz consigo, para uso próprio, substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, qualificadas de ilícitas, pode estar tendo um comportamento imoral que o desqualifique socialmente, mas não pode ser punido pelo Estado apenas por esta conduta, pois não se pode confundir Direito e Moral, ou crime e pecado, o militar que traz consigo, para uso próprio, estas mesmas substâncias, pode - e, certamente, nos parece que deve - sofrer as cabíveis sanções disciplinares, inclusive a expulsão das Forças Armadas, mas não pode sofrer a sanção penal.

Como a regra contida no artigo 16 da Lei nº 6368/76, que indevidamente criminaliza, no âmbito civil, a conduta de adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não pode ser aplicada, por descrever conduta que não afeta nem a saúde pública, nem qualquer outro bem jurídico de titularidade de terceiros, igualmente há que se negar aplicação à regra contida no artigo 290 do Código Penal Militar, no que define a conduta de trazer consigo, para uso próprio, substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Identificando-se na conduta de trazer consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, para uso próprio - aqui atribuída ao réu - um simples perigo de autolesão, não afetador de bens ou interesses jurídicos de terceiros, há que ser afirmada a ausência de tipicidade penal em tal conduta, a impor a absolvição, fundamentada na alínea b do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar, por ali não se identificar infração penal, fundamento este que, por sua maior abrangência, deve se sobrepor, no caso concreto, ao inicialmente comentado - a insuficiência de provas do dolo.

Decide, portanto, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, por votação unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o pedido de condenação formulado na denúncia, para **ABSOLVER** o réu SD.EX. ..., decidindo, por maioria de quatro votos contra um, fundamentar a absolvição na regra contida na alínea b do artigo 439, do Código de Processo Penal Militar.

Publique-se em audiência, intimem-se as partes, registre-se e comunique-se.

Sala das Sessões dos Conselhos de Justiça da Segunda Auditoria da Primeira Circunscrição Judiciária Militar, aos sete dias do mês de agosto do ano de mil novecentos e noventa e seis.

Ten Cel Paulo Sérgio Cerqueira Del Valle
Presidente

1º Ten Marcelo Magalhães Valente
[vencido quanto ao fundamento da absolvição,
adotado pela maioria, fundamentando seu voto pela
absolvição tão somente na regra da alínea e do artigo
439 do Código de Processo Penal Militar]

1º Ten Cláudio Henrique da Silva Plácido

2º Ten Eliel Alcântara Revoredo

Maria Lúcia Karam
Juíza Auditora Substituta