

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES
INDIVIDUAIS E COLETIVAS

WAGNER CAMARGO GOUVEIA

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E TUTELA PENAL DA SAÚDE: PRISÃO EM
FLAGRANTE E IMEDIATA COGNIÇÃO NO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
SINTÉTICAS

SANTOS/SP

2018

WAGNER CAMARGO GOUVEIA

**MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E TUTELA PENAL DA SAÚDE: PRISÃO EM
FLAGRANTE E IMEDIATA COGNIÇÃO NO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
SINTÉTICAS**

**Dissertação apresentada à
Universidade Santa Cecília como parte
dos requisitos para obtenção de título
de Mestre no Programa de Pós-
Graduação em Direito da Saúde:
Dimensões Individuais e Coletivas, sob
a orientação do Professor Doutor
Antonio Carlos da Ponte.**

SANTOS/SP

2018

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

----- Gouveia, Wagner Camargo.

----- Mandados de criminalização e a tutela penal da saúde:
prisão em flagrante e imediata cognição no tráfico ilícito
de drogas sintéticas.

2018.

(numeral) f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte.

Dissertação (Mestrado)-- Universidade Santa Cecília,
Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos,
SP, 2018.

1. Tráfico. 2. Droga sintética. 3. Prisão em flagrante.
4. Mandado de criminalização. I. da Ponte, Antonio Carlos
II. Mandados de criminalização e a tutela penal da saúde:
prisão em flagrante e imediata cognição no tráfico ilícito
de drogas.

Elaborada pelo SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas - Unisanta

WAGNER CAMARGO GOUVEIA

**MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E TUTELA PENAL DA SAÚDE: PRISÃO
CAUTELAR E TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS SINTÉTICAS**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte - Orientador

Prof. Dr. Fernando Reverendo Vidal Akaoui – Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Vidal Serrano Nunes Junior – - Membro da Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Waldir por toda ajuda, apoio e confiança na minha vida toda, principalmente nesse curso de mestrado, pois foi o primeiro a me incentivar a fazer e também custeou todo o curso.

Infelizmente, ele não pôde assistir a conclusão do mestrado por ter sido chamado por Deus, deixando muitas saudades e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a minha família, minha mãe Edna, minha irmã Fernanda e minha avó Nadir (*in memoriam*) por toda ajuda, carinho e estímulo.

A minha esposa Thais por estar comigo diariamente e sem ela nada disso teria acontecido.

Ao Professor Antônio Carlos da Ponte por me orientar e por ter sido meu professor no momento em que me preparava para prestar concurso público, reencontrando-o nesta fase de minha vida.

Aos amigos e professores Luciano, por sempre acreditar no meu potencial e ajuda diária, e Fernando Akaoui pelas oportunidades da vida, com conselhos profissionais e pessoais, e pela confiança ao me tornar docente na Universidade Santa Cecília.

A Universidade Santa Cecília em que me graduei, realizei pós graduação *lato sensu*, ingressei no corpo docente e agora concluo a pós graduação *stricto sensu*, minha eterna gratidão.

“Na teoria da relatividade, não existe tempo absoluto único; em vez disso, cada indivíduo tem sua própria medida de tempo, que depende de onde ele se encontra e de como está se movendo”.

(STEPHEN HAWKING)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar e mostrar as dificuldades da prisão em flagrante no caso das apreensões das drogas sintéticas. O direito à saúde evoluiu nas constituições brasileiras de menções acidentais até alcançar o patamar atual de direito fundamental, dotado dos princípios da universalidade e integralidade. E nesse contexto o tráfico surge como um problema de saúde pública, não só nacional, mas também internacional, o que ensejou a assinatura de diversos tratados visando o seu combate. No sistema brasileiro, dada a natureza de direito fundamental da saúde, o constituinte entendeu por fazer constar da Constituição Federal ordens veladas para proteção de bem jurídico tão caro, são os mandados de criminalização. No caso do tráfico de entorpecentes, trata-se de mandado de criminalização expresso para tutelar o bem jurídico penal de natureza difusa. No caso específico do tráfico, na classificação dos tipos de drogas, surgem as drogas sintéticas que são objeto de análise, assim como a classificação dos criminosos e o conceito de traficante, uma vez que as consequências legais para a figura do traficante e do usuário são distintas. Outra questão que mereceu atenção foram os tipos de prisões cautelares, e, em especial, a prisão em flagrante, que é justamente aquela que é prejudicada pela ausência de métodos para elaboração do laudo de constatação provisório, exigido para o decreto da prisão pela autoridade policial, sob pena de cometimento de ilegalidade. Assim, após o estudo da política de segurança pública e enfrentamento do tráfico, o presente estudo analisa as possibilidades de correção da lacuna fática existente.

Palavras-chave: 1. Tráfico. 2. Droga sintética. 3. Prisão em flagrante. 4. Mandado de criminalização.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze and show the difficulties of imprisonment in the case of seizures of synthetic drugs. The right to health evolved in the Brazilian constitutions of accidental mentions until reaching the current level of fundamental law, endowed with the principles of universality and integrality. In this context, trafficking arises as a public health problem, not only national, but also international, which has given rise to the signing of several treaties in order to combat it. In the Brazilian system, given the nature of the fundamental right of health, the constituent understood by making the Federal constitution a veiling orders for protection of legal good so expensive, are the warrants of criminalization. In the case of narcotics trafficking, it is a warrant for criminalisation expressed to guardianize the criminal legal good of a diffuse nature. In the specific case of trafficking, in the classification of the types of drugs, synthetic drugs that are the object of analysis arise, as well as the classification of criminals and the concept of trafficker, since the legal consequences for the figure of the trafficker and the user are distinct. Another question that deserved attention were the types of detention, and, in particular, the arrest in flagrant, which is precisely the one that is impaired by the absence of methods for drafting the report of provisional finding, required for the decree of imprisonment by Police authority, under penalty of committing illegality. Thus, after the study of public security policy and coping with trafficking, the present study analyzes the possibilities of correction of the existing fastic gap.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. DIREITO À SAÚDE	10
1.1 Constituições brasileiras e tutela da saúde.....	10
1.2 Constituição de 1988 e o direito à saúde	20
1.2.1. Princípios atinentes à saúde	23
1.2.1.1. Universalidade	24
1.2.1.2. Integralidade	25
1.3 Documentos e internacionais	28
2. TUTELA PENAL DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO	36
2.1 Mandados de criminalização	40
2.1.1 Mandados de criminalização explícitos	44
2.1.2 Mandados de criminalização implícitos	47
2.2 Bem jurídico-penal	52
2.2.1. Bens Jurídicos Transindividuais	56
2.2.2 Bem jurídico-penal difuso e coletivo	61
3. POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA E ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO	69
3.1. Políticas criminais no tocante à criminalização do uso de drogas	83
4. TRÁFICO DE ENTORPECENTES: NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO À LUZ DE MANDADO EXPLÍCITO DE CRIMINALIZAÇÃO (CF., ART. 5º, INCISO XLIII) ...	85
4.1 Drogas lícitas e ilícitas	88
4.2 Drogas sintéticas	89
4.2.1 Ketamina ou Special K	91
4.2.2. Rohypnol (Flunitrazepam)	92
4.2.3 Fentanil	93

4.2.4 Nitratos (poppers)	93
4.2.5. LSD.....	94
4.2.6 2-CB e 2C-T7	95
4.2.7 PMA e PMMA	95
4.2.8 Ecstasy	96
4.2.9 Ecstasy Líquido	98
4.2.10 Lança-perfumes e clorofórmio	99
4.3 Delimitação do conceito de traficante	104
4.3.1 Direito Comparado	109
4.4 Classificação dos criminosos e Lei nº 11.343/2006	111
4.5 Crime assemelhado a hediondo	117
4.6 Prisão cautelar	121
4.6.1. Prisão em flagrante e necessidade do laudo de constatação	121
4.6.2. Prisão Temporária	128
4.6.3. Prisão Preventiva	130
4.6.4. Das medidas cautelares	135
4.6.5. Do exame de corpo de delito	135
4.6.6 Enfrentamento da dificuldade na elaboração do laudo de constatação	138
CONCLUSÕES	144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	145
APENSO - VERSÃO COMPACTA DA DISSERTAÇÃO	152

INTRODUÇÃO

O Brasil, desde a sua primeira constituição, tratou com algum enfoque do direito à saúde, o qual foi alçado à condição de direito fundamental na atual Lei Maior. Ao eleger os bens jurídicos mais relevantes para nossa sociedade, o poder constituinte criou os mandados de criminalização.

Esses mandados podem ser reconhecidos como sendo expressos ou tácitos, como explica a doutrina de Antônio Carlos da Ponte, e convivem com as garantias individuais de origem liberal.

Um dos bens jurídicos difusos tutelados pela constituição e, portanto, merecedor de tutela penal, é a saúde pública, e, por conseguinte, assente como punível o tráfico de drogas.

Este trabalho se perscrutará sobre o conceito de traficante, seus tipos, bem como as prisões provisórias, mais especificamente a prisão em flagrante em apreensões de drogas sintéticas, sem olvidar as hipóteses de hediondez das condutas tipificadas.

Para tanto, a metodologia utilizada foi a hipotética dedutiva, aquele em que consiste naquele a qual se constrói uma teoria que elabora hipóteses a partir das quais as conclusões obtidas podem ser deduzidas, e através das quais podemos fazer previsões, que podem ser refutadas ou aceitas.

A questão problemática consiste no fato de que ainda que fértil seja o campo das políticas públicas de combate ao tráfico de entorpecentes, o entrave prático que se constata pela impossibilidade de exame imediato dos princípios ativos das drogas sintéticas, impede a realização da proteção tão desejada do bem jurídico da saúde pública na sua forma integral. Em resumo, ainda que os mandados de criminalização sejam atendidos pelo legislador ordinário, a efetivação do direito à saúde pelo combate efetivo ao tráfico das drogas sintéticas encontra um adversário banal: a falta de equipamento para elaboração do obrigatório laudo de constatação.

Assim a hipótese a ser estudada neste trabalho reside na questão de que a falta de equipamento para a realização do laudo de constatação prejudica o direito à saúde e, conseqüentemente, não cumpre o mandato de criminalização constitucional de combate ao tráfico de drogas.

Desta forma, a prisão cautelar em flagrante será analisada a luz dos mandados de criminalização, uma vez que a ausência do laudo de constatação impede que a autoridade policial cumpra adequadamente a lei.

Uma vez que a lei de drogas estabelece a obrigatoriedade do laudo de constatação para a elaboração do auto de prisão em flagrante, o estudo esmiuçar as dificuldades de elaboração do referido laudo das drogas sintéticas, em especial o ecstasy e o lança perfume.

A falta de equipamentos específicos impede a imediata elaboração do laudo de constatação das aludidas drogas sintéticas, o que prejudica a prisão em flagrante, não obstante seja possível representar, no futuro, quando do resultado do exame, pela decretação de uma prisão temporária ou até mesmo uma preventiva.

Assim, o tema escolhido se mostra de grande valia, tendo em vista ser possível a liberação de um traficante de alta periculosidade devido a essa falha técnica, de não realização do laudo de constatação no mesmo dia, diferentemente do que acontece com outras drogas.

Os objetivos deste trabalho são analisar a questão dos entorpecentes como problema de saúde pública mundial, com enfoque na Convenção Única de Viena, de 1961¹; estudar as dificuldades da elaboração do laudo de constatação provisório como forma de proteção da saúde pública que evoluiu, ao longo dos anos, para a categoria de bem jurídico e, por fim, sugerir uma solução prática para testar as drogas sintéticas no momento de sua apreensão pela autoridade policial.

Nessa perspectiva, o objetivo deste trabalho é analisar como resolver o problema de constatação das drogas sintéticas, sob o ponto de vista prático e teórico, levando em consideração a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Drogas, bem como o Código de Processo Penal.

As principais questões que serão estudadas são: como solucionar a lacuna prática por parte do Poder Executivo, com convênios com universidades, propositura

¹ O discurso das drogas construído pelo Direito Internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v.10, n.2, “Essas circunstâncias preambulares são sintomáticas do discurso dominante em torno da questão das drogas na década de 1960, denominado por Rosa Del Olmo de ‘médico sanitário’, no qual se observa uma clara separação entre o delinquente-traficante e o consumidor doente, recaindo a ênfase desse discurso justamente na figura do consumidor, com a política de fortalecer a indústria da saúde mental e, de maneira particular, o tratamento (...)a primeira vez que a palavra ‘mal’, dotada de carga emotiva, aparece num documento internacional sobre controle de drogas” .

de ações coletivas a fim de que a legislação seja cumprida e, por fim, identificação de soluções práticas imediatas pela aquisição de testes aprovados pela OMS.

1.DIREITO À SAÚDE

1.1. Constituições brasileiras e tutela da saúde

O processo constitucional no Brasil se iniciou com um decreto do príncipe D. Pedro, o qual, no dia 3 de junho de 1822, convocou a primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa visando a elaboração de uma Constituição que formalizasse a independência política do Brasil em relação ao reino português.

Durante o processo constitucional que se iniciou com o referido decreto, o choque entre o imperador e os constituintes mostrou-se inevitável, de tal forma que a abertura da Assembleia deu-se efetivamente somente em 3 de maio de 1823, sendo que, no período que a antecedeu, houve uma série de censuras, prisões e até mesmo exílios dos opositores ao processo constitucional.

A constituição que estava por nascer serviria para legitimar o Império e também para promover o equilíbrio social, pois o fim do domínio português gerou uma disputa do poder político entre as classes sociais, entre elas o poderoso grupo dos escrivocratas.

D. Pedro pretendia a manutenção de seu poder, nos moldes do Absolutismo Ilustrado europeu existente em diversos países na época, contudo não desejava se tornar um déspota, o que tornou delicado o contexto da constituinte.

Assim, diante da tentativa da Assembleia de reduzir o poder do Imperador, D. Pedro I a dissolveu e nomeou um Conselho de Estado, em 13 de novembro de 1823, formado por dez membros juristas, que redigiram a Constituição utilizando vários artigos do anteprojeto de Antônio Carlos Andrada, que fora rejeitado.

Finalmente, após ser apreciada pelas Câmaras Municipais, foi outorgada em 25 de março de 1824, fortemente influenciada pelo liberalismo da Constituição Francesa de 1791. A primeira Constituição brasileira possuía, por conseguinte, um viés liberal e pode ser considerada bastante avançada para a época.

Os seus principais pontos foram:

- um governo monárquico unitário e hereditário;
- voto censitário (baseado na renda) e descoberto (não secreto);
- eleições indiretas;
- catolicismo como religião oficial;
- submissão da Igreja ao Estado;
- quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador.

Em relação à separação de poderes, o Executivo competia ao imperador e ao conjunto de ministros por ele nomeados. O Legislativo era representado pela Assembleia Geral, formada pela Câmara de Deputados (eleita por quatro anos) e pelo Senado (nomeado e vitalício). O Poder Judiciário era formado pelo Supremo Tribunal de Justiça, com magistrados escolhidos pelo imperador e, por fim, o poder Moderador, pessoal e intransferível do Imperador, proporcionando a D. Pedro I o almejado controle do executivo.

A primeira Constituição brasileira, embora expressasse direitos de uma forma incipiente, foi um marco na história do país, trazendo consigo elementos do que seria um país livre da colonização, começando a caminhar por si mesmo.

A Constituição de 1824 previu, de forma simplificada, uma declaração de direitos individuais e garantias, aproveitada nas cartas posteriores. Em relação à saúde propriamente dita, o Estado praticou, durante o regime monárquico, algumas iniciativas tímidas de proteção à saúde pública, denominadas socorros públicos.

Dentre algumas das iniciativas da Constituição de 1824 é possível citar o fato de que o Estado assumiu os cuidados com a saúde dos escolares e pessoas com problemas mentais. Em termos históricos foi a Constituição de maior vigência e bastante estável, apesar de se caracterizar como semi-rígida.

Como foi destacado, a Constituição de 1824 lançou um olhar tímido sobre a questão da saúde pública, contudo, já antes da sua outorga, surgira a necessidade de enfrentar a questão sanitária: logo no início da colonização tinham sido identificadas moléstias causadas pela constante entrada e saída da colônia das mais ímpares

etnias.²

Medidas sanitárias propriamente ditas só se fizeram presentes com o início da exploração agrícola pela então metrópole, quando foi instituído o cargo de Provedor-mor de Saúde da Corte e dos Estados do Brasil, tendo por finalidade aplicar normas sanitárias nos portos a fim de preservar a saúde da população. Doenças como a lepra e a febre amarela eram algumas das mais comuns.

Foi a partir de 1808, com a vinda da Família Real ao Brasil, quando a colônia passou a ser sede de governo, que medidas sanitárias mais eficazes começaram a ser aplicadas, incluindo maior fiscalização pela terra e pelo mar de todas as mercadorias que entravam e saíam do país.

O direito sanitário era, pois, nascituro, e com o citado advento da primeira Constituição, em 1824, surgiram algumas iniciativas de direito a saúde, entretanto nessa época os gastos com a saúde não ultrapassavam 1% de todo o orçamento.³

Dizia a primeira Carta Constitucional brasileira, no artigo 179, XXXI “A Constituição também garante os socorros públicos” (preservou-se a grafia da época), ou seja, a Constituição de 1824 vislumbrou a questão sanitária, que já se mostrava importante desde o processo de colonização.

Vigente a Carta de 1824, por Decreto Imperial em 1828, as responsabilidades dos serviços de Saúde Pública foram atribuídas às municipalidades, exonerando-se o poder central de qualquer ingerência. Tal medida, contudo, não se mostrou eficaz e, em 1843, o Serviço de Inspeção de Saúde passou para a jurisdição privativa do Ministério do Império.⁴

Percebe-se, pois, que já se buscava solucionar as questões sanitárias emergentes, buscando-se a melhor forma de combate das endemias dentro de um território extenso como o brasileiro.

² [...] a colonização do Brasil começou efetivamente pela organização das capitânicas hereditárias, sistema que consistiu na divisão do território colonial em doze porções irregulares, todas confrontando com o oceano, e sua doação a particulares. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

³ CAMPOS, Juarez de Queiroz; Santo, Antonio Carlos G.E.; Mantovani, Maria de Fátima. Introdução à saúde pública. São Paulo: J. Q. Campos, 1987.

⁴ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Direito à Saúde: de acordo com a Constituição Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Por volta de 1850, surtos epidêmicos, como a febre amarela, começam a assolar cidades, entre elas a capital Rio de Janeiro, e medidas sanitárias não foram suficientes para conter sua proliferação. Antes disso, a varíola foi responsável pela criação de centros de vacinação em várias cidades. Diante das dificuldades enfrentadas nas questões de saúde, em 1876 houve a recomendação de reorganizar os serviços terrestres e marítimos, sanitários no Império. Houve, ainda, a edição de diversas medidas para melhorar as condições higiênicas do Rio de Janeiro, então capital.⁵

Enquanto a preocupação do Estado se resumia basicamente a essas duas doenças, debatendo-se em relação às estratégias para seu controle, as instituições particulares e religiosas eram as responsáveis pelo tratamento das demais moléstias.

Era essa a situação sanitária do Brasil no contexto histórico da proclamação da república e promulgação da nova Constituição em 1891.⁶

A nova Constituição Normativa de 1891, a primeira republicana e fortemente influenciada pela elite latifundiária, trouxe muitas mudanças, uma delas foi o enfraquecimento do poder central e o surgimento novamente das autoridades regionais e municipais.

No que se refere aos direitos sociais, foram extintas as penas de banimento e de morte, salvo em tempo de guerra, alguns direitos civis e políticos foram garantidos no texto constitucional, bem como o direito ao *Habeas Corpus*. Porém não houve grande mudança com relação ao tema da saúde ou da previdência social.

No que tange à saúde, nos anos que seguiram a Proclamação da República, o quadro sanitário se agravou. Diversas moléstias, especialmente a tuberculose, a varíola, a malária e a febre amarela, afrontavam o poder público, fazendo muitas vítimas, notadamente na capital e nas cidades portuárias. Causando enorme

⁵ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁶ “[...] tomba o Império sob o impacto das novas condições materiais, que possibilitaram o domínio dessas velhas idéias com roupagens novas e “um dia, por uma bela manhã, uma simples passeata militar” proclama a República Federativa por um decreto” (15 de novembro de 1889), “[...] assumindo o poder, os republicanos, civis e militares, cuidaram da transformação do regime. Instala-se o governo provisório sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca”, primeiro presidente do país. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

preocupação, diversos males assolavam as de produção do café e seu percurso por via férrea, sendo certo que nesse período era forte a influência dos grandes latifundiários nas diretrizes executivas do país.

No tocante especificamente aos *serviços* de saúde, estes emergiram no Brasil, ainda no século XIX, apresentando uma organização precária, baseada na polícia médica, em que as questões de saúde eram ainda de responsabilidade estritamente individual, cabendo ao indivíduo a atribuição de garantir sua saúde através do “bom comportamento”, e às políticas públicas de saúde cabiam o controle das doenças epidêmicas, do espaço urbano e do padrão de higiene das classes populares⁷.

A análise histórica revela que as políticas para controle das moléstias não foram muito eficazes diante do quadro de falta de recursos e infra-estrutura dos municípios e estados membros, para os quais fora descentralizada a administração. Somente a cidade de São Paulo teve melhor êxito na promoção de políticas de saúde.

No início do século XX surgiram os Institutos de Pesquisa e os Dispensários que tinham por finalidade o combate às doenças infecciosas, grande preocupação do governo, que então criou o Instituto Soroterápico Federal, com o fim de produzir nacionalmente vacinas para combater a peste bubônica e a febre amarela, que se disseminavam pelo país.⁸

Ocorreu que o combate das principais doenças pestilenciais se deu com obras de saneamento e um dos grandes nomes no combate à febre amarela urbana foi Osvaldo Cruz.

A princípio, o foco de combate às doenças era a mão-de-obra, principalmente cafeeira, que à época era o grande motor da economia do país. Finalmente, em 1923, Carlos Chagas criou o Departamento Nacional de Saúde Pública, cujos objetivos principais eram o saneamento e o combate às endemias.

Esse processo de atenção à Saúde Pública surgiu do enfrentamento das epidemias, cada vez mais espalhadas pelo território nacional. Entre 1918 e 1920, período pós-guerra, a gripe espanhola assolara o país, deixando inúmeros infectados

⁷ SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos. **As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde.** Disponível em: http://www.ufmt.br/revista/arquivo/rev10/as_politicas_de_s.html, consultado em 25 de outubro de 2018.

⁸ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde:** de acordo com a Constituição Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

na Capital Federal, o que ocasionou um verdadeiro caos.

Com a implantação dessas medidas e criação de órgãos especializados, as ações do Governo Federal de combate às principais doenças foram bastante efetivas, gerando, inclusive, revoltas populares, como por exemplo a Revolta da Vacina, que ocorreu na capital Rio de Janeiro.

A partir de 1930, ocorreu a ampliação das bases sociais, tendo em vista que a acumulação capitalista passou a ser dominada pelo capital industrial, formando-se, enfim, uma política nacional de saúde, ainda que de caráter restrito”.⁹ E foi nesse panorama que nasceu a Constituição de 1934.¹⁰

A Revolução de 1930 fora um marco para a história brasileira, visto que colocou um fim na República Velha – durante a qual não obstante se caminhou, na saúde, no sentido de uma medicina previdenciária - sendo instituído o governo Provisório, o que ocasionou a chegada de Getúlio Vargas ao poder.

Subindo Getúlio Vargas ao poder, na condição de líder civil da Revolução, houve a inclinação do executivo para a questão social. Por outro lado, a assistência à saúde deste período se resumia quase que somente a proteger a relação capital – trabalho, a fim de garantir o motor econômico do país.

O texto constitucional previa ser de competência concorrente da União e dos estados zelar pela saúde e demais assistências públicas (art. 10, inciso II).

Com sua especial atenção aos direitos sociais, o texto constitucional trouxe inúmeras inovações, tais como o voto feminino, voto secreto, proteção ao trabalhador e outras.

Porém, a Constituição de 1934 teve curtíssima duração. Em 1937 foi outorgada a Constituição conhecida como “Polaca”, de liame ditatorial e que regeu o Estado Novo.

O novo texto normativo contava com diversas medidas de caráter totalitário,

⁹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

¹⁰ “a Constituição Federal de 1934 é fruto do movimento de 1930, das mudanças operadas pelo Governo Provisório e da Revolução Constitucionalista de 1932”, que, inspirada pela Constituição de Weimar, inovou em muitos aspectos, especialmente foi a primeira a dar atenção aos direitos sociais e criou, inclusive, o Direito do Trabalho. RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

tais como a pena de morte nos casos de crime político, homicídio qualificado e proibição das greves entre outras.

A Carta de 1937, embora com a roupagem de constituição, não teve aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta: houve ditadura pura e simples, o Poder Executivo e Legislativo ficaram concentrados nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.¹¹

Quanto à saúde, nessa fase as organizações estaduais de saúde foram reformuladas e ampliadas, intensificando-se as ações do Governo Federal no combate às epidemias e grandes endemias, com direcionamento recursos à assistência à maternidade e infância”.¹²

Diferentemente do que ocorreu na Carta Constitucional anterior, a de 1937 tratava do assunto da saúde como privativa da União, cabendo aos estados legislarem de forma a suprir qualquer deficiência em atendimento às necessidades locais, desde que em conformidade com a lei federal.

A saúde infantil e do trabalhador encontraram destaque, a saber, nos artigos 16, XXVII e 137, I, respectivamente, a saúde da gestante, bem como “a velhice, a invalidez e os acidentes de trabalho também estavam protegidos”.¹³

O texto constitucional de 1937 não teve longa vigência. A queda do poder de Getúlio Vargas, alimentada pela entrada do Brasil na II Guerra Mundial, gerou, sem dúvida, a necessidade de um novo texto normativo nacional. Por conseguinte, houve a convocação de nova Assembleia Constituinte, que foi instalada em 01 de fevereiro de 1946 e teve a Constituição promulgada em 08 de setembro de 1946, trazendo a redemocratização do país, com repúdio ao Estado totalitário nascido em 1930.

No tocante a esse texto constitucional, observa-se que foi composta, em grande parte, pelas Constituições de 1891 e 1934, o que foi objeto de crítica por doutrinadores, entre eles José Afonso da Silva.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹² RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 181.

¹³ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 181

As principais inovações, após anos de ditadura, foram o fim da pena de morte, salvo em tempo de guerra, penas cruéis e tratamentos degradantes, a volta do direito de greve e demais leis trabalhistas que já haviam sido implantadas em 1934.

Na nova ordem normativa de 1946, cabia à União legislar sobre assuntos da saúde, não se olvidou a proteção ao trabalhador e se previu vantagens previdenciárias. Nessa época, ainda, a medicina preventiva e curativa cuidava quase que exclusivamente da saúde da classe trabalhadora, processo já iniciado na década de 30, quando teve início a seguridade social.

Paralelamente ao processo constitucional que prestigiou a proteção da saúde do trabalhador, durante os anos 50, houve uma situação peculiar na medicina liberal: o número de médicos cresceu, ao passo que o número de pacientes aptos a pagar por atendimento particular diminuiu, o que gerou a organização dos profissionais em redes de clínicas e hospitais de caráter lucrativo. Estas passaram a se conveniar com a Previdência, ou até mesmo com as empresas que empregavam e assim garantiam a assistência aos seus trabalhadores. Surgiram, então a atividade comumente conhecida como Medicina de Grupo ou Seguro Privado de Saúde.¹⁴

A noção de prevenção – não somente aquela feita com a aplicação em massa de vacinas – surgiu na década de 60, acompanhando a ideia de cura, nascendo, finalmente, o conceito de saúde mais amplo.

A revisão histórica mostrou, pois, que a saúde nasceu como uma questão social durante o processo cafeeiro, na conjunção entre o uso do trabalho assalariado e o delineamento de uma política social.

Contemporaneamente ao desenvolvimento da noção de saúde, a saúde – assim como outros ramos da ciência, experimentou um grande desenvolvimento, gerando, não obstante, altos custos de tratamento e, portanto, uma crise no Sistema Nacional de Saúde.

Nessa época, politicamente, o Brasil ingressara na Era Militar, a qual viveu o desenvolvimento em muitos setores, entre eles um considerável avanço econômico. Todavia o período foi caracterizado pelo retardamento, senão abandono dos

¹⁴ CAMPOS, Juarez de Queiroz; Santo, Antonio Carlos G.E.; Mantovani, Maria de Fátima. **Introdução à saúde pública**. São Paulo: J. Q. Campos, 1987.

programas sociais pelo Estado. No aspecto social, a imagem internacional do Brasil ficou marcada por baixos indicadores de saúde, educação e habitação, ou seja, dos fatores que medem a qualidade de vida de um povo.¹⁵

Durante esse período, a União era a responsável por legislar acerca de assuntos relacionados à saúde, previdência e seguro social e os estados-membros legislavam supletivamente a ela.

A Constituição assegurava aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;

Como consequência do abandono dos serviços sociais durante a Era Militar, houve um crescimento da mobilização em defesa dos direitos, entre eles a saúde.

Em nosso país os movimentos de contestação em saúde cresceram em número e intensidade, de tal modo que, entre o final da década de 70 e o início de 80, sindicatos e partidos políticos também iniciaram uma fase de discussão e mobilização, centrada na questão da saúde.¹⁶

Os planos de saúde ganharam então destaque por atenderem não só o trabalhador, mas também seus familiares, ainda que sua cobertura fosse, na maioria dos casos, local ou regional apenas. Foi através do Decreto-lei nº 200 que foi redefinida a área de atuação e competência dos órgãos responsáveis pela assistência à saúde.

Nesse cenário, a análise histórica demonstra que as medidas de combate à pobreza não se revelaram efetivas, e com isso, as políticas públicas também não,

¹⁵ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005

¹⁶ SOARES, Nina Rosa Ferreira; MOTTA, Manoel Francisco Vasconcelos. **As políticas de saúde, os movimentos sociais e a construção do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: http://www.ufmt.br/revista/arquivo/rev10/as_politicas_de_s.html, consultado em 25 de outubro de 2018.

entre elas a política de saúde. O problema que se colocou, desta forma, foi a dificuldade de elevação da renda, dos níveis de educação e moradia, e, conseqüentemente, a saúde também.

Como política pública de saúde, houve a criação, em 1975, do Sistema Nacional de Saúde, embrião do atual SUS, e a partir de então o atendimento à saúde começou a ser universal.

Como forma de suprir as lacunas no serviço de proteção à saúde, ainda na década de 70 haviam se popularizado os *convênios-empresas*, em que as empresas passavam a se responsabilizar pela assistência médica a seus funcionários, muitas vezes com subsídios da Previdência Social. Surgiu, assim, o que conhecemos por medicina em grupo, que até hoje representa um papel importante no atendimento médico à saúde, de forma supletiva.

Dentro deste contexto: de criação do precursor do SUS, do crescimento dos planos de saúde para atendimento de particulares e incremento dos convênios coletivos empresariais, a ditadura encontrou seu fim na década de 80.

Em 1985 foram restituídos a eleição direta para presidente, o direito ao voto dos analfabetos, a multiplicidade partidária, entre outros.

Tancredo de Almeida Neves foi o primeiro civil eleito presidente (embora de forma indireta) após quase 20 anos de ditadura, contudo, sua morte ocorreu antes que assumisse o mandato.

Concomitantemente à mobilização nacional nas diversas esferas da sociedade, a comunidade internacional também se mobilizava em benefício da saúde, um exemplo é a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alta-Alma (URSS) em setembro de 1978.

No contexto internacional, a primeira Constituição a estabelecer a saúde como um direito fundamental fora a italiana, que relacionou este direito ao da seguridade social, que visa garantir assistência aos que com ela contribuíram ao longo de suas vidas em casos de doença, invalidez, sinistro e outros auxílios oriundos da velhice do contribuinte e seus familiares próximos.¹⁷

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

No Brasil, a grande mudança estava por vir e o conceito de direito à saúde sofreria uma mudança completa naquele que hoje é nosso texto constitucional, passando a ter a natureza reconhecida de direito social.

A saúde encontrou campo fértil na elaboração da nova Constituição Federal. Em 1986, acontecera a VIII Conferência Nacional da Saúde, o que tornou possível, em 1987 a implementação do SUDS, que tinha como principais objetivos o acesso universal à saúde e também melhorar, com melhor racionalização, os custos e recursos, mediante a unificação dos serviços de saúde do setor previdenciário e de saúde pública.

Foi proposta, por conseguinte, em 1987, a unificação dos sistemas de saúde, em nível estadual, com a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, por iniciativa da Previdência Social.

Um pouco mais tarde, o SUS, com a estrutura conhecida atualmente, foi criado com a Constituição Federal de 1988 e complementado pela Lei 8080, de 1990.

Em que pese a saúde não ter alcançado o grau de efetividade esperado com a vigência da atual Constituição, sem dúvida o novo texto foi um marco decisivo, o alicerce do que temos regulamentado hoje dentro do corpo normativo e em diversas leis esparsas.¹⁸

1.2. Constituição de 1988 e o direito à saúde

A Constituição Federal de 1988 nasceu em um cenário de redemocratização política e rica participação popular, por conseguinte, a introdução da saúde no rol dos direitos sociais foi resultado desse processo.

É inviável delimitar adequadamente o direito à saúde sem passar pelo próprio conceito de saúde. Em outras palavras, é indispensável o preciso conhecimento do

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

objeto juridicamente protegido para que se possa conhecer a amplitude e a dimensão exatas das consequências advindas do reconhecimento do direito e sua fruição.¹⁹

José Afonso da Silva ressalta a natureza dos direitos sociais como uma dimensão dos direitos fundamentais, sendo aqueles obrigações positivas executadas direta ou indiretamente pelo ente estatal “[...] enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.²⁰

Pioneira, pois, dentre as Constituições brasileiras que reconheceu o direito a saúde como um direito fundamental, este se encontra expresso no artigo 6º (juntamente com os demais direitos fundamentais sociais), bem como nos artigos 196 a 200, que contêm uma série de normas sobre o direito à saúde.

A nova política de saúde teve um grande impulso na já mencionada VIII Conferência Nacional de Saúde, convocada pelo então presidente José Sarney, da qual participaram diversos profissionais de saúde que haviam ingressado no serviço público. Durante a Conferência surgiu uma proposta de emenda popular que foi depois submetida à Assembleia Constituinte e por ela adotada em grande parte.

Todo o rico contexto de elaboração da política de saúde, inclusive com a ativa participação do setor privado, conferiu um status especial ao direito à saúde²¹

Um exemplo do que foi dito anteriormente é o artigo 196 da Constituição Federal: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A Constituição Republicana de 1988, desta forma, garante em diversos artigos, espalhados por todo seu corpo normativo, o direito à saúde e o coloca como responsabilidade comum entre União, estados, municípios e o Distrito Federal.

¹⁹ MAPELLI JR. Reinaldo. “Judicialização da Saúde e Políticas Públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico constitucional do SUS”, tese apresentada a Faculdade de Medicina da USP para obtenção do título de doutor em Ciências, 2015.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

²¹ “Com efeito, diferentemente dos demais direitos sociais ali afirmados, apenas o direito à saúde tem sua garantia claramente vinculada às políticas e econômicas, as diretrizes do sistema expressamente formuladas, envolvendo a participação da comunidade, e suas atribuições enumeradas no próprio texto constitucional (CF, arts. 196, 198 e 200)”. Sueli Gandolfi Dallari, in “A Construção do Direito à saúde no Brasil”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.3, p. 9-34, nov. 2008-fev.2009.

É considerado, dentro da sistemática brasileira, pois, um direito social e fundamental, ou seja, um dever do Estado. O direito à saúde é visto, assim, como inerente aos seres humanos, e garante a sua vida com dignidade, sendo fundamento da República Federativa do Brasil, expresso na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, apresenta expressamente a busca por uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e por fim promoção do bem de todos. O direito à saúde é um dever do Estado, sendo inerente ao direito à vida com dignidade, concretizando assim o direito fundamental e social.

Logo, com tamanho engrandecimento da ideia de dignidade da pessoa humana, integrada, logicamente, pelo direito à saúde, uma notável alteração consistiu que, a partir da elaboração da atual Constituição Federal, a previdência social, a saúde e a assistência social foram unificadas; a ADCT de número 55, aumentou os gastos com a seguridade social e foi fator decisivo para que isso acontecesse, tanto que em norma de transição fixou o percentual de 30% do orçamento da Seguridade Social para a saúde.

E da previsão constitucional das responsabilidades do Estado e respectivas políticas emerge a própria noção de eficácia do direito à saúde, sendo certo que gozar do direito à saúde é direito de todos e não apenas daqueles que se socorrem dos Tribunais para o alcançar.

As previsões constitucionais devem, pois, ser regulamentadas por normas infraconstitucionais, a fim de garantir o direito à saúde efetivo a todos, e não apenas se tornarem texto estéril com status de cláusula pétrea.

E nesse sentido, a busca pela eficácia do direito à saúde, que integra a própria concepção de dignidade da pessoa humana, interferiu diretamente no seu tratamento pelo texto constitucional, inclusive, e como será objeto no próximo capítulo, pela previsão dos mandados de criminalização.

Como já foi dito, a Constituição de 1988, deu especial relevância à saúde como direito e garantia fundamental, sendo indissociável da noção de bem-estar e justiça

social. Outrossim, a Saúde ganhou capítulo próprio, sendo umbilical ao conceito do direito à vida e garantia da dignidade humana.

Em resumo, a saúde foi então elevada à condição de direito fundamental do homem, com todas as consequências naturais do reconhecimento de tal natureza: como a percepção da igualdade no direito à vida – não importando classe social ou econômica, e o tratamento condigno em casos de doença, sob pena de se tornar inoperante a previsão constitucional.

Pode-se concluir, na busca do conceito jurídico de saúde, que atualmente ele se diferencia da mera assistência médica ou farmacêutica, tratando-se de um bem estar biopsicossocial mais amplo, que se traduz em um bem jurídico a ser obtido por um sistema público e universal de saúde, com foco principal na atenção básica, bem como, por outras políticas públicas que condicionam e determinam esse direito, mas não se confundem com ele.²²

Reconhecida a igualdade do direito à saúde, independentemente, portanto, de contribuição, os sujeitos passaram assim a ser indeterminados, surgindo a noção de direito difuso.

1.2.1. Princípios atinentes ao direito à saúde

Para tratar do direito à saúde, pois, essencial que se mapeie o próprio conceito de saúde e seus princípios.

Além da concepção da igualdade no direito à saúde, este, na Constituição de 1988, nasceu revestido de outros princípios informadores das políticas de saúde: a universalidade e a integralidade.

São relevantes, pois, para a análise das exigências relativas ao direito à saúde e atine aos mais diversos temas, como por exemplo os pedidos judiciais de medicamentos, pois formam o conteúdo jurídico das previsões constitucionais ²³.

²² MAPELLI JR. Reinaldo. “Judicialização da Saúde e Políticas Públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico constitucional do SUS”, tese apresentada a Faculdade de Medicina da USP para obtenção do título de doutor em Ciências, 2015.

²³ “A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

São previstos expressamente:

“Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;” Lei 8080 de 1990.

Assim, numa concepção macro, o respeito do direito à saúde e por consequência à vida com dignidade estão tutelados pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento jurídico, que devem orientar o intérprete e o operador do direito, norteados por seus princípios.

1.2.1.1 Universalidade

O princípio constitucional da universalidade nas políticas públicas de saúde significa que a prestação de serviço público de saúde deva alcançar todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país (artigo 5º, caput da CF/88), titulares de direitos fundamentais sociais, dentre os quais se insere o direito à saúde (artigo 6º). Formulado como garantia de “acesso universal e igualitário” às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (CF/88, artigo 196), ele se também está presente no inciso I do artigo 194 (que dispõe sobre a universalidade da cobertura e do atendimento pela seguridade social).

No direito brasileiro, a universalidade se relaciona com a gratuidade no acesso aos serviços, configuração expressamente atribuída à política pública instituída por meio do Sistema Único de Saúde.

Uma vez associadas universalidade e gratuidade, a política pública de saúde se afasta da “focalização”, segundo a qual o acesso aos bens e serviços no sistema de saúde público deveria atender somente aos mais pobres. A opção pelo caminho da saúde pública e universal, aponta Octávio Ferraz, prestigia objetivos de “maior coesão social (todos, independentemente da condição econômica, compartilham os mesmos serviços).

Por fim, registro que o direito à saúde, regido pela dicção constitucional que ordena o “acesso universal igualitário” (art. 196), reclama respeitar e observar as diferentes situações experimentadas pelos indivíduos e grupos quando do desenvolvimento das políticas públicas. Numa sociedade plural e diversa, cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, etc., presente nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde capaz de atendê-los.

Nesta linha, pode se falar num direito difuso de um sistema de saúde que conjugue medidas genéricas e medidas específicas (que consideram a especificidade de cada grupo) de prevenção e promoção da saúde, como aponta, por exemplo, a ideia de redução de danos entre usuários de drogas.

Outras situações também podem ilustrar esta realidade, como também demonstram campanhas dirigidas a profissionais do sexo e a homossexuais. Este último sentido da universalidade pode ser relacionado a uma das vertentes do princípio da integralidade.

1.2.1.2. Integralidade

Outro princípio constitucional informador das políticas públicas de saúde que demanda uma compreensão adequada é a integralidade, prevista como princípio expresso no artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080 de 1990 e nas seguintes letras pelo texto constitucional: da integralidade de assistência,

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo

com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. A transcrição integral do artigo onde se insere a expressão “atendimento integral” não é gratuita.

A insuficiência das referências constitucionais aos conceitos amplos de cura, prevenção ou promoção (art. 196) e a um imperativo genérico de “integralidade” (art. 198, II), palavra que ainda não foi bem delimitada pelo Direito, tem suscitado as maiores controvérsias sobre o direito à saúde, quando analisado como direito às prestações materiais do Estado. De um lado, há que se reconhecer a dimensão pessoal e individual do direito à saúde e o acesso ao Poder Judiciário garantido constitucionalmente (art. 5, inc. XXXV); de outro, tem-se o problema da limitação dos recursos públicos e o efeito colateral questionável e até perverso que as decisões judiciais tem causado ao assegurar o direito apenas àqueles que tem acesso ao Judiciário, ou extrapolando o que teoricamente deveria ser proporcionado pelo SUS²⁴.

Objetiva chamar a atenção para a compreensão da integralidade tanto como evitar-se uma atitude médica fragmentada diante dos pacientes, como a coordenação dos diversos serviços médicos, assistenciais e sociais, sem esquecer da organização administrativa e da cooperação entre as diversas esferas de ação governamental envolvidas no desenvolvimento do sistema único de saúde.

A integralidade do direito à saúde deve ser compreendida com um conjunto de ações e serviços que buscam informar, prevenir e tratar as doenças e agravos à saúde, garantindo ao indivíduo a proteção do seu potencial biológico e psicossocial e a recuperação de sua saúde, ou seja, implica no conceito mais amplo de saúde.

Dotado desses princípios, o direito à saúde é reconhecido pela doutrina como norma de ordem pública e imperativa, de tal sorte que deve ser protegido por ser um pressuposto indispensável à existência da vida e também promovedor de sua qualidade.

A doutrina, pois, reconhece sua natureza potestativa e insere o direito à saúde como fundamento do Estado Democrático, na medida em que concretiza a igualdade

²⁴ MAPELLI JR. Reinaldo. “Judicialização da Saúde e Políticas Públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico constitucional do SUS”, tese apresentada a Faculdade de Medicina da USP para obtenção do título de doutor em Ciências, 2015.

social.²⁵ Dentro de um conceito contemporâneo do direito à saúde, se tem vislumbrado a importância de sua definição a nível local, para alcançar essa igualdade social e realização efetiva de seus princípios.²⁶

E todo o estudo da evolução do direito à saúde nos textos constitucionais e de previsões meramente acidentais à elevação de direito fundamental; seu conceito; seus princípios; enfim, toda a discussão sobre o que permeia o direito à saúde é extremamente entrelaçada com o tema que será objeto da dissertação defendida no final do curso, que versa sobre drogas sintéticas, as quais provocam enormes efeitos colaterais decorrentes do uso, afetando gravemente a saúde do usuário.

Não há como desvincular o problema de saúde pública, decorrente do uso de drogas sintéticas, da abordagem constitucional do direito à saúde, de tal forma que se faz de extrema importância o conhecimento da natureza desse direito, sua abrangência e as mais diversas formas existentes para sua tutela e exercício.

E a previsão constitucional, como não poderia deixar de ser dentro de um sistema normativo complexo, se enastra com as opções do legislador na tutela penal.

Assim, opção do legislador em erigir determinados bens à tutela penal está em consonância com o princípio da intervenção mínima, de maneira a contemplar tão somente a proteção de bens da mais alta relevância e que os demais ramos do direito não se mostraram suficientes para desempenhar essa função.

A referência para se saber se determinado bem jurídico faz jus a tutela penal pode ser encontrada no próprio corpo da Constituição Federal. Isso não ocorrerá necessariamente de forma direta, mas, repita-se, a partir de uma interpretação sistemática.

²⁵ “O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia, trabalho, lazer, alimentação saudável na qualidade necessária, campanha de vacinação dentre outras. CARVALHO, Kildare Gonçalves de. Direito Constitucional, Ed. Del Rey, 2008.

²⁶ “Verificada a amplitude conceitual da saúde, fica óbvio que só é possível precisar o que está implicado na definição do estado de saúde de pessoas concretas, situadas e que vivam ou trabalhem em determinada comunidade. (...) Deve-se concluir, então, que é do próprio conceito contemporâneo de saúde que decorre a exigência de sua definição em nível local, com a necessária participação da comunidade envolvida”. Sueli Gandolfi Dallari, in “A Construção do Direito à saúde no Brasil”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.3, p. 9-34, nov. 2008-fev.2009.

Por conseguinte, há anos os estudiosos do direito têm entendido que a leitura do direito penal não pode ser feita sem que se observem os valores constitucionais. Assim, a busca por uma justiça mais equilibrada passa pelo desapego à letra formal da lei infraconstitucional e se vale de uma interpretação à luz da Constituição, no que ela tem de explícito e implícito.

Se por um lado, os princípios constitucionais de matriz liberal visam dar garantias aos cidadãos frente ao Estado, limitando o leque de possibilidades de uma interferência penal por parte do legislador ordinário, por outro, os Estados, atendendo a uma função de caráter mais social, têm expandido a incidência do direito penal visando a proteção de bens coletivos e difusos.

1.3. Documentos internacionais

O presente estudo se referiu, até o momento, à evolução do direito à saúde nos textos constitucionais brasileiros, desde a primeira constituição, de 1824, em que a menção ao direito à saúde foi praticamente acidental, até a constituição atual, de 1988, em que ele foi reconhecido como direito fundamental e como norma de ordem pública, imperativa e inviolável, dotado de princípios da universalidade e integralidade, bem como de equidade e com natureza de dever do Estado.

Sucedem, porém, que se o conjunto normativo brasileiro deve ser interpretado de forma sistemática, pois uma lei não é gerida e tampouco vige de forma estanque no contexto legal, igualmente a evolução do direito à saúde no Brasil não foi alheia ao cenário internacional.

A noção de direito à saúde, no mundo, também se transformou ao longo do tempo e a preocupação com os limites globais indefinidos, incrementou a negociação e assinatura de tratados internacionais.

Antes disso, em estágio embrionário, é possível citar os regimes de quarentena, já existentes no fim do século XIV, como o início da preocupação internacional com a questão sanitária.

O entendimento histórico do direito à saúde, que teve seus rudimentos nas práticas religiosas e místicas, próximo de um curandeirismo, evoluiu durante a revolução industrial como lei de mercado e visando justamente garantir a eficiência

dos trabalhadores, até alcançar o status atual.

De fato, o início da preocupação científica com a saúde coletiva teve seu marco na 1ª. Conferência Sanitária Internacional, realizada em 1851, com edição de um código de normas.

Foi na sociedade pós-guerra que a preocupação com a saúde se fortaleceu e, em âmbito internacional, passou a merecer atenção especial. Ganhou, então, contornos de cooperação internacional.

A criação da OMS (Organização Mundial da Saúde) em 1946 representou, assim, os esforços internacionais para proteção à saúde, com o reconhecimento do sentido amplo de “saúde”.

A palavra saúde passou a ser compreendida em seu sentido amplo, ou seja, abrangendo sua dependência das condições de vida (condição pessoal) e também da organização social (ideia de ausência de doenças).

Passou-se, por conseguinte, de um conceito de saúde eminentemente curativa para um conceito de saúde integral, que hoje ampara a jurisprudência e permeia nosso ordenamento jurídico.

No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) está conceituado: “Saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

A OMS, que em seu artigo 1º, prevê como seu objetivo “levar a todos os povos ao nível de saúde mais elevado possível” - de tal forma que gozar do melhor estado de saúde possível se configurou direito fundamental, tornou-se o personagem principal no cenário internacional.

Alcançou-se, ainda, a noção de que a diferença no grau de desenvolvimento na saúde entre os países representa um perigo comum, afinal, as fronteiras passam a ser apenas políticas, pois fisicamente o mundo passou a ficar cada vez mais integrado.

Outras organizações internacionais como a OIT, UNICEF, UNESCO, passaram a contribuir direta e indiretamente com a questão sanitária. Especificamente nas

Américas a OPS (Organização Pan Americana de Saúde) começou a desempenhar papel importante.

O direito à saúde não foi mais visto como um direito de responsabilidade individual, mas sim, coletiva. “A saúde depende, então, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas também do ambiente social e econômico, tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona (...) ninguém, pode, portanto, ser individualmente responsável por sua saúde”.²⁷

Esse conceito de saúde integral teve, sem dúvida, sua semente no tratado constitutivo da OMS de 1948, em que se reconheceu sua universalidade e natureza de direito fundamental, influenciando diretamente nosso texto constitucional de 1988.

Após a criação da OMS surgiram vários documentos internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que previu expressamente o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. Para tanto, previu várias formas de os países atingirem esse objetivo, como a redução da mortalidade infantil. Referido tratado foi ratificado pelo Congresso brasileiro em 1992.

Outro marco importante do tratamento internacional do direito à saúde foi a Declaração de Alma Ata de 1978, publicada ao final da Conferência Internacional sobre cuidados Primários de Saúde. Essa declaração apresentou os principais consensos globais sobre a promoção da saúde, entre eles o direito de as pessoas participarem das diretrizes na área da saúde (item IV).

Foram realizadas, após a Alma Ata, diversas conferências internacionais sobre a Promoção da Saúde, entre elas a de Ottawa, em 1986, que explicitou, em sua carta, a promoção da saúde como fator fundamental de melhoria da qualidade de vida.

Outros documentos internacionais, de forma indireta, tratam do direito da saúde, como a Convenção sobre Direitos das Crianças, de 1989. Outrossim, observa-se que o conjunto de documentos internacionais consagra um núcleo de valores

²⁷ Sueli Gandolfi Dallari, in “A Construção do Direito à saúde no Brasil”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.3, p. 9-34, nov. 2008-fev.2009.

comuns.

Portanto, até mesmo organizações diversas, como a OMC (Organização Mundial do Comércio), proporcionaram a elaboração de tratados que, indiretamente, buscavam gerir a questão sanitária.

É o caso, por exemplo, do Acordo Sanitário e Fitossanitário (SPS), sob o comando da OMC, que regulamenta o direito de um Estado de alcançar o objetivo de proteção à saúde.

O acordo ADIP – Acordo da OMC sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, de 1994, por exemplo, foi um deles. Esse tratado revela a organização da sociedade internacional numa questão que gera preocupação com a saúde: as patentes farmacêuticas, mais exatamente prevê o direito dos estados que o assinaram instituírem, no âmbito de seus ordenamentos jurídicos, leis e regulamentos próprios que objetivem a proteção da saúde e nutrição públicas (artigo 8, inciso I), tanto quanto leis e regulamentos que visem evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por parte de seus titulares, ou para evitar práticas que restrinjam o comércio que afetem de forma adversa a transferência internacional de tecnologia (art.8, inciso II)

O pacto de San Jose da Costa Rica, assinado em 1992, trouxe novo respaldo à natureza reconhecida do direito à saúde – como direito subjetivo individual e direito social prestacional e hoje nosso sistema jurídico está repleto de diversas formas de proteção à saúde, inclusive a previsão de crimes contra a saúde pública em nosso Código Penal.

Sem prejuízo dos acordos e esforços internacionais para promoção da saúde, nascidos em razão dos mais diversos interesses, e não somente a proteção à saúde, é possível ainda citar a atuação de Organizações Não Governamentais (ONGs).

Especificamente em relação aos entorpecentes, objeto da presente dissertação, diversos são os tratados internacionais que se debruçam sobre o assunto. A dificuldade que se constata, inicialmente, é a etimologia e o próprio conceito de “droga” para cada um dos países, que pode ser concebida em seu uso farmacológico, médico ou popular, este entendido como de drogas ilícitas.

No Brasil o conceito está presente na Lei 11.343, de 2006, que estabelece como sendo as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, fazendo remissão a leis e tabelas periódicas.

Fato notório consiste em que a luta contra as drogas ilícitas impinge um alto custo econômico e social aos países, de forma que o controle e repressão de drogas ilícitas geraram a assinatura de diversos tratados, e foram bastante influenciados pelos Estados Unidos da América e sua política de repressão.

O marco inicial mundial de combate aos entorpecentes foi a Comissão de Xangai, de 1909, e buscava lidar com o ópio da China

Ainda com a preocupação acerca da disseminação do ópio, as principais potências se reuniram em 1911 para negociar um novo tratado, o que resultou na aprovação da Primeira Convenção Internacional do Ópio, que limitava a produção de ópio, morfina e cocaína, com a proibição do uso recreativo.

Em 1925 adveio a aprovação da Segunda Convenção Internacional do Ópio, que criou o controle penal das drogas, de acordo com o qual os países deveriam enviar as estatísticas sobre produção de drogas.

As convenções eram mais regulatórias do que proibitivas, de maneira que o tratado da Segunda Convenção foi esvaziado com a retirada dos Estados Unidos.²⁸

Houve ainda a aprovação de outras convenções que não alcançaram maior importância: em 1931, a Convenção Internacional para Limitar a Fabricação e Regulamentar a Distribuição dos Estupefacientes, que limitou a produção de drogas aos usos e atividades científicas e medicinais, restringindo a quantidade de drogas nos Estados; em 1936, a Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, em que os Estados se comprometeram a criar medidas legislativas para punir o tráfico de entorpecentes e as condutas a ele relacionadas. Houve, portanto, nessa convenção, a criminalização da venda de drogas, sendo o primeiro mandato criminalizante em um tratado sobre drogas. Foi assinada por apenas 13 países e passou a vigor durante a 2ª. Guerra Mundial, ou seja, em um período em que sua

²⁸ LIPPI, Camila Soares. O discurso das drogas construído pelo Direito Internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v.10, n.2, p. 53-65.

aplicação não era exatamente a prioridade.

Foi somente após a 2^a. Guerra Mundial, com o enfraquecimento da Europa e fortalecimento dos Estados Unidos, que o combate aos entorpecentes passou a merecer um robusto regime internacional de controle das drogas.

Logo, no âmbito mundial, a criação da ONU, em 1945, conferiu fôlego ao combate aos entorpecentes, pois ela se engajou e assumiu a responsabilidade de consolidar os esforços no combate às drogas. A ONU foi, por conseguinte, responsável pelo incentivo a tratados sobre drogas e sua padronização, criando, inclusive, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC).

Esses tratados, decorrentes de ações internacionais, podem significar acordos bilaterais, uma cooperação pontual entre países, como por exemplo a proteção de fronteiras e multilaterais, envolvendo vários países e organizações internacionais.

Em 1961 foi realizada a Convenção Única sobre Entorpecentes, que propôs a sistematização de medidas no combate às drogas e estabeleceu diretrizes de fiscalização internacional de substâncias entorpecentes. Fato importante é que essa Convenção, dita única, visou justamente substituir os tratados outros anteriores e lançou o discurso das drogas como um mal à saúde pública.²⁹

Pouco tempo depois, o Protocolo de 1972, que emendou a Convenção de 1961, passou a prever os tratamentos de reabilitação, objeto de diversos programas multinacionais.

Posteriormente, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, em 1971, complementou a convenção anterior no que se refere à diversificação de novas drogas, incluindo, ainda, medidas gerais sobre o tráfico e abuso de drogas.

Essa Convenção passou a limitar o uso das drogas psicotrópicas, conhecidas como artificiais, como o LSD, apenas para fins médicos e medicinais, refletindo o contexto da época, em que drogas como *Cannabis* e LSD eram símbolos da cultura *hippie*, e o objetivo foi criminalizar o tráfico dessas substâncias, e não o uso propriamente dito. Por conseguinte, cabia a cada Estado-parte legislar penalmente

sobre o assunto em seu âmbito local.

Em 1988, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substancias Psicotrópicas (Convenção de Viena) propôs medidas mais amplas de combate ao tráfico de entorpecentes, incluindo a luta contra a lavagem de dinheiro e outros crimes relacionados, bem como o fortalecimento do controle dos chamados “precursores químicos”, usados na produção de entorpecentes e da assistência jurídica recíproca. Foi a primeira vez que o uso pessoal de entorpecentes foi criminalizado em um tratado internacional, sendo objeto, portanto, de repressão.

Necessária se fez essa Convenção justamente para fortalecer e intensificar meios jurídicos efetivos na cooperação internacional em matéria penal, buscando resultados efetivo e compromisso jurídico no combate às atividades criminosas decorrentes do tráfico de entorpecentes. Sua importância é notória uma vez que foi ratificada por mais de 100 Estados, 25 deles do continente americano.³⁰

Referida Convenção nasceu, justamente, no contexto histórico de fim de Guerra Fria, quando os países, especialmente Estados Unidos, voltaram suas atenções para as associações de tráfico-terrorismo e passaram a buscar formas de desarticular redes de tráfico.

Uma grande diferença da Convenção de 1988 em relação às anteriores consiste em que não fez qualquer ressalva em relação à obediência das medidas penais aos princípios constitucionais de cada país. A intenção dessa nova formulação foi justamente tentar sua obrigatoriedade, com a efetiva aplicação de medidas penais.

Em 1988 foi realizada pela ONU uma Sessão Especial da Assembleia Geral (UNGASS) da ONU sobre o problema mundial de controle dos entorpecentes e foi aprovada a Declaração dos Princípios Orientadores da Redução da Demanda.

Além dos acordos mundiais para controle dos entorpecentes e combate a eles, o Brasil firmou diversos outros acordos multilaterais e bilaterais menores, hoje em vigor, conforme se verifica do banco de dados do Itamaraty³¹, entre eles: Acordo de Cooperação entre o Brasil e Moçambique sobre o Combate à Produção, ao Consumo

³⁰30 TROTTA, Sandro Brescovit, FERREIRA, Luciano Vaz. *Cooperação jurídica Internacional em matéria penal: contornos históricos*, in Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 1-14, jan-jun 2013.

³¹ <https://concordia.itamaraty.gov.br>, consultado em 19 de setembro de 2018.

e ao Tráfico Ilícitos de Entorpecentes, Substâncias Psicotrópicas e sobre o Combate às Atividades de Lavagem de Ativos e outras Transações Financeiras Fraudulentas, celebrado em 2004; Ajuste Complementar, por troca de Notas ao Acordo de Cooperação para a Prevenção do Uso Indevido e Combate ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 2004; Acordo de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Líbano sobre o Combate à Produção, ao Consumo e ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e sobre o Combate às Atividades de Lavagem de Dinheiro e outras Transações Financeiras Fraudulentas Afins, entre outros.

Em resumo, em âmbito mundial se constata a preocupação cada vez maior com o combate às drogas, a forma de sua distribuição aos países, suas rotas, os crimes a ela correlatos, e viabilização de todos os meios possíveis no seu combate, almejando-se a eficiência em relação a um problema que não pode ser combatido apenas localmente, sem a cooperação internacional, tampouco se resolve apenas com acordos internacionais, pois as políticas públicas e leis são essenciais para a efetivação de qualquer medida contra a disseminação das drogas.

No Brasil, houve a ratificação das Convenções de 1961, 1971 e 1988, bem como o país se comprometeu com a declaração emanada da UNGASS.

Internamente, já em 1890, o Código Penal dispusera, em seu artigo 159, sobre a proibição a algumas substâncias venenosas, que passaram a se chamar entorpecentes apenas com a edição do Decreto 4294, de 1921. Novas alterações surgiram até alcançar o tratamento conferido atualmente pela Lei 11343, de 2006 a qual e hoje o tráfico de entorpecentes é influenciada pelos documentos internacionais e integrada notadamente pela jurisprudência, como se observará, adiante, no tocante ao conceito de traficante.

O que se nota, da evolução histórica das constituições brasileiras e dos tratados internacionais, com a respectiva influência em nosso sistema, é a inserção do tráfico de entorpecentes como problema de saúde pública, uma vez que o direito á saúde é prejudicado pelo tráfico e, portanto, está ligado à tutela da saúde pública.

Especialmente, como marco da noção dos entorpecentes como problema de saúde pública, pode-se citar Convenção Única das Nações Unidas para a proibição de estupefacientes (1961) impulsionada pelo combate dos Estados Unidos à drogas, e que adotou a visão de que os entorpecentes devem ser combatidos uma vez que,

nas mãos erradas, provocam um problema social, econômico e de saúde pública.

Anteriormente, a ideia que se tinha das drogas não era necessariamente negativa, uma vez que várias delas surgiram de usos diversos e até foram descobertas em decorrência de aplicação medicinal.

Sucedem, contudo, que os entorpecentes passaram a ser tratados como problema de saúde pública e seu combate, portanto, consistir numa forma de tutela do direito à saúde e a partir da noção de que o entorpecente passa ser nocivo e gerar um problema efetivo quando em posse das mãos erradas.

Ou seja, a Convenção Única das Nações Unidas para a proibição de estupefacientes (1961) adotou a ideia de que os entorpecentes são problema de saúde pública quando ocorre o acesso à droga de quem não deveria.

2.TUTELA PENAL DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Republicana é a lei maior de todo o ordenamento normativo brasileiro, determina como devem ser produzidas as demais normas e limita o conteúdo das mesmas, condicionando-o ao seu texto, às suas determinações, sob pena de alguma lei contrariar a lei maior, ser declarada inconstitucional.

O saudoso mestre Paulo Bonavides ensina que as Constituições não raro inserem matéria de aparência *constitucional*. São pontos introduzidos no texto constitucional, mas que não se referem a elementos básicos ou institucionais da organização política, mas que por opção o Constituinte atribuiu-lhe roupagem da lei maior.

Dividida em diversos capítulos, um dos principais está no começo da Constituição, ou seja, no Título I, os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito no Brasil, artigos 1º a 4º.

E, quando se introduz a questão dos princípios constitucionais, não há como dissociar o tema da saúde pública da ideia de dignidade da pessoa humana, que é o maior princípio de todos, por ser um atributo humano, sentido e criado pelo homem, por ele desenvolvido e estudado ao longo da história.

Nos primórdios, ainda sem noção de dignidade humana, quando o homem passou a se organizar em sociedades rudimentares, a honra, a honradez e a nobreza eram atributos respeitados no grupo. Assim, alguns membros ganham destaque dentro do grupo.³²

Os dados introdutórios até aqui produzidos mostram que o exame da Constituição democrática revela que, no mundo do dever ser da ordem social, esta encontra na seguridade social um dos seus fatores de realização.

Com efeito, a garantia do direito à saúde, expressamente referida no artigo 196 da Constituição, inscreve-se exata e precisamente no rol daquele conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos voltadas para a realização da nova ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça sociais.

Destarte, a saúde, consagrada na Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental, recebe, deste modo, proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Ao reconhecer a saúde como direito social fundamental, o Estado obrigou-se a prestações positivas, e, por conseguinte, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

A nova ordem estabelecida a partir do Estado Democrático de Direito não se limita, pois, às garantias de caráter individual ou mesmo de caráter social, abrangendo a tutela de interesses coletivos e difusos; implica a atuação estatal vinculada a preceitos constitucionais que deem segurança jurídica, moldando o legislador infraconstitucional em seu mister.

A concepção de bens jurídicos tem sido trabalhada desde o século XIX e, em que pesem algumas variações quanto a estarem previstos em sua totalidade na Constituição Federal ou se ancorarem em direitos naturais, o fato é que serviria como porto seguro ao legislador ordinário para que não expanda o direito penal a proteger valores que não encontram respaldo num Estado Democrático.

³² “dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico. PLACIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico, Ed. Forense, 1963.

Nesse ponto, surge uma questão de suma importância a ser analisada: a existência de mandados de criminalização, e é justamente sobre esse ponto que a presente dissertação pretende se enveredar.

Ou seja, teria o legislador constituinte demarcado alguns bens jurídicos que devam ser tutelados pelo direito penal, não facultando ao legislador ordinário a opção de escolha, mas impondo-lhe a obrigação de criminalizar certas condutas, não cabendo a ele sequer a tutela por meio de outro ramo do direito.

Sobre o conceito de crime Nelson Hungria afirma que "o crime é, antes de tudo, um fato, entendendo-se por tal não só a expressão da vontade mediante ação (voluntário movimento corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção de movimento corpóreo), como também o resultado (*effectus sceleris*), isto é, a conseqüente lesão ou periclitção de um bem ou interesse jurídico penalmente tutelado."

O conceito formal do delito foi aquele inicialmente adotado pela doutrina penal brasileira, e consiste naquele segundo o qual o crime seria toda a conduta humana que infringisse a lei penal. Neste conceito, verificava-se o fato do indivíduo transgredir a lei penal apenas, sem que qualquer outro fator fosse analisado.

Posteriormente, adotou-se uma definição material de crime, de IHERING, de acordo com o qual passou-se a definir o crime como sendo o fato oriundo de uma conduta humana que lesa ou põe em perigo um bem jurídico protegido pela lei.

Por último, adotou-se o conceito dogmático ou jurídico de crime, apelidado por muitos de "analítico". Sua origem remonta ao ano de 1906, oriunda da doutrina alemã de Beling, o crime portanto, passou a ser definido como: Crime é toda a ação ou omissão, típica, antijurídica e culpável.

Ressalte-se que uma conduta atípica como crime, pode ser tipificada como contravenção penal. Não se pode confundir de modo algum, crime com contravenção penal. Esta, como definia o mestre HUNGRIA, é um "crime anão", é menos grave que

o delito (ou crime) e possui legislação própria (Decreto-lei n.º 3.688/41), com tipificação e características próprias.³³

Entende-se, acertadamente, que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos e, bem assim, da própria sociedade, tipificando condutas que possam lesioná-los ou, ao menos, ameaçá-los. Leciona Luiz Regis Prado que na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma - princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

No que se refere especificamente aos mandados de criminalização, que visam a proteger um bem jurídico, evidentemente que não se estaria dizendo que o legislador ordinário foi tolhido de sua liberdade para criminalizar condutas, entretanto, que essa deliberação encontra parâmetros na ofensa a bens jurídicos relevantes e, no caso dos mandados, estaria vinculado a eles.

Veremos que não é difícil perceber a clareza de algumas passagens constitucionais, vinculando a atuação do legislador ordinário quanto à necessidade de criminalizar. O que já estava criminalizado e passou a constar de um mandado de criminalização não poderia ser descriminalizado, uma vez que houve recepção constitucional e até mesmo a redução da penalidade poderia implicar proteção deficiente, o que acabaria por ferir o princípio da proporcionalidade.

Portanto, a criminalização ainda deveria observar que se a tutela se dá em nível constitucional, em face do princípio da proporcionalidade, não há que se pensar em uma tutela mínima.

Ou seja, pequena a amplitude do legislador ordinário quando há tutela constitucional de um bem jurídico.

A discussão se torna um pouco mais complexa quando abordamos a existência ou não de mandados de criminalização implícitos no texto constitucional. Nesses casos, a polêmica é maior; uma das críticas mais ácidas se dá no sentido de

³³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. v.1, Tomo II, 5. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1978.

que se o legislador originário quisesse que dada conduta fosse criminalizada teria colocado expressamente.

Outros, contudo, defendem que os mandados de criminalização implícitos existem a partir de uma exegese da própria existência do Estado Democrático de Direito ou em face de certos valores superiores, aos quais não poderia deixar de haver tutela penal.

2.1. Mandados de criminalização

Os mandados constitucionais de criminalização têm origem na doutrina alemã e foi reconhecido pela primeira vez em 1975 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, com a declaração de inconstitucionalidade da disposição do Código Penal Alemão que permitia o aborto realizado nos três primeiros meses de gestação.

Em meados de 1920, dada a influência da doutrina alemã, passou-se a inserir em diversos ordenamentos jurídicos como Alemanha, Espanha, Itália, França, os mandados de criminalização.

Essa matéria foi levada ao Tribunal Constitucional Federal, que declarou a inconstitucionalidade dessa disposição, porque havia um mandado de criminalização implícito na Constituição alemã.

Os mandados de criminalização atuam como mecanismos de ordem constitucional destinados ao legislador ordinário para que este legisle criminalizando determinada matéria. Esses mandados direcionam a atenção do legislador para as demandas tidas como fundamentais para a construção de uma sociedade embasada na dignidade da pessoa humana.³⁴

E cabe ao Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF) a fiscalização do cumprimento dos mandados de criminalização, de forma a tutelar a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento

³⁴ “... paradoxalmente, as Constituições que receberam comandos normativos de natureza jurídico-penal não o fizeram à proteção daqueles que inequivocamente se revestem de primazia no âmbito de uma sociedade politicamente organizada (como, por exemplo, a vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade).” FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República.

De acordo com Feldens “Antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades. Isso é assim pelo menos em linha de princípio. Do que significaria concluir que a norma (penal) *não cria* valores, senão que, alinhada à metodologia de controle social, por intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos, os absorve, por meio de sua positivação, como forma de protegê-los.”³⁵

Os mandados constitucionais de criminalização são ordens veladas com a determinação ao poder constituinte originário de tratar de forma mais severa os tipos penais mais devastadores cometidos na sociedade.³⁶

Mais precisamente no direito penal, os mandados de criminalização exercem a função de manter a ordem na sociedade, a paz, o bem comum e a manutenção das relações harmônicas.

Ou seja, os mandados de criminalização têm como ponto de partida a Constituição Federal, emanando desta as ordens veladas a serem tratadas pelo direito penal, e não o contrário.

Além de estabelecer-se como limite ao direito de punir, a Constituição figura como fonte material do Direito Penal, apresentando-se como um parâmetro de referência dos fatos legitimamente sujeitáveis à pena. Neste sentido, Márcia Dometila: “toda norma penal carece de fundamentação constitucional. Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior,

³⁵ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³⁶ O espaço de atuação do legislador estaria estreitado por dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, sendo que se deve extrair da proibição da proteção excessiva a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima. FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

deveria implicar, necessariamente, na *descriminalização* ou não aplicação da norma penal”.³⁷

A análise dos mandados de criminalização remonta à eficácia das normas, as quais, na classificação de José Afonso da Silva podem ser: plena, contida e limitada, esta última categoria seria a dos mandados constitucionais de criminalização.

Isto porque não define a conduta incriminada, nem muito menos estabelece sanção, vindo apenas a definir a conduta por incriminar.

A história dos mandados de criminalização é recente, tendo sido reconhecidos a primeira vez em 1975, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, na análise da questão do aborto. A permissão do aborto foi negada, ainda que realizada nos três primeiros meses, por se entender inconstitucional, face ao reconhecimento do mandado de criminalização implícito na Constituição alemã.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, foi quem pela primeira vez tratou do tema quando do julgamento do REXT417376/MS, que discutiu acerca da equiparação da união estável ao casamento, para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos “crimes contra os costumes”, consubstanciada no art. 107, inc. VII do Código Penal Brasileiro.

A doutrina de Antônio Carlos da Ponte³⁸, assim conceitua mandados constitucionais de criminalização:

“Os mandados constitucionais de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas sim a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesse de forma adequada, e dentro do possível, integral”.

Os mandados de criminalização, pois, seriam ordens explícitas ou implícitas emanadas do poder constituinte originário para que seja feita a tutela penal de um bem. Ao contrário do que se pode supor, não consistem numa faculdade do legislador ordinário, mas sim numa obrigação a ser atendida, em que pese a falta de consequência jurídica para o caso de descumprimento.

³⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 35.

³⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Partindo para o campo do Direito Penal, tal ramo do direito possui uma missão: proteger os bens jurídicos essenciais, por exemplo, a vida. O direito penal, pois, estabelece tipificações com normas que proíbem atentados contra bens fundamentais.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados na Constituição ou em tratados internacionais recebidos com força constitucional, objeto de proteção reforçada contra alterações legislativas e cuja implementação, respeito e efetividade podem ser demandadas perante o Poder Judiciário. Eles são normalmente, mas não necessariamente, situações de vantagem relacionadas às condições e liberdades essenciais para a livre busca pela felicidade humana.³⁹

Outra função do direito penal é a **função garantidora ou de garantia**. A *garantia* se expressa na proteção da *dignidade* do indivíduo *supostamente* autor de um delito frente ao Estado, ficando este adstrito a atuar somente de acordo com a *legalidade* e a cumprir os princípios garantidores do Direito Penal elencados na Lei Constitucional e legislação inferior.⁴⁰

A fim de resguardar tal ordem, o Poder Constituinte originário, inicial e juridicamente ilimitado, inaugura normas e regras visando, em suma, o bem comum, assegurando a paz social. Para tanto, organiza o novo Estado, criando poderes para reger os interesses de um país. Há também poder constituinte na elaboração de qualquer Constituição posterior, pois a existência daquele é o suporte lógico desta, como poder superior a todo o restante do ordenamento jurídico. Sendo assim, em regra, não pode ser modificado pelos poderes constituídos.

Logo, são características do Poder Constituinte: é distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo e a eles submetendo.

O objetivo fundamental do poder constituinte originário, portanto, é criar um Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente.

³⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 38.

⁴⁰ VIEIRA, Vanderson Roberto; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A sociedade do risco e a dogmática penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 38, fev 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3593>, consultado em 19 de setembro de 2018.

Logo, considerando a natureza do poder constituinte originário, uma vez presentes na Constituição os mandados de criminalização são dotados de invulnerável importância e sua aplicação pode ser exigida por alguns mecanismos de controle.

Em caso da inexistência da tutela penal, o sistema jurídico apresenta como veículos de controle: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção.

Observa-se, contudo, que nenhum deles configura a necessária realização do texto constitucional, porquanto não há um poder coercitivo conferido ao Poder Judiciário que possa exigir do Poder Legislativo o preenchimento daquela lacuna.

Por conseguinte, os mandados de criminalização, por um lado, não podem ser entendidos como uma norma de eficácia penalizadora automática, por outro, podem ser compreendidos como desprovidos de eficácia.

Na hipótese de preexistir à Lei Constitucional uma legislação penal que trate de matéria contida em mandado de criminalização, o legislador ordinário estaria desautorizado a revogar a lei.

Portanto, os mandados constitucionais de criminalização abrangem todo o sistema normativo e substancialmente tem seu peso evidenciado pelo Direito Penal pois visam, em suma, o bem de todos e garantir a paz social. É neste ramo do Direito onde se tutela os bens imprescindíveis com maior coercibilidade (princípio da fragmentariedade).

Se considerar que os mandados de criminalização estão atrelados a valores maiores, como a vida, honra, saúde, etc., todos consagrados na Constituição, constata-se que todos eles são objeto de tutela penal.

A Constituição Federal é a origem dos mandados de criminalização, e não seu fim.

Por exemplo o direito à vida, cuja tutela penal se dá, principalmente, por meio dos arts. 121 a 127 do Código Penal (crimes dolosos contra a vida). Se o legislador, *ad absurdum*, revogasse o art. 121 do Código Penal, descriminalizando o homicídio, incorreria em inegável inconstitucionalidade, por desrespeitar mandado implícito de criminalização.

2.1.1. Mandados de criminalização explícitos

Os mandados explícitos de criminalização trazem decisões constitucionais sobre o modo como deverão ser protegidos direitos fundamentais. A atuação do legislador ordinário no sentido de promover a proteção desses direitos recebe um elemento de vinculação. Ele pode até valer-se de outros instrumentos, mas a previsão de sanções penais perde seu caráter de subsidiariedade e torna-se obrigatória. Ordens diretas que são ao legislador penal para que atenda ao comando constitucional, a necessidade da edição da lei é questão de supremacia da Constituição. Questões de conveniência, oportunidade, política criminal ou outras não podem ser alegadas para justificar a omissão em dar cumprimento à Lei Maior.

A Constituição informa todos os ramos do Direito, que haverão de concretizá-la. Um Estado Democrático de Direito firmemente comprometido com a liberdade tem de elaborar um sistema penal restrito às ofensas mais sérias e, ao mesmo tempo, eficiente ao proteger os valores mais importantes. Assim, quando a Constituição prevê mandamentos expressos de criminalização para o racismo e a tortura, por exemplo, e quando ela assegura a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, essa Constituição determina, mais do que autoriza, a intervenção do Direito Penal.⁴¹

O reconhecimento dos mandados de criminalização explícitos pode se dar de forma ampla ou restrita.

Na forma restrita não se reconhece como mandados de criminalização as menções constitucionais “às penas da lei”.

Para essa vertente também não se entende como mandados expressos os comandos de responsabilidade civil ou administrativa que mencionam “sem prejuízo à ação penal”, pois aqui o caráter seria meramente indicativo.

Em contraposição, na forma ampla, haveria um reconhecimento a esses casos como sendo de mandados expressos de criminalização.

Situação curiosa encontra-se no artigo 5º, XLVII da Constituição Federal que trata da impossibilidade da pena de morte com a ressalva “salvo em caso de guerra declarada”.

Os mandados de criminalização explícitos seriam os contidos nos artigos 5.º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins,

⁴¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e § 3.º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais), 7.º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores), 227, § 4.º (abuso, violência e exploração sexual da criança ou adolescente), 225 (condutas lesivas ao meio ambiente).⁴²

Ponte apresenta o rol de mandados de criminalização explícitos na Constituição Federal; são eles:

Racismo (art. 5º, XLII);

- Tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos (art.5º, XLIII)

- Ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático) (art.5º, XLIV);

- Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emendas constitucionais. (art.5º, §3º);

- Retenção dolosa do salário dos trabalhadores (art.7º, X);

- Abuso, violência e a exploração sexual de criança ou adolescente (art.227, §4º);

- Condutas lesivas ao meio ambiente (art.225).⁴³

A criminalização dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, de terrorismo, de ações de grupos armados (civis ou militares), embora não faça referência direta a bens de terceira geração, indiretamente tais bens são também tutelados por este.

O mandado de criminalização referente ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 5º, inciso XLIII, 2ª parte e no artigo 243, parágrafo único, da Carta de Regência se refere à proteção da saúde pública, direito tido como

⁴² MASSON, Cleber. **Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados constitucionais de criminalização**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>, consultado em 07 de agosto de 2018.

⁴³ PONTE, Antonio Carlos da. Crimes eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

de segunda geração. No entanto, pode-se dizer que não apenas bens de segunda geração são afetados pela prática deste delito. Nos dias atuais, não só a saúde pública é alvo desta criminalidade, mas indiretamente também a paz pública e a própria segurança nacional, uma vez que tal infração é praticada e fomentada por organizações criminosas, de forma que também direitos de terceira geração são tutelados através deste mandado de criminalização⁴⁴.

2.1.2. Mandados de criminalização implícitos

No conceito de mandados de criminalização implícitos, vislumbra-se um epicentro de um sistema de proteção jurídico penal e estaria assentado na vida, liberdade e dignidade da pessoa humana. Logo, para aferir quais os mandados de criminalização, necessário observar esses três pontos de apoio (dos direitos fundamentais maiores).⁴⁵

Não obstante os ditames de maior rigor para com os mandados constitucionais de criminalização, não podemos olvidar do princípio da proporcionalidade norteador de todo o ordenamento normativo brasileiro.⁴⁶

A Constituição Federal, ao prescrever determinadas matérias sujeitas à necessidade de proteção penal, levou em consideração a magnitude desses bens a serem tutelados. Contudo, isso não indica que esses bens ocupem, necessariamente, uma posição de hierarquia valorativa, nem mesmo na consciência do constituinte. Mais provável, aliás, que ocorra o contrário. A Lei Magna, por desconfiar do juízo de conveniência inerente ao legislador penal ordinário, impôs a penalização de condutas atentatórias a determinados bens jurídicos, os quais não se pode afirmar que sejam os mais valiosos nela previstos, sendo que não precisava fazer o mesmo em relação à proteção da vida, da dignidade humana e da liberdade, certamente porque a necessidade de sua proteção se lhe afigurava, desde já, como uma evidência.

⁴⁴ GUZ, Manoella. Bem jurídico penal e coletivo, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, São Paulo: 2010.

⁴⁵ ” FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴⁶ Quanto ao momento histórico: “No Brasil, o termo “princípio da proporcionalidade” foi empregado, pela primeira vez, no ano de 1993, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, ao deferir medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº 10.248/93, que determinava a obrigatoriedade da presença do consumidor no momento da pesagem de botijões de gás”. FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão. Além de exigir uma atuação negativa do Estado, no sentido de não invadi-los de forma desproporcionada, exigem também uma ação positiva, no sentido de sua proteção efetiva, como imperativo de tutela. Demais disso, é preciso ressaltar que essa proteção efetiva não pode ser deficiente.

Esta dupla dimensão dos direitos fundamentais projeta dois efeitos jurídicos, o de defesa do particular frente ao Estado e também o de proteger os direitos fundamentais mediante prestações.

Para apreciação do cabimento ou não da tutela Estatal, pelo direito penal, de um direito fundamental, os critérios seriam a aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental, a ilicitude da ação interventiva e que os direitos fundamentais mais elementares, como a vida, a dignidade humana, a incolumidade física e moral e a liberdade são dotados de primazia constitucional.

Neste contexto, Luciano Feldens afirma que “ espaço de atuação do legislador estaria estreitado por dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, sendo que se deve extrair da proibição da proteção excessiva a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima.⁴⁷

Neste momento, é possível concluir que os mandados implícitos de criminalização só se fazem presentes quando o bem jurídico tenha assento constitucional e também seja dotado de preponderância dentro da ordem constitucional de valores e também, quando para afastar a agressão ao bem jurídico, se faz necessária uma sanção penal.

A Constituição Federal de 1988, apesar de expressamente impor a penalização de determinadas condutas, nada disse, pelo menos explicitamente, sobre a necessidade de criminalização dos atentados contra a vida, a dignidade humana ou mesmo contra a saúde.

⁴⁷ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Logo, uma agressão que viole gravemente um bem jurídico, um direito fundamental, surge a necessidade de uma tutela normativa, ou seja, para sua efetiva proteção se fazem necessárias normas que sancionem as agressões.

O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, seria implícito e teria caráter formal, impondo a “a justificabilidade metódica das intervenções em direitos fundamentais. (...)”⁴⁸

O princípio da proporcionalidade, no sentido abrangente dos três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), também é denominado princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Geralmente, quando se quer referir especificamente ao subprincípio, costuma-se acrescentar a expressão *stricto sensu* ou *em sentido estrito*”.

Outro princípio que deve ser observado na análise dos mandados de criminalização é o da razoabilidade, que deve ser aplicado na apreciação de qualquer caso em face da Constituição.

Inspirada na doutrina alemã, há uma linha que vislumbra o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de Direito, integrando de modo implícito o sistema como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, a linha que opta pela influência norte-americana, pretende extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.⁴⁹

A título de exemplo de mandado de criminalização implícito, Antônio Carlos da Ponte menciona a corrupção eleitoral e que entende cumprido apenas em parte pelo legislador ordinário, uma vez que a pena seria muito branda com possibilidade de cumprimento em regime aberto, bem como com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa, ou por duas penas restritivas de direitos.⁵⁰

Outro exemplo de mandado de criminalização implícito é enxergado na definição de terrorismo, bem como nos atos que o constituem, o cumprimento de um mandado de criminalização implícito.⁵¹

⁴⁸ FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal** – Teoria, Crítica e Práxis.

⁴⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O **princípio da proporcionalidade** e o controle de constitucionalidade das leis, Malheiros, **1996**

⁵⁰ PONTE, Antonio Carlos da. Crimes eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵¹ “Nada obstante a existência da Lei n. 7.710/83, em seu art. 20, ao quando se refere à prática de “atos de terrorismo” como crime contra a segurança nacional, não há qualquer norteamento acerca do que se deve entender por semelhante atitude. Assim, visualizamos ser um caso de mandado constitucional de criminalização implícito,

Salienta-se, assim, frisar que os mandados constitucionais de criminalização – implícitos ou explícitos - são normas de eficácia limitada.

Isto porque não define a conduta incriminada, nem muito menos estabelece sanção, vindo apenas a definir, de forma nem sempre a especificar, a conduta por incriminar.

Em consequência, os mandados constitucionais de criminalização ou de penalização, mesmo expressamente previstos pelo constituinte originário, precisam de ulterior deliberação pelo constituinte derivado, e, como já afirmado, alguns já foram tratados (explícitos), outros precisam de atuação legislativa (implícitos) para produzir todos os efeitos almejados.

Todavia, mesmo com a ordem constitucional conferida ao constituinte derivado para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais, resta evidente que é impossível taxar todas as condutas e ainda que o fosse, a eficácia da ordem jurídica e social não está adstrita a textos escritos.

A atuação legiferante, pois, sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade e a ordem estatal representada pelo Poder Judiciário.

Assim, a existência dos mandados constitucionais de criminalização no ordenamento jurídico vigente no Brasil assegura a ordem pública e a paz social.

Quanto ao infrator de bens jurídicos que viole a ordem estatal causando caos social pode ser chamado de “inimigo” decorrendo a figura do “Direito Penal do Inimigo”, assim considerado aquele que é o causador de um caos social, retirando a paz no convívio dos que estão a sua volta.

No contexto, frisamos que para o Direito Penal do Inimigo, “inimigo” é assim considerado como aquele que afronta o Estado, com a finalidade de desafiá-lo ou destruí-lo, ao todo ou em parte.

Para Jesús-Maria Silva Sánchez

onde é necessário o legislador derivado venha a deliberar acerca da definição de terrorismo e descreva os atos que o constituem”. Henrique Hoffmann e Eduardo Fontes (<https://www.conjur.com.br/2017-out-30/opiniao-figura-equiparada-porte-arma-uso-restrito-nao-hedionda>), consultado em 23 de setembro de 2018.

“[...] O Inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.”⁵²

Günther Jakobs, que teve seus pensamentos baseados na filosofia de Hobbes, Rousseau, Kant, Gottlieb e Fichte, tratou acerca do tema “Direito Penal do Inimigo” e atribuiu ao Direito Penal a função de assegurar os valores éticos e sociais da ação, deve este afastar o inimigo, impedindo o caos social.

Poderíamos considerar como “inimigo”, perante a doutrina de Jakobs, o infringidor dos crimes estabelecidos pelos mandados constitucionais de criminalização, haja vista que são crimes mais graves cometidos em meio social, os quais o legislador constituinte originário ordenou e assegurou tratamento mais severo.⁵³

Por outro lado, apesar das sanções aplicáveis, o Estado não pode esquecer que o causador do caos social sua condição de cidadão.

Logo, ainda que seja considerado inimigo aquele que infringe os crimes estabelecidos nos mandados constitucionais de criminalização, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ora representada pela súmula 718 dispõe que: a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Assim, é necessário estudar o caso concreto para determinar as provas que conduzirão à sentença, a fim que as medidas processuais e, ao final, a pena, seja adequadamente aplicada.

O resultado desse entendimento é que não existem direitos absolutos, nem ordem, pois, até o direito a vida, o mais fundamental em nosso sistema, pode sofrer restrições.

⁵²SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Eficiência e Direito Penal*, Ed. Manole, 2003.

⁵³JAKOBS, Gunther. A imputação penal da ação e da omissão, Ed. Manole, 2003.

2.2. Bem jurídico-penal

O bem jurídico é um importante instrumento limitador da intervenção penal e sua compreensão exige uma abordagem historiográfica de sua evolução conceitual. Isso porque o bem jurídico, tendo sua origem na sociedade, é um conceito histórico. No conceito de Edgard Magalhães Noronha, “Não obstante a variedade de opiniões e doutrinas que procuram conceituar o bem jurídico de um crime, estamos que é ele o bem interesse protegido pela norma penal. Bem é o que satisfaz uma necessidade do homem, seja de natureza material ou imaterial: vida, honra, etc. Interesse é a relação psicológica em torno desse bem, é sua estimativa, sua valorização”.⁵⁴

Em resumo, o bem jurídico não é um conceito abstrato, ele nasceu de um sistema concreto de relações sociais em um determinado período. Concretamente, deve ser avaliado à luz da Constituição Federal.⁵⁵

É a noção de bem jurídico que determina, em grande parte, a definição das fontes e limites do *jus puniendi*. Ou seja, a tutela penal deve se orientar, exclusivamente, para proteger os bens jurídicos.

Por conseguinte, o bem jurídico atribui conteúdo à tipicidade e, assim, a partir de sua observação é que o injusto ganha significado. Conclui-se, pois, que ele promove a ligação entre a teoria do delito (dogmática) e a realidade social.

Nelson Hungria assim conceitua o bem jurídico:

“Bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade de existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade), e interesse é a avaliação ou representação subjetiva do bem como tal (Rocco, L’oggetto del reato). Bem ou interesse jurídico é o que incide sob a proteção do direito *in generi*. Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional, etc.).”⁵⁶

⁵⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. v.1, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 109.

⁵⁵ “e, somente encontrando fundamento nos valores e preceitos nela consagrados, é que deverá ser analisado no campo próprio da dogmática penal.” PONTE, Antonio Carlos da. Crimes eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁶ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. v.1, t. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 10-11.

O Direito, seria, então, a proteção de interesses da vida humana. Ou seja, o bem jurídico não é uma construção conceitual, um bem do direito ou da ordem jurídica, é o bem do homem, preexistente, que o Direito vem reconhecer e proteger.⁵⁷

Essa ideia, que revalorizou o conceito de bem jurídico após a Segunda Guerra Mundial, limita a intervenção penal.

Para conceituar o bem jurídico, por conseguinte, é possível citar duas principais vertentes teóricas: a sociológica e a constitucional.

a) Teorias sociológicas: As teorias sociológicas do bem jurídico apresentam variadas concepções; em geral, buscam identificar o conteúdo do bem jurídico a partir de “argumentos sistêmicos ou de danosidade social”.

A teoria sociológica recebeu críticas da doutrina, pois não teria conseguido formular um conceito material de bem jurídico, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinadas comportamentos e não outros.⁵⁸

b) Teorias constitucionais: de acordo com essas teorias, é imperioso que o bem jurídico penalmente tutelado tenha, ao menos implicitamente, respaldo na ordem constitucional, sob pena de faltar-lhe dignidade jurídica.

No atual estágio da ciência jurídica, a valoração constitucionalista é um juízo ao qual todos os setores do Direito devem ser submetidos.

Desse modo, tem-se como inconcebível a tutela penal de bens não consagrados constitucionalmente como objeto de proteção jurídico-penal, ou, por outro lado, que colidam com os valores albergados pela Constituição Federal, uma vez que na Constituição estão inscritos os valores supremos da sociedade que a editou.⁵⁹

Como subgrupo das teorias constitucionais, é possível ainda distinguir entre teoria restrita e teoria ampla. A divergência entre ambas reside na vinculação à norma

⁵⁷ Nesse sentido Heleno Cláudio Fragoso “O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. Parte Geral, 14ª ed., revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 263-268.

⁵⁸ PRADO, Regis. Bem jurídico Penal e Constituição, Revista dos Tribunais, 1997.

⁵⁹ “decorre do caráter limitativo da tutela penal o dever dirigido ao legislador ordinário, de contemplar as diretrizes constitucionais, bem como os valores na Carta inseridos nas ocasiões em que sua tarefa implicar a definição de bens jurídicos”. BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

constitucional. Para as amplas, a Constituição serve de parâmetro para o reconhecimento dos bens jurídicos, sem, no entanto, ser taxativa; para as restritas, o texto constitucional determina, efetiva e taxativamente, que bens jurídicos devem ser penalmente tutelados.

As teorias constitucionais amplas implicam na Constituição sendo usada como parâmetro de legitimação da Lei penal, sem contudo, limitar-se em proteger unicamente os bens nela contemplados. Logo, outros bens, ainda que não mencionados pela Constituição de forma direta, poderiam ser criminalizados. O pressuposto seria a ausência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional. Seria atribuída, pois, ao legislador, grande margem de liberdade, balizada por alguns princípios, como o da necessidade, do merecimento e a ordem constitucional.

As teorias constitucionais restritas, por sua vez, observam de forma coesa o texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional.⁶⁰

Essas teorias buscam conciliar, de um lado, os direitos do agressor que serão restringidos; e, de outro, os direitos da vítima e da sociedade. Dessa forma, os direitos fundamentais do agressor somente poderão ser restringidos quando os direitos fundamentais da vítima tiverem sido atingidos, de tal forma que a lei penal só se justifica quando tutela bens jurídicos previstos na Constituição.

A lei penal, por ceifar direitos e liberdades, depende de previsão constitucional do bem jurídico por ela tutelado, que deve ser igualmente socialmente relevante. O bem jurídico, por ser um produto da sociedade, limitando apenas à necessária intervenção penal para prevenir danos sociais, não pode se revestir de caráter ideológico ou moral, nem mesmo buscar finalidades transcendentais.⁶¹

Dentre os princípios atinentes à proteção do bem jurídico merece atenção aquele conhecido como princípio da proibição de proteção deficiente, que consiste, ao lado da proibição do excesso, numa modalidade do princípio da proporcionalidade.

Segundo este princípio, o Estado, ao se comprometer constitucionalmente a tutelar bens e valores fundamentais, entre eles a saúde, deve realizar essa tutela da

⁶⁰ PRADO, Regis. Bem jurídico Penal e Constituição, Revista dos Tribunais, 1997.

⁶¹ BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

forma mais eficaz possível, assegurando-se, por conseguinte, uma proteção vertical, evitando os excessos do Estado na restrição aos direitos fundamentais, e também garantindo aos cidadãos a proteção contra ações de terceiros, a proteção horizontal, que é justamente a proteção contra agressões do direito penal.

Por este princípio, a atividade estatal seria nula quando o infringisse, tanto na fase da criação da lei processual, quanto na fase de sua aplicação. Essa nulidade do ato judicial ou da lei aprovada pode ser arguida por recursos ordinários ou até extraordinários, como a tutela pelo Supremo Tribunal Federal.⁶²

Foi exatamente o que sucedeu com o art. 225 do Código Penal, que alterou a iniciativa da ação penal para os casos de estupro qualificado pela lesão corporal grave ou morte de incondicionada para condicionada.

Desta forma, um ato ou decisão judicial, assim como uma lei, deve sempre atender ao princípio da proibição de excesso e ao princípio da proibição de infraproteção, sob pena de sua nulidade ou declaração de inconstitucionalidade.

Em última análise, a observância do princípio da proporcionalidade e suas duas modalidades concomitantemente implicaria no estado democrático de direito, em que a Constituição tem força normativa e impõe limites ao Poder Legislativo, “condicionando toda a estruturação do processo penal, de sua concepção legislativa à sua aplicação prática ou concreta”.⁶³

Essa noção, portanto, está diretamente vinculada aos mandados de criminalização, tratados nesta dissertação.

Além de diversas teorias a respeito do bem jurídico, diversos também são os seus conceitos, havendo certo consenso acerca do seu núcleo para o definir como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.⁶⁴

O bem jurídico, pois, seria vital e indispensável para a convivência humana, devendo ser protegido pelo poder coercitivo do Estado com a aplicação da lei penal, para resguardar um estado social desejável.

Neste trabalho, iremos nos aproximar do conceito de bem jurídico adotado por Regis Prado, segundo o qual a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo

⁶² BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal, Ed. Saraiva, 7ª. Edição, 2012, p.104.

⁶³ Op. cit. p. 106.

⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.⁶⁵ Esse bens seriam expressamente arrolados pela Constituição e se encontram em harmonia com a noção de Estado de Direito Democrático.

O conceito material de bem jurídico seria formado, pois, na realidade ou experiência social, sobre o qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário.⁶⁶

Sobre a delimitação concreta dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal, várias são os pontos a serem observados, uma vez que sua limitação ocorre faticamente, considerada a dificuldade em se formar um conceito fechado, que esgote o seu conteúdo. Essa limitação fática inclusive se submete à natureza de um estado democrático ou ditatorial, na medida que decorre de uma decisão política sobre os bens a serem tutelados, a partir da observação do indivíduo e suas necessidades no complexo meio social.

A contrario sensu, é possível analisar um bem jurídico por critérios negativos de deslegitimação através de alguns parâmetros, chegando-se à conclusão de que a tutela penal de um bem é legítima:

- a) o da irrelevância do bem tutelado;
- b) o da ausência de lesão efetiva do comportamento;
- c) o da necessidade da tutela penal; e, por último,
- d) o da análise da efetividade do sistema.⁶⁷

Essa análise visa a manter a tutela penal dentro dos limites de uma intervenção mínima, com a impossibilidade de criminalização de condutas éticas ou morais que decorram de um sistema de valores próprios do indivíduo ou de determinadas subculturas, devendo o Estado tolerá-las e respeitá-las.⁶⁸

2.2.1. Bens jurídicos individuais e transindividuais

⁶⁵ PRADO, Regis. Bem jurídico Penal e Constituição, Revista dos Tribunais, 1997.

⁶⁶ Os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade” (p. 95). A idoneidade do bem jurídico está ligada com o valor que a sociedade atribui. E o legislador se preocupa em considerar valores fundamentais sem ultrapassar as barreiras do sentido da proteção do bem jurídico. PRADO, Regis. Bem jurídico Penal e Constituição, Revista dos Tribunais, 1997.

⁶⁷ BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002

⁶⁸ BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

Os bens jurídicos podem ser divididos em bens jurídicos individuais e bens jurídicos universais. A doutrina reconhece a existência de bens jurídicos universais que podem ser igualmente denominados por bens jurídicos transindividuais, metaindividuais ou até mesmo coletivos.

Os bens jurídicos individuais são aqueles em que sua titularidade pertence a cada um dos cidadãos singularmente. Afetam diretamente as pessoas isoladamente. São bens jurídicos divisíveis em relação ao seu titular. São os exemplos clássicos: vida, patrimônio, a honra, liberdade, integridade física, propriedade.

Por sua vez, os bens jurídicos universais ou transindividuais são aqueles pertencentes a uma massa abstrata, de interesse de toda a coletividade. O ataque contra esses bens lesiona a sociedade, afetando um número indeterminável de pessoas.

Exemplo são o meio ambiente, a ordem econômica e tributária, a paz pública, incolumidade pública, conhecidos como crime vago.

Os bens jurídicos universais, por sua vez, subdividem-se em bens jurídicos difusos e coletivos⁶⁹.

Os bens jurídicos universais difusos são aqueles pertencentes a um número indeterminável de pessoas, ou seja, referem-se à coletividade; são titulares de um objeto divisível. As pessoas estão relacionadas entre si por um vínculo fático; não há mensurar exatamente quantas pessoas sofreram lesões, a extensão do dano, em razão dos interesses difusos pertencerem a vítimas indetermináveis. Exemplo: contaminar uma praia.

É impossível calcular quantas pessoas estavam ali, até onde a contaminação pode alcançar cidadãos que residem ou frequentam a região, o meio ambiente.

Os bens jurídicos universais coletivos, todavia, pertencem a um grupo de pessoas determinadas; também são titulares de um objeto indivisível, porém as pessoas estão ligadas por um vínculo jurídico prévio; é possível mensurar quantas

⁶⁹ Os bens jurídicos difusos e coletivos, espécies do gênero bens universais, apresentam a semelhança de tratarem de bens que não pertencem a uma só pessoa, mas sim de interesses de toda uma coletividade. A diferença entre eles é que enquanto nos bens coletivos essa massa de pessoas titulares de direitos comuns é identificável, nos bens difusos essa identificação não é possível. A titularidade desses bens é compartilhada entre todos os cidadãos ou entre coletividades específicas. O que é importante notar com relação a isto é que ninguém tem a capacidade individual de disponibilidade destes bens, vez que diversos são os seus titulares. Sobre o tema: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 204.

vítimas foram afetadas pelo dano, pois as pessoas são mais ou menos determináveis. Exemplo: um dano dentro de um clube.

É possível identificar todos os sócios que frequentam o clube. Afeta muitas pessoas, porém passível de verificar os sócios lesados, pode ser o caso da saúde pública.

Para o Direito Penal não interessa muito essa distinção, como bem ressalta Eugênio Raúl Zaffaroni,⁷⁰ não há diferença qualitativa entre bens supraindividuais e bens individuais. Todavia há existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo, da qual um não pode dispor do bem individualmente sem lesionar a disponibilidade de outro.

Em síntese, a lesão aos interesses transindividuais ou supraindividuais, difusos ou coletivos, universais, que pertencem à coletividade, causam danos de grande monta, afetam demais a sociedade. E a ciência jurídica precisa agir contra as ameaças ao seio social, em defesa ao seu meio ambiente, no uso da tecnologia, no controle dos recursos empresariais, no combate à macrocriminalidade.

Por essas razões, há preocupação com os bens jurídicos universais e estudos cada vez mais aprofundados sobre os direitos da coletividade, os direitos de terceira dimensão/geração, tendo em vista que, nesse período de pós-modernidade, o Direito Penal não protege mais os bens jurídicos individualmente, precisa tutelar os bens jurídicos transindividuais, precisa justificar a necessidade da tutela penal nos direitos difusos e coletivos, e para alcançar isso, o Direito Penal necessita atuar de maneira diferente.

Logo, o entendimento adotado neste trabalho é o da missão finalista do direito penal em proteger o bem jurídico.

Uma vez que a finalidade do Direito Penal, como dissemos, é proteger bens essenciais à sociedade, quando esta tutela não mais se faz necessária, ele deve afastar-se e permitir que os demais ramos do Direito assumam, sem a sua ajuda, esse encargo de protegê-los.

Esse raciocínio a respeito da finalidade protetiva de bens jurídicos atribuída ao Direito Penal teve início com Birnbaum, em 1834. Antes dele, Feuerbach afirmava que o Direito penal tinha por fim proteger direitos subjetivos, pois o delito significava uma *lesão de um direito subjetivo alheio*. Portanto, desde Birnbaum a doutrina majoritária tem afirmado ser esta a finalidade do Direito Penal.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

No entanto, atualmente, parte da doutrina tem contestado esse raciocínio, a exemplo de Günther Jakobs, que afirmava que o Direito Penal não atende a essa finalidade de proteção de bens jurídicos, pois, quando é aplicado, o bem jurídico que teria de ser por ele protegido já foi efetivamente atacado. Para Jacobs, o que está em jogo não é a proteção de bens jurídicos, mas, sim, a garantia de vigência da norma, ou seja, o agente que praticou uma infração penal deverá ser punido para que se afirme que a norma penal por ele infringida está em vigor.

Para Jacobs o essencial no Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos senão a proteção de normas, dado que os bens se convertem em jurídicos no momento em que são protegidos normativamente; e continua dizendo que o delito já não se caracterizará pelo conceito de dano social, senão pelo de infidelidade ao ordenamento, e a pena cumprirá a missão de confirmar o mandato jurídico como critério orientador das relações sociais.

Prevalece, no entanto, a noção de finalidade protetiva de bens que é atribuída ao Direito Penal. Consequentemente, se o Direito Penal tem por fim proteger bens jurídicos, não pode ocorrer a criação típica sem que algum bem esteja sendo por ele tutelado.

Greco menciona a ressalva feita por André Estefam, quando aduz que "a missão crucial do jurista do Direito Penal, muito mais do que simplesmente definir o que é bem jurídico, deve ser encontrar quais são os limites para a sua proteção por meio das normas penais". Indo mais além, podemos dizer que também faz parte dessa missão conter a "fúria legislativa", ou seja, o desejo incontido do legislador de criar tipos penais, proibindo ou impondo determinados comportamentos cujos bens não mereciam ser protegidos pelo direito penal, mas, sim, por outros ramos do ordenamento jurídico menos radicais do que aquele.⁷¹

E a resposta para proteção aos bens jurídicos, passa, necessariamente, pela prisão, forma maior de restrição de direitos daquele que lesiona o bem jurídico protegido pela lei penal.

O ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a Constituição federal, prevê que um indivíduo somente pode ser preso em flagrante ou por mandado judicial.

Para que uma prisão seja legítima há necessidade de dois requisitos: reserva legal, a prisão tem que estar prevista em lei; reserva da jurisdição, que é a

⁷¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Editora Impetus, 2010.

possibilidade de controle jurisdicional, seja antes por mandado, ou depois com a comunicação da prisão em flagrante.

Dentre as espécies de prisões, há a definitiva ou pena, que consiste na materialização da resposta estatal ao caso concreto; já a provisória, de natureza cautelar, tem como finalidade resguardar a efetividade do provimento jurisdicional na ação penal. Essa prisão cautelar é gênero que tem como espécies o flagrante, temporária, preventiva e as medidas cautelares.

Importante destacar que todas essas prisões têm a sua finalidade e o momento adequado. Além do mais, há diversos crimes que vedam as prisões cautelares.

Outro tipo de prisão é a civil que tem como finalidade obrigar uma prestação alimentícia, diferente é a prisão por averiguação, que por muito tempo foi utilizada. A Constituição Federal de 1988, em seu preceito dos direitos e garantias fundamentais, passou à exigência da prisão somente em flagrante ou por mandado judicial, logo caso ela ocorra fora destas circunstâncias, torna-se ilegal o seu cumprimento.

A teoria geral da prisão cautelar é marcada por uma série de princípios, que são os vetores interpretativos e os mandamentos nucleares do sistema jurídico, não deixando, porém, de serem normas, apenas são menos densas que regras.

Os primeiros destes princípios é o princípio da presunção de inocência, que possui tripla dimensão: de garantia, probatória (*in dubio pro reo*) e de tratamento (o indiciado e o réu devem ser tratados como se inocente fossem até o trânsito em julgado de sentença condenatória). Esta última dimensão é que nos importa aqui, pois aquele que é inocente, ou tratado como inocente, não pode ficar preso. Outros princípios, porém, podem levar ao afastamento deste princípio, caso se apresente a necessidade da prisão daquele que deve ser tratado como inocente.

Outro princípio é o da proporcionalidade, ou da homogeneidade. Segundo ele, a medida cautelar é por definição acessória.

Sendo a finalidade do processo a imposição de uma pena, que não necessariamente será privativa de liberdade, nestes casos seria possível no curso do processo, com mera cognição sumária, decretar prisão cautelar? Se tudo indica que ele não ficará preso no final do processo, após cognição exauriente, poderá haver prisão cautelar?

Parte considerável da doutrina entende que não, pois seria desproporcional a medida acessória em relação ao provimento final.

Mas isto não é uma regra absoluta, como não o é a aplicação de nenhum destes princípios.

Por último, temos o princípio do devido processo legal, que determina que a aplicação de uma prisão cautelar deve respeitar rigorosamente o procedimento estabelecido em lei.

Toda prisão cautelar deve respeitar a duplo juízo. Por conseguinte, ela deve atender a um juízo de legalidade (art. 5º, LXV, da CF – relaxamento da prisão) e a um juízo de necessidade. Um exemplo de aplicação do juízo de legalidade reside na prisão em flagrante, caso ela não se adeque a uma das situações do art. 302, do Código de Processo Penal, o juiz, amparado pelo dispositivo constitucional citado acima, deverá relaxar a prisão.

Nessa dissertação, grande questão sobre a qual se debruçará será a celeuma sobre as drogas sintéticas e sua perícia inicial, surgindo assim a alteração sobre a dificuldade da prisão em flagrante pela demora da entrega do laudo pericial. Necessário, então, aprofundamento sobre as outras formas de prisões previstas pela Legislação Penal, que podem ser decretadas posteriormente à situação flagrancial.

2.2.2. Bem jurídico-penal difuso e coletivo

A importância de se definir um bem jurídico traduz na limitação de atuação do Estado, no controle de suas arbitrariedades. O Direito Penal se preocupa somente com a ocorrência de lesão ao bem jurídico, ou seja, só importa se o bem jurídico foi afetado (Princípio da Ofensividade). Decorre daí, pois, o Direito Penal ser subsidiário, apenas defendendo os bens jurídicos que têm dignidade penal, quando nenhuma outra esfera do Direito tiver sido capaz de protegê-los (Princípio da Fragmentariedade).

Portanto, só é necessária a imposição de tutela penal àqueles bens que sofrem ataques socialmente intoleráveis, quer dizer, serão reprimidas condutas graves que ofereçam lesões ou danos aos bens jurídicos, sendo essencial a relação entre o bem penalmente tutelado e os valores fundamentais, em suma a observância do princípio da proporcionalidade.

E como identificar a necessidade de tutela penal ao bem jurídico? Existem duas formas:

- por determinação constitucional: através de mandados expressos e implícitos de criminalização, conforme já tratado em capítulo anterior.
- por políticas criminais, situações em que há discricionariedade do legislador ordinário em punir condutas à luz de princípios penais como legalidade, lesividade, proporcionalidade, fragmentariedade, lembrando que o Direito Penal deve atuar como *ultima ratio* e de forma mínima, cabendo em primeiro lugar aos outros ramos do Direito assegurar a proteção eficaz dos bens.

A tutela penal dos bens jurídicos, outrossim, será de acordo com sua espécie: individuais ou universais.

Para a tutela penal dos bens jurídicos individuais, prepondera o Direito Penal Clássico, tradicional, repressivo, aplicando sanções como forma de resposta estatal ao comportamento contrário ao ordenamento. Há presença de tipos penais fechados ou tipos penais de dano.

Nessa categoria, há estrito respeito aos princípios penais clássicos, quais sejam, a Legalidade (taxatividade penal), Intervenção Mínima (Direito Penal atua como *ultima ratio*), Ofensividade (os crimes devem causar danos), Culpabilidade, Fragmentariedade. Essa corrente é defendida por Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke, Muñoz Conde, são as propostas da doutrina clássica da Escola de Frankfurt, na Alemanha.

No mundo pós modernidade, contudo, a doutrina voltou-se para os bens jurídicos universais, em que a tutela tem dimensão ampliada.

Aos bens jurídicos universais se aplica um Direito Penal moderno ou contemporâneo. Segundo ele, a tutela, para ser eficaz, deve ser preventiva. É o Direito Penal prospectivo, que enxerga o futuro, e não repressivo. O Direito Penal se antecipa e previne os danos ao bem. Essa corrente da doutrina moderna é muito defendida por Kuhlen e Schünemann, Luís Garcia Martín e Jesus Maria Silva Sanchez, que reforça ainda sua tese sobre um possível Direito Penal de duas velocidades.

E emerge, pois, uma grande diferença entre as duas concepções de Direito Penal: na tutela pena preventiva não se fala em tipo penal fechado. Pelo contrário, os tipos penais devem ser abertos, criar crimes de perigo abstrato, utilizar normas penais em branco.

Uma das críticas da doutrina é que esse comportamento do Direito Penal mitiga a taxatividade penal.

Mas por que é necessária haver essa mitigação? Porque a lesão causada aos bens jurídicos difusos e coletivos é muito extensa, de difícil ou impossível reparação. Por exemplo, queimar toda uma floresta, há queda de árvores, poluição no ar, lesão à fauna e a flora. Essas condutas afetam demais um número indeterminável de pessoas, ou seja, atinge a coletividade no seu todo. Se na tutela dos bens jurídicos universais, o Direito Penal optasse pela repressão, tais bens não seriam assegurados, não resultaria eficácia de sua atuação.

Diferente do que ocorre nos bens jurídicos individuais, em que a lesão afeta o cidadão em sua esfera pessoal, e portanto a repressão da conduta lesiva se mostra eficaz como resposta.

Daí o conflito instalado entre a doutrina clássica e a contemporânea no que se refere à adequada proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos.

A doutrina tradicional entende que o Direito Penal não pode intervir para amparar esses bens e os tutelar preventivamente, pois, o Direito Penal é o ramo de maiores garantias, é a *ultima ratio*, e nesse caso, ao tratar desses bens jurídicos, haveria certa insegurança jurídica instalada. Em contramão, a doutrina moderna defende que para proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos, somente o Direito Penal seria capaz, justamente por ser a esfera do Direito dotada de mais garantias.

No mais, a doutrina clássica não concorda com a mitigação de alguns princípios penais em prol da tutela preventiva, diga-se, o Princípio da Legalidade/Taxatividade, uma vez que a mesma implica em tipos penais de perigo, em que se pune a simples exposição do bem jurídico a um risco, seja de perigo concreto ou abstrato. Requerer-se-ia a utilização de normas penais abertas e tipos penais em branco, em que o conteúdo da norma se apresenta lacunoso, necessitando de complementação de outra norma jurídica. E as normas, como regras, devem ser claras, certas, precisas e fechadas. Para eles, isso causa insegurança jurídica, afinal, se o Direito Penal, que é o último a ser chamado dos direitos, não for capaz de solucionar, o que poderia solucionar?

Ademais, na tutela penal preventiva há mitigação do Princípio da Ofensividade/Lesividade em que a conduta será digna de repressão penal se capaz de causar dano ao bem jurídico. Sendo a tutela preventiva, a punição ocorre antes mesmo de se concretizar a lesão, bastando à ameaça ou perigo.

Por fim, no que tange aos princípios da Intervenção Mínima, Fragmentariedade, e Subsidiariedade existe crítica no sentido de que o Direito Penal

é a *ultima ratio*. De fato, não são todos os bens jurídicos que merecem proteção penal e, para que haja tutela penal, é imprescindível ataque perpetrado contra o bem relevante para o seio social. Deste modo, o Direito Penal não pune atos preparatórios, então, seria impossível a tutela preventiva. Não se trataria, enfim, de intervenção mínima. Deveriam, nesse entender, em primeiro lugar outros ramos do direito como o Direito Administrativo ou o Direito civil preverem as condutas e as reprimir, para só depois invocar o Direito Penal.

Para os defensores do Direito Penal Contemporâneo, o Direito Penal deve ser eficaz, isso é fato. A tutela penal preventiva é um meio de proteger os bens jurídicos difusos e coletivos. É a solução encontrada pela doutrina diante da globalização, da tecnologia empregada nas novas modalidades de crime, do período de evolução em que vive a sociedade, um caminho, pois, novo a ser trilhado pelo Direito Penal.

O Direito Penal Ambiental, por exemplo, é adepto do Direito Penal Moderno. Há utilização de normas penais em branco, bem como antecipação da tutela penal e de intervenção penal do legislador, sendo comum a punição dos delitos de perigo abstrato. Entretanto, importante ressaltar que a questão não é doutrinária, e sim Constitucional, por existir mandado expresso de criminalização na Constituição Federal sobre a ampla responsabilidade das pessoas naturais e jurídicas por infrações lesivas ao meio ambiente.

O Direito Penal, segundo a crítica acima referida, é de última *ratio*. Contudo, em se tratando de matéria ambiental, a Constituição Federal determinou a punição de delitos de perigo abstrato. Possível, desta feita, entender o Direito Penal Ambiental como secundário, transindividual, difuso (bens de uso comum do povo). Trata-se de um direito penal reparador, não repressivo, não sendo invocado para punir.

Isto posto, no Direito Contemporâneo, em matéria de bens difusos ou coletivos, o Direito Penal deve se mostrar eficaz. Ao se seguir o modelo do Direito Penal Clássico, o resultado será falho e inconstitucional. Por outro lado, ao se mitigar algumas garantias e princípios, com certeza será efetivo. E o entendimento que se alcança é que mitigar algumas garantias não é inconstitucional, mas constitucional, porque deve sempre preponderar a proteção efetiva dos bens jurídicos.

Inequivocamente, a função do Direito Penal é proteger os bens jurídicos dos cidadãos e da sociedade. Em verdade, a corrente contemporânea da tutela penal preventiva dos bens jurídicos

universais, como novas concepções teóricas, apenas se esforçaram para adequar ao modelo social experimentado pelos seus membros, buscando maior efetividade. E a corrente do Direito Penal clássico, com as críticas que teceu àquela, apenas buscou manter seu sistema garantista, e, de certa forma, dotado de previsibilidade jurídica. Ambas correntes com visões divergentes, porém não menos certas, e que merecem se harmonizar para atingir a proteção eficiente aos bens jurídicos conforme almejado pela Constituição

Mais especificamente em relação às drogas, uma vez que se trata de um grave problema de saúde pública, sendo que esta se enquadra na categoria de bem jurídico penal difuso transindividual, sua tutela será coletiva.

Em outras palavras, o combate às drogas depende do direito penal moderno, ou direito penal contemporâneo, uma vez que a saúde pública é um direito difuso e depende de tutela penal preventiva, muitas vezes dependendo da norma penal em branco.

A existência de uma espécie de bem jurídico de natureza coletiva é reconhecida na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico.

Já se reconhecia que a lei penal não apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também de forma imediata a fins sociais.

JESCHECK reputa que os titulares de um bem jurídico podem ser a pessoa individual ou a coletividade e apresenta a seguinte classificação dos bens jurídicos: Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v.g. la integridad corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero)(grifos nossos).⁷²

A evolução da doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da teoria do bem jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do direito penal, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do bem jurídico. Não se trata de ignorar o interesse humano ou personalista na concepção do bem jurídico cujas garantias individuais estão constitucionalmente garantidas, mas sim reconhecer a evolução social e a importância da manutenção do sistema social, em que os indivíduos

⁷² JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte General. 4.^a ed. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 234

encontram sua realização e o desenvolvimento de sua personalidade, para a conceituação do bem jurídico.

Pode-se cogitar, assim, a existência de bens jurídicos individuais, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e bens jurídicos transindividuais, que afetam o sistema social.

ZAFFARONI embora entenda que não há diferença qualitativa entre bens supraindividuais e bens individuais, reconhece a existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo, de forma que um não pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro. Por conseguinte, a ideia de bens jurídicos penais que não afetem diretamente os indivíduos, mas a coletividade de indivíduos e, portanto, interesses de relevância social é reconhecida.⁷³

Reconhecida a existência dos bens jurídicos penais transindividuais ou metaindividuais, resta caracterizar a distinção entre os bens jurídicos penais coletivos e os bens jurídicos penais difusos, para então definirmos esses últimos e analisarmos as consequências penais da tutela dos interesses difusos.

A existência de bens jurídicos coletivos e, principalmente, difusos e a sua importância para a tutela penal é reconhecida pela doutrina brasileira. Miguel Reale Júnior aponta a existência de novas áreas no Direito Penal, como a defesa do meio ambiente, da justiça social e das divisas financeiras do país, consistindo em bens jurídicos a serem penalmente tutelados.

Ada Pellegrini Grinover entende que os direitos difusos e coletivos são interesses que, na sua visão, se complementam para a proteção penal: Não obstante, porém, a existência de uma “*área de conflittualità*” característica do âmbito dos interesses difusos, as concepções em torno dos interesses coletivos e interesses difusos não são excludentes nem antagônicas. Com efeito, existem sempre no território de qualquer um dos interesses coletivos (preservação da vida, da integridade, da saúde, do ambiente, a tutela do consumidor etc.) maiores ou menores núcleos de conflitos e divergências. Ao interesse geral da preservação da saúde pública, por exemplo, se manifestam também outros interesses coletivos como ocorre

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1981. vol. 3, p. 242

na limitação e expansão da propaganda e de fabricação de cigarros, de bebidas alcoólicas etc.⁷⁴

Salomão Shecaira, ao analisar os efeitos das transformações sociais no Direito Penal, também reconhece o interesse da proteção dos interesses difusos e coletivos.⁷⁵

A doutrina entende, pois, pela existência de bens jurídicos penais de natureza coletiva e difusa, distinção entre eles é de enorme valor para a perspectiva do direito penal, que sofrerá modificações de forma a acolher uma eficaz proteção contra a criminalidade dos interesses difusos.

Essas duas categorias fazem parte dos bens jurídicos universais, que são aqueles concentrados em uma massa abstrata, são de interesse de toda a comunidade, sendo que a necessidade de sua proteção se pauta na possibilidade de condutas contrárias a estes bens gerarem efeitos lesivos em um número indeterminado de pessoas.

Manoella Guz aponta que a doutrina nacional trata os bens difusos e os bens supraindividuais vezes como sinônimos e vezes como complementares dos “interesses coletivos”, o que é equivocado, já que há diferença técnica na conceituação destes⁷⁶. Ela continua, valendo-se da distinção feita por Ada Pellegrini Grinover segundo a qual embora sejam todos interesses metaindividuais, os interesses coletivos são os interesses de uma coletividade de pessoas ligadas entre si por um vínculo jurídico e os interesses difusos consistem em valores gerais de uma massa indeterminável de pessoas, ou seja, são valores genéricos que dizem respeito à qualidade de vida, na maioria das vezes. (GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 30 e ss.)

Os interesses coletivos são aqueles pertinentes aos fins institucionais de determinada corporação, associação ou outra forma de agrupamento que une seus

⁷⁴ A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 69-70.

⁷⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal. São Paulo: RT, 1999. p. 133.

⁷⁶ GUZ, Manoella. Bem jurídico penal e coletivo, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, São Paulo: 2010.

associados através de um vínculo jurídico prévio, sujeitando-os a um regime jurídico portador de características peculiares. Em outras palavras, os interesses coletivos dizem respeito a um número determinável de pessoas, o que significa dizer que é possível se computar exatamente quantas pessoas foram afetadas por um determinado dano, sendo que tais pessoas fazem parte de um grupo, classe ou categoria, e são titulares de um objeto indivisível e que estão ligadas entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico.⁷⁷

Por sua vez, os interesses difusos são aqueles que dizem respeito a um número indeterminável de pessoas, titulares de um objeto indivisível e que estão relacionadas entre si por um vínculo fático. Ou seja, quando se diz que interesses difusos foram atingidos por um determinado dano, não há como se mensurar exatamente quantas pessoas foram vítimas de tal dano, pois os interesses difusos pertencem a vítimas indetermináveis.

A semelhança entre esses dois gêneros de direitos transindividuais é o fato de tratarem de bens que não pertencem a uma só pessoa, mas de uma coletividade. Por outro lado, a diferença que existe entre eles consiste na possibilidade de identificar a massa de pessoas titulares de direitos comuns dos bens coletivos, enquanto em relação aos bens difusos essa identificação não é possível, sendo a titularidade compartilhada entre todos os cidadãos ou coletividades específicas.

Sendo assim, o objeto de tutela é indivisível entre esse número indeterminável de pessoas, ou seja, sob o aspecto material todos têm o direito, mas sob o ponto de vista processual ninguém pode individualmente pleiteá-lo.

Uma grande distinção se refere à natureza do vínculo, nos bens difusos esse número indeterminável de sujeitos está relacionado com a outra por um vínculo fático, ao contrário dos bens coletivos, cujo nexos é de direito.

Os bens jurídicos representam interesses pertencentes de forma idêntica a uma pluralidade de sujeitos, mais ou menos determinada, que não tem qualquer expressão de vínculo associativo, sendo essa massa abstrata de pessoas relacionada por vínculos fáticos.

Manoella Guz distingue, portanto, os bens jurídicos por sua natureza: como bens jurídicos penais individuais: (i) os bens jurídicos denominados personalíssimos,

⁷⁷ GUZ, Manoella. Bem jurídico penal e coletivo, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, São Paulo: 2010.

como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra; e (ii) os bens pessoais, como o patrimônio: bens jurídicos supraindividuais seriam: (i) os bens jurídicos institucionais, relativos às pessoas jurídicas públicas ou estatais, envolvendo delitos contra a administração pública, a fé pública, a segurança do Estado, dentre outros; e (ii) os bens coletivos e difusos, afetando uma generalidade de pessoas, unidas em razão de um elemento comum factual, como por exemplo, a saúde pública, a segurança no trânsito, a segurança no trabalho, o meio ambiente, dentre outros.⁷⁸

E, conforme mencionado anteriormente, cada um desses bens jurídicos demanda uma resposta penal própria, e, no caso específico dos bens jurídicos de natureza universal difusa, o direito penal moderno é aquele que proporciona a tutela mais adequada.⁷⁹

3. POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA E ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO

Os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins correspondem a condutas que necessariamente devem ser tuteladas pelo Direito Penal, uma vez que previstos em mandados expressos de criminalização.

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes se refere à proteção da saúde pública e a nocividade das substâncias catalogadas pelo Ministério da Saúde é presumida de forma absoluta.

A doutrina brasileira considera que os prejuízos advindos com o uso da droga não se limitam àquele que a ingere, mas também põe em risco toda a sociedade, expondo a perigo a integridade social, de tal sorte que as drogas são um grave problema de saúde pública.

A tutela cumpridora do mandado de criminalização incluiria inclusive direitos de terceira geração⁸⁰.

⁷⁸ GUZ, Manoella. Bem jurídico penal e coletivo, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, São Paulo: 2010.

⁷⁹ “O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico da „sociedade de riscos“. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado e este as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por isso o Direito penal moderno, ou parte considerável do mesmo, é denominado „Direito penal do risco“.” MARTIN, Luis Gracia. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 48.

⁸⁰ “...percebe-se que a proteção penal não se limita à tutela da saúde pública, mas também da ordem pública, da segurança coletiva e, até mesmo, de interesses culturais e morais. Assim, não apenas direitos de segunda geração

Antes de se configurar como direito de terceira geração, é fato que as políticas públicas para o combate às drogas, vêm sendo implementados há anos desde o Brasil colônia, pois já consumia o ópio.

Nos dias de hoje, as drogas estão sempre relacionadas aos problemas enfrentados pela sociedade, sendo uma questão grave de saúde pública e, conforme a divisão traçada no capítulo anterior, ferem um bem jurídico penal de natureza coletiva.

O tráfico de entorpecentes é equiparado aos hediondos por atingir um dos bens jurídicos mais caros à sociedade: a saúde.

De outro lado, a relevância da saúde como direito fundamental e bem jurídico protegido se revela pela existência de mandados de criminalização, conforme ressaltado em capítulo anterior.

As drogas lícitas e ilícitas sempre estiveram inseridas nas mais diversas sociedades e em diferentes épocas, e que nem sempre o seu uso ocasionava problemas. É de se considerar que o problema não são as drogas, mas sim os meios e a forma como se utiliza, veja quando há o seu controle e sua fiscalização os problemas relacionados ao seu consumo são consideráveis normais.

As políticas públicas para enfrentar as drogas vêm sendo implementadas há muitos anos desde o Brasil colônia, conforme dito, pois eram comuns na época o consumo do ópio que é um suco retirado da planta *Papaver*, as primeiras leis que versavam sobre a proibição do uso de algumas substâncias no Brasil foi a Lei das Ordenações Filipinas.

A nível mundial, uma das primeiras políticas públicas foi a convenção internacional do ópio assinada em Haia no ano de 1912 no dia 23 de janeiro durante a primeira conferência internacional do ópio, para tratar do comércio internacional de drogas, pela qual os países signatários instituíram o acordo de adotar medidas de controle da comercialização da morfina, heroína e cocaína nos seus próprios sistemas legais. Vale ressaltar que o Brasil também assinou protocolo no ano de 1914, com o intuito de controlar o grande consumo de ópio.

são afetados pela prática deste delito, mas também direitos de terceira geração – bens jurídicos universais – são tutelados através deste mandando de criminalização. GUZ, Manoella. Bem jurídico penal e coletivo, Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, São Paulo: 2010.

Após a criação do decreto nº 2.861 de 1914, o Brasil estabeleceu tratamento diferente ao usuário, gerando uma ampla mudança no modo de tratamento, passou-se a tratar os usuários como doentes, equiparados aos enfermos de moléstias graves e de difícil cura para época como a febre amarela e a varíola.

Em 1921 foi estabelecido pelo decreto presidencial penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados, vale ressaltar, que o movimento proibicionista foi fortemente bancado pelo EUA e acompanhado pelo Brasil. Um dos marcos desse movimento foi a lei seca americana que resultou em enormes guerras de gangster e a cegueira de varias pessoas pelo consumo bebida alcoólica caseiras, muitas vezes, feitas com álcool metílico.

Dando continuidade ao movimento proibicionista no de 1936 foi criado o decreto lei nº 780 que cria um dos primeiros órgãos voltado para o controle de entorpecentes a comissão nacional de fiscalização de entorpecentes sendo a sua obrigação controlar o cultivo e fabricação de substâncias ilegais.

Artigo 3º do decreto lei 780 de 1936

"o estudo e a fixação de normas gerais de ação fiscalizadora do cultivo, extração, produção. Transformação, fabricação, preparo, posse, importação, reexportação, oferta, venda, compra, troca, cessão bem como a repressão do tráfico e uso ilícito de drogas entorpecentes, incumbindo-lhes todas as atribuições decorrentes dos objetivos gerais, para os quais é constituída."

Dois anos mais tarde, incrementou-se as leis antidrogas o decreto lei nº 891 de 1938, que demonstra a preocupação do estado com os usuários de drogas, além de punir quem plantava, cultivava ou vendia, a mesma passou há exige a internação dos usuários "viciados".

Art. 26- "A venda ao público de qualquer das substâncias contidas no art. 1º desta lei e seus parágrafos só é permitida às farmácias e mediante receitas de facultativo com diploma registrado no

Departamento Nacional de Saúde, nos serviços sanitários local. Tais receitas serão feitas quando necessário, de acordo com as instruções baixadas sobre o uso de entorpecentes, em papel oficial, fornecido pela autoridade sanitária competente, acompanhadas da justificação do emprego do medicamento, devendo ser escritas em caracteres legíveis, com indicação precisa dos nomes, sobrenomes e residências do médico e do doente e da data da prescrição. Art. 28- Não é permitido tratamento de toxicômanos em domicílio.”

Já em 1940 foi criado o atual código penal do Brasil seguindo quase que um ritual sistemático o mesmo programou novas medidas proibicionistas para tentar frear o crescimento do tráfico de drogas e do conseqüente consumo.

No seu art. 281:

“Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornece ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena: reclusão de um a cinco anos, e multa de dois a dez contos de réis.”

No entanto, é possível dizer nos tempos atuais que o mesmo fracassou, pois as medidas proibicionistas e o capitalismo só bancaram e estimularam o consumo de drogas, até porque, muitas vezes, o combate ao consumo de drogas estava relacionado a contextos sociais e étnicos como nos casos dos movimentos artístico e dos hippies, ou até mesmo na perseguição aos povos de Etnia Africana.

Em 1924, o Brasil participou de um congresso internacional em defesa da proibição e se tornou um dos primeiros países do mundo a criminalizar a maconha. O

primeiro órgão que reprimiu o consumo de maconha foi a Delegacia de Tóxicos e Mistificações, no Rio de Janeiro. Este órgão também era responsável por reprimir outras práticas da cultura negra.

Na ditadura militar de 1964 a legislação brasileira ficou mais rígida sobre as questões do tráfico e consumo de drogas o então presidente Castelo Branco determinou no decreto Lei nº 159 no seu artigo 1º que “qualquer substância capaz de determinar dependência física, psíquica, mesmo que não considerada entorpecente, será aplicada a legislação repressiva sobre drogas.”

Um total contraditório, pois se todas as substâncias que causassem dependência fossem reprimidas a sociedade deixaria de evoluir, haja visto, a necessidade humana, e as evoluções científicas, mister que os melhores analgésicos foram retirados de princípios ativos de drogas atualmente ilegais.

Após a ditadura militar de 1964, veio a promulgação de constituição federal de 1988, onde se esperava uma mudança na forma de combate às drogas, mas infelizmente houve melhorias e retrocessos, um dos pontos positivos foi a equiparação do crime de tráfico de drogas aos dos crimes hediondos.

Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”

No entanto, depois de 18 anos da promulgação da constituição federal entrou em vigor uma lei 11.343/06, lei está que mudou a forma ao qual o Estado vislumbrava o dependente químico.

A lei 11.343/06 apresentou umas mudanças significativas, ao qual, mudou-se o entendimento e o pensamento não só do Estado, mas também de toda a sociedade.

Não obstante a Lei 11.343/06 ter uma legislação inovadora, a mesma ainda tem o estigma de Combate ao Tráfico de drogas Ilícitas demonstrando que houve uma

significativa melhoria no que concerne a temática do dependente químico, porém continua com sua saga de “caça as bruxas”.

O conceito de Políticas Públicas é um conjunto de disposições, planos, metas e atos governamentais voltados para a resolução de problemas de interesse público (interesse Difuso). Em outras palavras as políticas públicas são mecanismos pelo qual o poder público enfrenta os principais problemas que atinge a sociedade.

Vale apenas ressaltar, que as políticas públicas são direitos assegurados constitucionalmente como o direito a saúde, educação, segurança entre outros, através desses direitos fundamentais o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) se compromete a realizar meios que promovam ou que assegurem esses direitos fundamentais.

As políticas públicas devem ser consideradas como o Estado em ação, é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade.

Dessa forma, as políticas públicas são o meio pelo qual o governo tende a administrar os interesses e problemas difusos da sociedade.

No tocante as políticas públicas voltadas as drogas no Brasil são de certo modo recentes, pois o Brasil só veio encarar os problemas relacionados ao uso de drogas como problema de saúde pública há onze anos, no ano de 2005 quando foi aprovada a nova política Nacional de Drogas onde foram instituídas estratégias, fundamentos e objetivos voltados para o combate e prevenção.

Ronaldo Laranjeira chama atenção para o cuidado que se deve ter para se evitar o tratamento ideológico do combate às drogas. Por exemplo, no caso da maconha, não existe uma tendência mundial nítida. Alguns países adotam penas leves ou um grau maior de tolerância com os usuários, mas em nenhum lugar existe a legalização aberta. Ao falar de drogas mais pesadas, como heroína e cocaína, a tendência é marcante em relação à proibição. "O fato de existir políticas diferentes para drogas diferentes é muitas vezes apontado como hipocrisia social. Na realidade, essa deveria ser uma atitude pragmática numa sociedade que busque responder ao problema com foco em resultados e não em retórica e debate ideológico. Tal proposta deveria ser julgada pelo seu efeito na diminuição do custo social de todas as drogas e não somente de uma droga específica", pondera Ronaldo.

Ele ressalta, ainda, o fato de que. No Brasil, por exemplo, a Política Nacional sobre Drogas abrange somente as drogas ilícitas, deixando de lado o álcool e o

cigarro. Os legalistas aparentemente estão dizendo que o problema das drogas diz respeito à infração legal e não a um dano à sociedade.

O álcool é considerado a substância com maior potencial para ensinar como estabelecer uma verdadeira política de drogas baseada em resultados. Em 2003, a Organização Mundial de Saúde produziu um livro em que os maiores especialistas do mundo propuseram medidas a ser implementadas em todos os países, buscando diminuir o custo social relacionado a essa substância. São várias as diretrizes políticas que visam a diminuir o consumo global de álcool: Políticas de preço e taxaço (ações com maior impacto social imediato); Políticas que diminuam o acesso físico ao álcool (está demonstrado que, quanto menor o número de locais vendendo álcool, maior o respeito ao limite de idade); Proibição da propaganda nos meios de comunicação (o objetivo da propaganda do álcool não é só buscar preferência por determinada bebida, mas criar um clima social de tolerância e estímulo ao álcool, visando nitidamente a aumentar o consumo global); Campanhas na mídia e nas escolas visando a informar melhor os efeitos de álcool. O estudo aponta que o álcool apresenta as formas de controles sociais mais estudados e de políticas eficazes para diminuir seu uso global. Os princípios citados podem ser usados em relação às demais drogas, visando a diminuir o acesso e o consumo.

Para o pesquisador, do ponto de vista da saúde pública é errado legalizar as drogas. A solução é promover a prevenção e o tratamento baseados em evidências e não em ideologia. Para algumas questões, a ciência tem respostas claras e válidas. Na farmacologia, por exemplo, os mecanismos de ação da maioria das drogas são muito bem conhecidos. Para cada droga é possível prever a ação imediata e de uso crônico. Os epidemiologistas já são capazes de mostrar o impacto do uso, do abuso, da dependência e o custo social de cada uma das drogas.⁸¹

O que se observa no Brasil, contudo, ainda é uma visão distante daquela sugerida por Ronaldo Laranjeira.

Em 2006 a partir da aprovação da nova política nacional antidrogas foi criado o SISNAD.

Assim descreve o Art. 1º da Lei 11.343/06:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas -

⁸¹ LARANJEIRA, Ronaldo. "Legalização de Drogas e a Saúde Pública" foi publicado na Revista Científica Ciência & Saúde Coletiva (Vol.15, Nº 3, Rio de Janeiro, Maio/Junho 2010)

SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

O SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) é o instrumento pelo qual se estabelecem diretrizes, normas e políticas públicas voltadas para as drogas.

No artigo 4º e seus incisos da lei 343/06 estabelece os princípios que regem o sistema nacional de drogas, entre todos se destacam os seus incisos V e I.

O inciso V em seu teor diz “a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do SISNAD;”, demonstrando que a luta contra as drogas no Brasil não é só responsabilidade do estado, mas de toda sociedade brasileira, outro inciso do mesmo artigo que também chama a atenção é o I que na sua íntegra descreve, “I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade.” Evidenciado a mudança de entendimento em relação ao usuário de entorpecentes, pois a partir da edição desta lei teve-se o entendimento que o dependente químico também é uma pessoa humana, que tem direitos e deveres junto a sociedade.

A lei 11.343/06 que criou o SISNAD trouxe mudanças significativas como a mudança de entendimento e diferenciação do usuário para o traficante, e a forma de tratamento empregada aos usuários, passando-se a entender que o usuário de drogas é caso de saúde pública e não de polícia, buscando não só reprimir a venda e o uso de drogas, mas também tratar os dependentes químicos e a reinserção dessas pessoa no contexto social, Além da despenalização do porte para uso de drogas ilícitas, compreendesse então que tratasse ainda de uma tipicidade criminal, mas sem encarceramento.

Relevante mencionar, que a política de drogas atualmente, consiste na redução de danos e riscos, buscando na “teoria” a sua prevenção.

Não obstante, após a criação do SISNAD, também foram criados outros órgãos para amparar o SISNAD como o CONAD, órgão hierarquicamente superior ao SISNAD, e ligado ao ministério da Justiça (Conselho nacional de Drogas)

Artigo 4º do decreto nº 5912;

“Compete ao CONAD, na qualidade de órgão superior do SISNAD: I- acompanhar e atualizar a política nacional sobre drogas, consolidada pelo SENAD; II- exercer orientação normativa sobre as atividades previstas no art. 1º; III- acompanhar e avaliar a gestão dos recursos do Fundo Nacional Antidrogas - FUNAD e o desempenho dos planos e programas da política nacional sobre drogas; IV - propor alterações em seu Regimento Interno; e V- promover a integração ao SISNAD dos órgãos e entidades congêneres dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.”

O CONAD foi órgão responsável pela criação do PNAD (Políticas sobre drogas) em 2005, esse órgão prevê o compartilhamento de responsabilidades entres os entes da Administração pública direta União, estados, municípios e Distrito Federal, além de também instituir a responsabilidade da sociedade brasileira.

Há ainda outro órgão relacionado ao SISNAD e ao CONAD que é a Secretaria nacional Antidrogas que tem o condão de seguir ações que visem a precaução ao abuso e uso de droga, além das demandas também direcionada já o SISNAD e o CONAD.

A secretaria Antidrogas é responsável em gerir o fundo nacional antidrogas FUNAD, além de averiguar o que é feito com a verba destinada a entidades cadastradas, entidades essas que exercem ações de prevenção e tratamento aos dependentes químicos.

A política nacional de drogas apresenta como uma das suas principais diretrizes a diminuição de risco e o tratamento diferente para cada indivíduo de acordo

com o meio e as circunstâncias que se faz o consumo, além de separa o abusado de droga dos usuários recreativos.

A organização mundial de Saúde fez uma distinção entre o usuário;

- a) Não usuário - Quem nunca utilizou qualquer tipo de droga
- b) Usuário leve - Já utilizou, mas não faz um uso contínuo.
- c) Usuário moderado - Utiliza drogas toda semana, mas não as utiliza todos os dias.
- d) Usuário pesado - É aquele que usa drogas todos os dias

A organização mundial de saúde confeccionou essa distinção para realizar formas diferentes de abordagem e tratamento para cada classificação.

Ora, será é mais fácil e barato prevenir do que tratar essas pessoas, então se fortalece a priorização e prevenção do seu uso indevido.

Já a ONU organizações das Nações Unidas também discorreu sobre esse assunto já que esse é um problema mundial:

- a) Usuário experimental - Experimenta uma ou várias drogas, por curiosidade, mas não se torna dependente;
- b) Usuário ocasional - Usuário habitual;
- c) Usuário disfuncional - Experimenta uma ou várias drogas, por curiosidade, mas não se torna dependente;

Utiliza várias drogas, mas de vez em quando, em festas, por exemplo, porém não é totalmente dependente.

Frequentemente usa drogas, mas ainda consegue viver em sociedade, apesar de já apresentar algumas alterações.

E o dependente, que vive para usar droga, nada mais, por isso mesmo não consegue mais manter um vínculo social, ficando isolado, muitas vezes.

Então, a intenção desses órgãos mundiais é demonstrar para o mundo que é mais fácil prevenir do que tratar, pois, além de se tratar de um meio menos oneroso, trata-se de uma intervenção mais eficaz.

Com a aprovação da Lei 11.343/06 passou-se atender e compreender que o instituto da dignidade da pessoa humana norteado na constituição federal também se estende aos dependentes químicos, pois antes da sua aprovação não existia norma ao qual se compreendia que o dependente químico necessitava de atenção de tratamento específico e direcionado para cada contexto social.

Pois bem, uma das principais mudanças foi entendimento da reinserção social dos dependentes químicos previsto no artigo 20 da lei 11.343/06, a reinserção social ganhou destaque ao trazer parâmetros a serem utilizados em benefício dos dependentes, além de comportar a intervenção do estado e da sociedade civil.

Lei 11.343/06;

“Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.”

Não obstante, um dos principais órgãos que ajudam na reinserção é os CAPS (Centro de Atenção Psicossocial) que consiste é um serviço aberto, de referência e clínico para os usuários dependentes de álcool e outras drogas com acompanhamento cotidiano, executado por grupo interdisciplinar, que oferta cuidada absoluto, intensivo e diferente. Promovendo o tratamento por meio do fortalecimento dos vínculos familiares e da reinserção social. A unidade possui espaço para atividades terapêuticas, lúdicas e de geração de renda.

Assim, a prevenção, reinserção social, redução dos riscos relacionado às drogas vai além das políticas públicas estipuladas pelo estado e necessário um apoio de toda uma sociedade para o seu enfrentamento.

Isto posto, com a aprovação da lei 11.343/06 os dependentes químicos de maneira geral, não só os dependentes de drogas ilícitas, ganharam maior atenção,

com aplicação de assistências e tratamentos específicos, além de planos de reinserção social adequados.

Dos crimes e das penas prevista na Lei 11.343/06 nova lei de drogas

Como já discutido em capítulos anteriores a lei 11.343/06 trouxe mudanças importantes na penalização do usuário e do traficante de drogas.

No seu artigo 28 esta discorrida as penas previstas aos usuários de entorpecentes, vislumbre que o legislador demonstrou o interesse de não punir e sim de tratar o sujeito ativo do artigo 28 § 1º.

No artigo 28 § 2º existe uma grande controvérsia o legislador descreve como será a diferenciação da posse de drogas para o consumo próprio, no entanto o rol exemplificativo descrito nesse artigo pode ser facilmente desclassificado, outro ponto a ser destacado e que esse rol poderia ser empregado com atos discricionários do agente policial.

Pois, como poderá o Juiz mensurar que a quantia de drogas pegadas com determinado indivíduo não é para seu próprio consumo, haja visto, que cada usuário/dependente tem poder econômico diferente, que dizer então, que se um pobre compra cerca de 1kg de maconha comprometendo que o valor desses 1kg de maconha seja o equivalente de 80% do seu salário ele é um traficante, porque teoricamente não teria condições financeiras?

Outro tema controverso é em relação à aplicação do artigo 28 da lei 11.343/06 a transação penal prevista na lei 9.099/95, foi concedida ao sujeito ativo do crime do artigo 28 da lei 11.343/06 o direito de responder por sua infração criminal junto aos juizados especiais criminais regulado pela lei 9.099/95, no entanto a grande dúvida fica se será possível a aplicação do instituto da transação penal.

Um outro método de combater e prevenir o tráfico de drogas são as polícias investigativas especializadas.

Em São Paulo há o Departamento Estadual de Prevenção e Repressão ao Narcotráfico (DENARC) foi criado por força do Decreto nº 27.409, de 24/11/1987, alterado pelo Decreto nº 58.187, de 29/06/2012, o qual teve nova redação dada pelo Decreto nº 59.396, de 06/08/2013. Este último deu a atual nomenclatura do órgão e estrutura vigente.

O embrião do que viria a ser o Denarc foi o Setor de Entorpecentes criado na Delegacia de Fiscalização no antigo Departamento de Investigações (que viria a se tornar o DEIC), por força do Ato SSP nº 1, de 31/01/1957. Em 1969, tal setor foi alçado

à categoria de Delegacia especializada em entorpecentes, em virtude do Decreto nº 52.213, de 24/07/1969. Alguns anos depois, ocorreu a criação da Divisão de Investigação de Entorpecentes, com o Decreto nº 6.835, de 30/09/1975.

Com a edição do Decreto nº 27.409, de 24/11/1987, finalmente foi instituído o Departamento Estadual de Investigações sobre Entorpecentes.

O DENARC é um órgão de execução da Polícia Civil do Estado de São Paulo e tem como objetivo executar ações de prevenção especializada, investigação e repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas no âmbito da Capital e, excepcionalmente, nas demais localidades do Estado de São Paulo.

No organograma do DENARC, constam as seguintes Divisões: Assistência Policial, Divisão de Administração, Divisão de Investigações sobre Entorpecentes (DISE) e Divisão de Prevenção e Educação (DIPE).

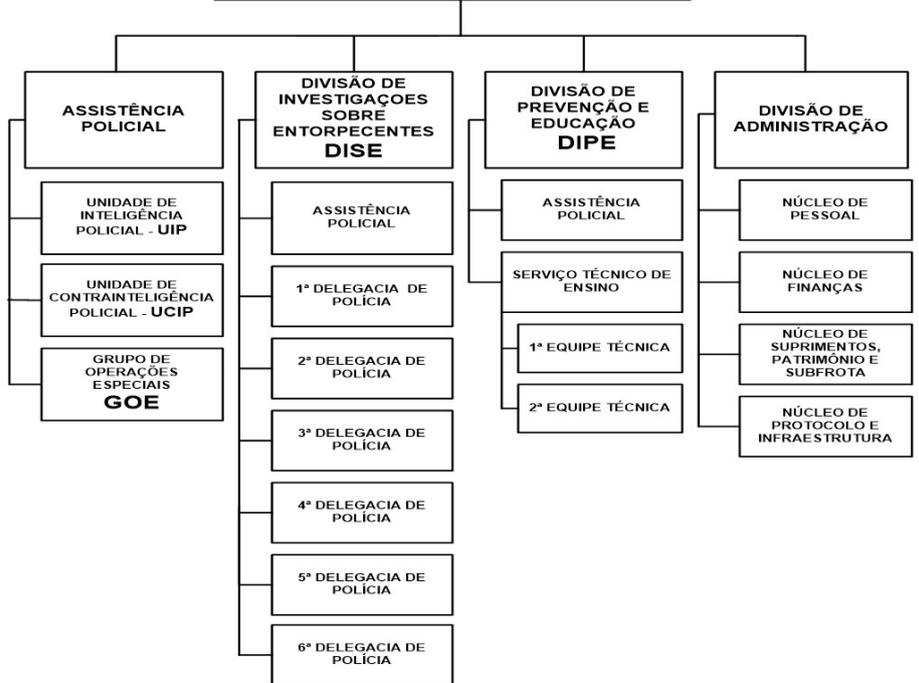
À Assistência Policial cabe o planejamento e coordenação de ações operacionais táticas e estratégicas visando a repressão ao crime organizado que envolver drogas ilícitas, por meio do acompanhamento de boletins de ocorrência registrados e elaboração de quadros estatísticos, bem como o policiamento preventivo especializado, através do GOE (Grupo de Operações Especiais). A Divisão de Administração tem como finalidade o assessoramento administrativo do Departamento.

A DISE, atualmente composta por seis delegacias especializadas, tem por objetivo a apuração e a repressão aos crimes previstos na Lei Federal nº 11.343, de 23/08/2006.

A DIPE tem como atribuição desenvolver programas de prevenção à disseminação do uso indevido, da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas para o público externo, por meio de produção de material didático sobre o assunto, além da promoção de cursos voltados à prevenção do uso indevido de substâncias que causem dependência física ou psíquica. Além disso, a DIPE fornece também o serviço de orientação para usuários de drogas e familiares para o encaminhamento aos órgãos de saúde pública.



**DEPARTAMENTO
ESTADUAL DE PREVENÇÃO
E REPRESSÃO AO
NARCOTRÁFICO
DENARC**



DEC. 59.396/13

As políticas públicas de combate ao tráfico de drogas e os meios de enfrentamento ao consumo e abuso de drogas no Brasil tiveram uma enorme melhoria a partir da Lei 11.343/06, haja visto, que essa norma foi a pioneira em relação a criação de um novo entendimento acerca do enfrentamento as drogas, ora, a Lei 11.343/06 como já destacado trouxe mudanças satisfatórias e necessárias.

No contexto das drogas o Brasil, vem se destacando negativamente anos, após anos, uma vez que existe um constante aumento do consumo de drogas ilícitas, além do absurdo aumento dos problemas relacionado a venda ilegal e consumo descontrolado e não fiscalizados das drogas, gerando o aumento da violência, pode-se dizer que o combate as Drogas no Brasil é verdadeiro fracasso, pois o Estado brasileiro procura sempre o combate bélico, apesar da existência das políticas públicas de drogas ao como já demonstrado é um meio de enfrentamento mais eficaz, menos danoso, e mais barato.

3.1. Políticas criminais no tocante à criminalização do uso de drogas

O crescente uso de entorpecentes no Brasil gerou a correspondente resposta da política criminal, sendo esta, segundo Zaffaroni e Pierangelli, a Política criminal pode ser definida como parte ou ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal, que se ocupa de selecionar os bens a ser protegidos e os caminhos para efetivar tal tutela.⁸²

Para Claus Roxin a Política criminal ocupa-se da questão sobre como se deve proceder em relação às infrações e aos infratores das “regras básicas da convivência social, danificando ou pondo em perigo os indivíduos ou a sociedade”⁸³.

No que tange às políticas criminais e sua evolução histórica no que se refere ao uso de drogas, importante discriminar os processos político-criminais correspondem aos meios empregados para concretizar as respostas sociais à criminalidade.

82 ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo:RT, 7ª ed., 2007.

83 ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal*, Ed. Livraria do Advogado, 2018.

Luciano Pereira esclarece a diferença entre as diversas formas de respostas criminais, e, no caso específico de uso de drogas, ver-se-á que houve grandes alterações legislativas e até mesmo do entendimento jurisprudencial nos últimos anos.

As respostas criminais para os crimes podem ser a criminalização, identificada nos movimentos intervencionistas e autoritários, e, é responsável por elevar à categoria de ilícitos penais fatos até então desconhecidos do direito, ou considerados apenas ilícitos civis ou administrativos, ou antissociais, mas que vinham sendo tolerados⁸⁴.

Nesses mesmos movimentos autoritários se observa a prisionização cautelar, consistentes em processos e medidas que possibilitam ou ampliam as possibilidades de decretação da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A despenalização por sua vez, identifica-se com movimentos não intervencionistas, como é o caso do Direito Penal Mínimo, e modelos liberais. Utiliza medidas que visam a restringir, impor condições à aplicação da pena, ou que permitam a substituição da prisão por penas patrimoniais ou restritivas de direitos, ou mesmo que impeçam a execução da pena de prisão. Isto tudo, sem excluir o caráter criminoso do fato.

Por conseguinte, nos modelos liberais se identifica a desprisionização cautelar, que são os processos e medidas que procuram restringir a imposição ou manutenção da prisão antes da condenação definitiva

O autor constatou que foi a partir de 1995 que ganharam força medidas despenalizadoras no Brasil.⁸⁵

Particularmente ao uso de drogas, ou melhor, a posse de entorpecentes para uso próprio, houve um processo de despenalização. Se na Lei Antitóxicos (Lei 6.368/76) a posse desautorizada de entorpecente para uso próprio era punida com detenção de até dois anos e multa, trinta anos depois, a Lei 11.343/06, Lei de Drogas,

⁸⁴ PEREIRA, Luciano Souza, SOUZA, Aldo Rodrigues. Introdução às Ciências Penais e ao Estudo do Direito Penal, Ed. Verbatim, 2015.

⁸⁵ . Além da suspensão da execução das certas penas privativas de liberdade de curta duração (arts. 77 e segs. do CPB) e do livramento condicional, com a conseqüente antecipação da liberdade, nas penas de prisão de longa duração (arts. 83 e segs. do CPB), foram introduzidos, por meio da Lei 9.099/95, o acordo civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, como medidas despenalizadoras inéditas no direito brasileiro; além disso, houve a ampliação das hipóteses em que se exige a manifestação de vontade da vítima para que o processo possa ser instaurado contra o autor do fato. PEREIRA, Luciano Souza, SOUZA, Aldo Rodrigues. Introdução às Ciências Penais e ao Estudo do Direito Penal, Ed. Verbatim, 2015.

aboliu a pena de prisão nos casos de posse desautorizada para uso próprio. Ou seja, ocorreu uma despenalização, que não pode ser confundida com criminalização.

Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: “o que houve foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento - antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); Lei 9.605/98, arts. 3º; 21/24) da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.” (RE 430105 QO, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

Em relação às repercussões da condenação, o entendimento jurisprudencial também vem sendo alterado, como é o caso da recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a condenação prévia por porte de droga para consumo próprio, nos termos do art. 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.⁸⁶

Concluiu-se que, apesar de crime (não houve a descriminalização), a conduta é punível com medidas de natureza extrapenal (despenalização, no caso, mera advertência sobre os efeitos nefastos da droga), sendo até mais branda que as penas previstas para contravenções penais, que não geram reincidência (art. 63 do Código Penal) apesar de puníveis com prisão simples, de tal forma que considerar a reincidência no caso de uso de entorpecentes infringiria o princípio da proporcionalidade.

4. TRÁFICO DE ENTORPECENTES: NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO À LUZ DE MANDADO EXPLÍCITO DE CRIMINALIZAÇÃO (CF., ART. 5º, INCISO 43)

Para tratar do mandado explícito de criminalização no que se refere ao tráfico de entorpecentes, necessário esclarecer o conceito de norma e suas classificações.

Assim, tem-se que norma é um imperativo que deve resultar exclusivamente da primeira parte da lei penal, ou seja, sem o acréscimo da segunda parte (sanção),

⁸⁶ Recurso Especial 1672.654SP, v.u. 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça.

caso contrário, a proibição e a sanção seriam concomitantes, e, do mesmo modo, não teria sentido falar-se na sanção como consequência jurídica.

As normas penais em branco são *lex imperfectas (Binding)*, pois determinam integralmente somente a sanção, sendo que o preceito, descrito de modo impreciso, remete-se a outra disposição legal para a sua complementação (a maioria das normas penais são completas e determinam o preceito e sua sanção, penas e medidas de segurança, que não podem ser incluídas aqui). No Brasil sanção é *nomen iuris*, nome próprio.

São normas penais incriminadoras (que podem ser incriminadoras e não incriminadoras).

A norma penal compreende duas partes, a primeira define a matéria de proibição e a segunda estabelece a sanção aplicável. Na norma penal em branco a primeira parte (matéria de proibição) não se encontra disposta integralmente com precisão, remetendo-se a outros dispositivos para que se dê o preenchimento (norma de preenchimento).

Importante proceder a uma subdivisão relativa ao preenchimento das normas:

i. Homogêneo

Normas Penais em Branco em Sentido Amplo: a sanção vincula-se a um tipo que precisa ser complementado por uma mesma lei ou por uma outra lei – originadas da mesma instância legislativa.

Se a complementação está contida na mesma lei (homovitelina) ocorre a remissão interna: remete a outros dispositivos contidos na mesma lei.

Exemplo:

Lei 9.434/97 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Os artigos que determinam como deve se dar os procedimentos são os artigos compreendidos entre o 1º e o 13, da mesma lei.

ii. Heterogêneo

Normas Penais em Branco em Sentido Estrito: nesse caso há fonte formal heteróloga, pois remetem à individualização (especificação) do preceito a regras cujo

autor é um órgão distinto do poder legislativo, o qual realiza o preenchimento do branco por meio de sua individualização, p. exemplo, via ato administrativo.

Nas normas penais em branco em sentido estrito a complementação necessária está incluída em uma lei de outra instância legislativa.

Exemplo:

Lei 11.343/2006 que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.

“Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1o desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998 (que fixa as substâncias entorpecentes ou que determinam dependência física ou psíquica).”

Com relação a essa norma, grande celeuma que tem acontecido nesses últimos anos é a entrada no Brasil de novas drogas provenientes de outros países, principalmente da China. Como são novas, a ANVISA não colocou seus princípios ativos nas listas de substâncias psicoativas capazes de causar dependência. Conseqüentemente, os possíveis traficantes não poderão ser presos, nem mesmo processados e muito menos responsabilizados penalmente, com fundamento no princípio da legalidade.

Um agravante é que por serem novas essas drogas, seus efeitos são notadamente mais forte, um grande exemplo é o alucinógeno 25B-NBOMe e seus assemelhados, também conhecido também como “N-bomb” ou “Smiles”, que substitui o LSD. Assim, por ser bem mais forte, a chance de um infarte fulminante é muito grande.

Na prática, ocorre uma grande demora até que o órgão próprio da ANVISA tome ciência dessa nova droga, a partir de suas apreensões, sendo que, nesse interim, a venda dos novos entorpecentes funciona sem controle nenhum e a atuação da polícia fica limitada.

Vale ressaltar que as drogas sintéticas, como o *ecstasy* e o LSD, correspondem à segunda categoria de drogas mais vendidas, só perdendo para a maconha. É mais vendida que as semissintéticas, como a cocaína.

As drogas desse tipo são na maior parte das vezes vendidas em festas fechadas, dificultando assim o trabalho da polícia. Esse público geralmente é de classe média e classe alta.

Alguns exemplos de drogas novas não previstas no rol da ANVISA:

- a) Nesedrona e MDPV: droga em comprimidos. elas têm um efeito muito parecido com o da cocaína;
- b) AKB47: substituto da maconha;
- c) 25b – NBONe: substituiu o LSD, é enrolado em um papel, com efeitos muito mais fortes. Segundo a o Instituto Criminalístico de São Paulo, um estudante da USP morto por afogamento continha em seu organismo essa droga.

Um dado importante é o valor dessas drogas: o LSD custa em torno de R\$80,00, enquanto o seu substituto, NBONe, tem sido valor cobrado pelos traficantes de R\$10 a R\$15, ou seja, muito mais barato e portanto mais atrativo.

4.1 Drogas ilícitas e ilícitas

A história da toxicologia acompanha a própria história da civilização, pois, desde a época mais remota, o homem possuía conhecimento sobre os efeitos tóxicos de venenos animais e de uma variedade de plantas. O poder aniquilador de venenos era, frequentemente, utilizado como instrumento de caça ou como arma contra os inimigos.

Toxicologia é a ciência que se dedica ao estudo qualitativo e quantitativo das interações de substâncias químicas com o organismo, assim a toxidade é a capacidade inerente e potencial do agente tóxico de provocar efeitos nocivos em organismos vivos.

Das muitas substâncias químicas, a droga é capaz de modificar ou explorar o sistema fisiológico ou estado patológico, utilizada com ou sem intenção de benefício do organismo receptor.

Dentre essas drogas, há substâncias que são capazes de influir no estado de ânimo das pessoas, que são as substâncias psicoativas, proibidas por lei, sendo proibidos inclusive o cloreto de etila e o clorofórmio (utilizados no lança perfume e no cheirinho da loló) e o MMDA (princípio ativo do *ecstasy*).

Drogas psicoativas, outrossim, são substâncias químicas naturais ou sintéticas capazes de alterar a atividade mental deprimindo ou excitando o psiquismo.

Dentro dessa divisão há o opiáceos, que são substâncias naturais como o ópio e morfina; já o opióides são as sintéticas.

Outra subdivisão das drogas são as psicolépticas, que reduzem a atividade mental, gerando o efeito do sono, como exemplo o ópio; e as psicoanalépticas, que por sua vez aumentam a atividade mental, levando à euforia e ansiedade, excitando a atividade intelectual, como as anfetaminas.

Essas anfetaminas são drogas sintéticas e utilizadas para diminuir o sono e causar excitação. Em altas doses provocam hipertemia e arritmias cardíacas.

A terceira categoria é a das drogas psicodislépticas, que causam perturbação da atividade mental, gerando alucinações, delírios, ilusões ⁸⁷.

Exemplos dessas drogas que causam delírios, alucinações e ilusões são a maconha e correlatos extraídos da *Cannabis*, o Ice, metanfetamina inalável, o LSD e o próprio *Ecstasy*, que é objeto deste estudo, entre outras.

No que se refere à composição das drogas, podem ser naturais, sintéticas ou semissintéticas. As primeiras são aquelas que não contém produtos químicos, não podendo ser produzida em laboratórios.

Dentre as drogas naturais conhecidas – algumas delas legalizadas - temos: maconha, uma das drogas mais populares, é consumida por meio de um enrolado de papel contendo a substância THC que se encontra na planta *Cannabis sativa*. Existem as variações, chamada *Skunk*, com um teor de THC bastante elevado, bem como o Haxixe; ópio: droga altamente viciante, o ópio é feito a partir da flor da papoula. Os principais efeitos são sonolência, vômitos e náuseas, além da perda de inteligência (como a maioria das drogas). São opiáceos conhecidos: codeína, heroína, morfina, etc.; psilocibina: é uma substância encontrada em fungos e cogumelos, a psilocibina tem como principal efeito as alucinações. Também é utilizada em pesquisas sobre a enxaqueca; *DMT - Dimetilriptamina*: a principal consequência do seu consumo são perturbações no sistema nervoso central. Utilizada em rituais religiosos; cafeína: é o estimulante mais consumido no mundo - está no café, no refrigerante e no chocolate; cogumelos alucinógenos: alguns cogumelos, como o *Amanita muscaria* podem causar alucinações e, por fim, a nicotina, usada na produção do cigarro.

As drogas semissintéticas são produzidas a partir de drogas naturais com alterações químicas feitas artificialmente em laboratório, dentre as conhecidas pode-

⁸⁷ BITTAR, Eduardo C. B. Curso de filosofia política/ Eduardo Bittar. – 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2005. BIZZOTTO, Alexandre, RODRIGUES, Brito Andréia de, QUEIRO

se citar: a heroína - é uma das drogas mais devastadores, altamente viciante - causa rápido envelhecimento do usuário e forte depressão quando o efeito acaba; cocaína e crack. A cocaína é o pó produzido a partir da folha de coca, e o crack é a versão petrificada dessa droga. Altamente viciante, deteriora rapidamente o organismo do drogado, causando também perda de inteligência, alucinações, ansiedade, etc.; morfina é uma droga utilizada principalmente para o alívio de dores em todo o mundo. Também causa dependência química nos seus usuários; merla é a droga produzida a partir da pasta de coca e oxi é outra droga derivada da pasta de cocaína.

Por sua vez, as drogas sintéticas são substâncias ou misturas de substâncias exclusivamente psicoativas produzidas através de meios químicos cujos principais componentes ativos não são encontrados na natureza.

As drogas sintéticas mais comuns são: anfetaminas - Seu principal efeito é o estimulante. É muito utilizada no Brasil por caminhoneiros, com o objetivo de afastar o sono e poder dirigir por longos períodos; barbitúricos é um poderoso sedativo e tranquilizante, causa grande dependência química nos seus usuários; ecstasy é droga altamente alucinógena, causa forte ansiedade, náuseas, etc; LSD é outro poderoso alucinógeno que causa dependência psicológica e metanfetamina é utilizada em terapias em muitos países, mas foi banida pelo uso abusivo e consequências devastadores da droga.

Dentre as drogas sintéticas, há um determinado grupo chamado de “club drugs” formado por aquelas mais comumente usadas por grupos de adolescentes e jovens adultos, em situações de festas e encontros, por causar desinibição, euforia, sensação de proximidade com as pessoas. Dentre estas as mais comuns são Ecstasy, Ecstasy líquido, ketamina, LSD e Rohypnol.

4.2 Drogas sintéticas

As drogas sintéticas são objeto de estudo nesta dissertação ao se investigar as dificuldades para elaboração do laudo de constatação no momento de sua apreensão pela autoridade policial.⁸⁸

⁸⁸ Polícia de São Paulo não tem material para identificar drogas. A Superintendência da Polícia Técnico-Científica (PTC) de São Paulo publicou uma portaria em que, na prática, oficializa que já não é capaz de acompanhar o surgimento de novas drogas sintéticas no mercado e, portanto, não pode identificá-las. <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/policia-de-sp-nao-tem-material-para-identificar-variacoes-de-drogas.ghtml>, consultado em 28 de novembro de 2018.

Se o uso de entorpecentes é um grave problema de saúde pública, ferindo assim um bem jurídico penal, o tráfico de entorpecentes merece uma resposta adequada de política pública e, como será estudado nos capítulos seguintes, devem ser buscadas soluções para a eficiência no combate ao tráfico.

A saúde pública que enfrenta o problema do uso e conseqüente tráfico de entorpecentes, se depara com um oponente de difícil combate: as drogas sintéticas.

Produzidas em laboratório e altamente viciantes, com conseqüências gravíssimas para a saúde humana, são de difícil combate, seja por sua novidade e a cada ano são criados princípios ativos inéditos que demoram a chegar ao conhecimento das autoridades, seja pela questão legal, os princípios ativos precisam ser incluídos no rol de substâncias proibidas da ANVISA, seja pela lentidão científica para seu combate e os exames para sua identificação são poucos, difíceis de disseminar pelo território brasileiro.

Essa dificuldade não é encontrada em relação às drogas naturais e semissintéticas, cujos princípios ativos já são conhecidos e podem ser submetidos a testes simples e que estão à disposição da autoridade policial.

Logo, o crescimento das variedades de drogas sintéticas e sua disseminação cada vez maior, acompanhada dos graves efeitos que causam à saúde do usuário, gerando verdadeira crise de saúde pública, instigam o presente estudo.

O aumento da produção dessas substâncias psicoativas é hoje uma preocupação mundial. Segundo um relatório do Escritório de Drogas e Crime das Nações Unidas (UNODC), 350 novos tipos de drogas sintéticas foram identificados entre 2008 e 2013. O mesmo estudo apontou um crescimento do consumo desse tipo de droga na América Latina nos últimos anos.

4.2.1. Ketamina ou Special K

A ketamina (cetamina) é uma droga sintética originalmente utilizada como anestésico em seres humanos e animais. Essa substância tem propriedades dissociativas, ou seja, altera a capacidade cognitiva, intensificando ou distorcendo as percepções sensoriais e provocando desordem de pensamento e perturbações emocionais.

Os principais sintomas da ketamina são mudanças de humor, despersonalização, delírios, alucinações, problemas de atenção, perda de memória, desprendimento da realidade, náusea, tontura, inconsciência, aumento da pressão arterial e diminuição da frequência respiratória.

Essa é uma das substâncias de abuso que mais cresce entre o público jovem, devido à facilidade de acesso, à variedade de formas de consumo, pode ser inalada, ingerida, fumada ou injetada, e à experiência de “quase morte” descrita por alguns usuários.

O uso prolongado dessa droga pode levar à formação de úlceras, problemas renais, pressão alta, dor no estômago e na bexiga, depressão, amnésia e flashbacks. Além disso, há o aumento do risco de o usuário se envolver em situações perigosas e contrair HIV, hepatite C e outras doenças infecciosas.

(Special-K) tem chamado bastante a atenção dos profissionais da saúde brasileiros, tendo em vista que relatos do consumo dessa droga vêm se tornando mais comuns e, ao contrário de outras drogas psicodélicas, a ketamina pode causar dependência no usuário.



4.2.2. Rohypnol (Flunitrazepam)

O *Rohypnol*, ou *Flunitrazepam*, é uma droga sedativa prescrita por médicos em alguns países, incluindo o Brasil, para pacientes com distúrbios do sono. Essa substância começou a ser utilizada com fins recreativos por suas propriedades alucinógenas e euforizantes. Junto com o GHB, o *Rohypnol* está entre as “drogas de estupro”, disseminadas em festas e baladas para a prática de violência sexual.

Esse tipo de substância de abuso provoca sonolência, amnésia, relaxamento muscular, lentidão das respostas motoras, dificuldade de julgamento, confusão mental, fala arrastada, dor de cabeça, mudanças de humor e diminuição da

frequência cardíaca e respiratória. Alguns usuários criam tolerância ao *Rohypnol*, consumindo vários comprimidos de uma só vez.

4.2.3. Fentanil

Fentanil é um analgésico opioide sintético, prescrito para tratar de dores graves. Este é um parente da heroína, mas muito mais fatal, porque é muito mais forte: 50 vezes mais potente do que a heroína, de acordo com os Centros de Controle e Prevenção de Doenças. Uma dose letal de heroína tem cerca de 30 miligramas, comparado ao fentanil, que tem uma dose de apenas 3 miligramas. De fato, os socorristas que respondem às chamadas por overdose têm que ser cuidadosos: simplesmente tocar ou inalar pode ser mortal.

O fentanil deve sua potência à heroína devido a diferenças na estrutura química. Ambos os produtos químicos se conectam com o “receptor opioide mu” no cérebro. Mas o fentanil chega lá mais depressa do que a heroína porque ele passa mais facilmente através da gordura no cérebro. Ele também se agarra ao receptor com tanta força que não é preciso muito para desencadear os efeitos de opioides no corpo.

Como o fentanil é um pó fino, é fácil de misturar em outras drogas. Parece idêntico à heroína, então os usuários injetam heroína misturada com fentanil, não sabem que estão injetando uma dose letal até que seja tarde demais.

4.2.4. Nitratos (poppers)

Os nitratos (óxido nitroso) são formas gasosas que quando inalados causam analgesia, euforia, sedação leve e por vezes sintomas psicodélicos. Suas propriedades são conhecidas desde o século XVIII, quando então tornou-se um dos primeiros anestésicos da história da Medicina. Nesse período foi denominado “gás hilariante”.

Apesar de seguro quando utilizado com fins médicos, o gás hilariante pode causar complicações quando utilizado fora desse âmbito. Usuários pesados podem apresentar depleção de vitamina B12. Acidentes durante o consumo e sufocação já foram relatados. Padrões de uso compulsivo já foram descritos.



4.2.5. LSD

O LSD (dietilamida do ácido lisérgico) é a sigla em alemão de dietilamida de ácido lisérgico e foi produzida a partir de moléculas extraídas de uma praga de trigo, chamada Ergot, por um laboratório suíço chamado Sandoz.

Chegou a ter usos terapêuticos durante as décadas de 1950 e 1960, para tratamento de alcólatras e em 2000 passou a tratar sintomas de ansiedade e outras doenças psiquiátricas e dores de cabeça.

É uma das drogas alucinógenas mais potentes e conhecidas por quem frequenta casas noturnas e raves. Chamada também de “doce” ou “ácido”, essa substância sintética causa delírios e alucinações, distorcendo as percepções sensoriais, os pensamentos e os sentimentos dos usuários. Outro efeito são alucinações sinestésicas, nas quais os sentidos dos indivíduos se misturam.

As sensações provocadas podem causar pânico ou euforia, mas geralmente o usuário não perde a memória nem a ciência daquilo que é real ou não. Ele percebe que as alucinações são decorrentes da droga.

Esta droga é incolor, inodora e hidrossolúvel, sendo comercializada em forma de barra, líquido, cápsula, microponto, papel absorvente ou tira de gelatina. Os sintomas físicos mais comuns são tremores, dilatação das pupilas, elevação da temperatura corporal, tontura e boca, mas geralmente seca. Já os efeitos psíquicos são confusão mental, sinestesia e dificuldade de se comunicar, de pensar racionalmente e de reconhecer a realidade.

Seus efeitos persistem por três até doze horas e começam cerca de trinta minutos após a ingestão.

Não é considerada uma droga que causa dependência, contudo, gera tolerância, no usuário, que pode ser diminuída com a cessação do uso. Estudos realizados concluíram que 7,6% já fizeram da droga e, dentre as complicações mais comuns são relatados casos de pânico e psicose, além de acidentes provocados pelo comportamento do usuário. Não são relatados casos de overdose, uma vez que uma dose fatal da droga deve conter de 300 a 50 mil vezes a dose de um comprimido ingerido.

Os riscos mais sérios, portanto, decorrem das crises de pânico, que podem persistir por longo tempo, até mesmo comportamentos psicóticos e tentativas de suicídio.

4.2.6 2C-B e 2C-T-7

As substâncias **2C-B** (4-bromo-2,5-dimetoxifenetilamina), juntamente com o **2C-T-7** (2,5-dimetoxi-4(n)-propiltiofenetilamina) são psicodélicos desenvolvidos por Alexander Shulgins durante os anos setenta. A primeira é conhecida por Nexus ou Bromo. Apesar de pouco conhecidos, voltaram a ser utilizados na Europa em locais isolados. Seu efeito é bastante semelhante ao LSD. No entanto, efeitos colaterais gastro-intestinais (náuseas, vômitos, diarreia) e sintomas de pânico e confusão mental não são infreqüentes e podem expor tais usuários a situações perigosas.

4.2.7 PMA e PMMA

O **PMA** (para-metoxianfetamina) e o **PMMA** (para-metoximetilanfetamina) são anfetaminas modificadas. Suas características, no entanto, tornam mais provável a ocorrência de hipertermia e diversas mortes por overdose já foram relatadas. A substância tem sido vendida como ecstasy, sob a forma de comprimidos da marca Mitsubishi, preocupando órgãos governamentais e de redução de danos.



Comprimidos de ecstasy "Mitsubishi". Comprimidos de PMA com a mesma cor e formato foram encontrados em alguns países da Europa e estados norte-americanos, sendo vendidos como ecstasy.

4.2.8 Ecstasy

Esse alucinógeno surgiu pelas mãos do químico alemão Anton Kollisch (1888-1916) para a indústria farmacêutica Merck em 1914 como supressor de apetite, mas nunca fora comercializado. Na época, mas não se conhecia os efeitos colaterais da droga, como aumento da serotonina, dopamina e noradrenalina no cérebro, causadores da euforia. Foi, portanto, apelidada de droga do amor. Na década de 1960, o uso do ecstasy foi alterado, sendo usado pelos psiquiatras para elevar o ânimo de doentes em psicoterapias. Na década de 1970, estudantes começaram a usar a droga em festas - via comprimido. O efeito da droga durava por até 08 horas, dependendo, contudo das enzimas metabólicas de cada pessoa.

Na década de 90 o ecstasy chegou ao Brasil, vindo especialmente da Europa, com o incentivo da cultura clubber, e o hoje seu uso no Brasil é crescente.⁸⁹

Um dos sintomas do ecstasy é o estado de alerta, com maior interesse sexual, bem-estar e euforia.

No entanto, alguns efeitos colaterais são aumento de tensão muscular e temperatura corporal, dores musculares e no corpo, boca seca. No dia seguinte a pessoa fica extremamente deprimida.

Tendo em vista que essas substâncias têm natureza química distinta, podem contar com grande quantidade de impurezas, com produtos secundários além do princípio ativo. Da mesma forma, além das impurezas, por serem produzidas em laboratórios clandestinos, nunca são iguais entre si, de tal forma que os efeitos alucinógenos de alguns comprimidos podem ser mais devastadores do que outros.

O uso prolongado da droga pode provocar lesões nas células nervosas irreversíveis, dificuldade de memória, ataques de pânico, depressão, paranoia e até mesmo morte súbita por colapso cardiovascular.

⁸⁹ <http://www.denarc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php>

Um dos riscos ao usar a droga sintética é fazer esforço físico, aumentando-se a temperatura do corpo e causando hemorragia, até mesmo com a evolução para o óbito.

O princípio ativo do ecstasy é o 3,4 – metilenodioximetanfetamina MDMA, a fórmula química é C₁₁H₁₅NO₂ e a dose efetiva é 100 mg, sucedendo que parte de sua molécula se assemelha a um alucinógeno, sem, entretanto, produzir alucinações do ácido lisérgico (LSD), isso ocorre porque o ecstasy atua sobre os neurotransmissores do cérebro.

Quando consumidas grandes doses, o ecstasy pode causar o aumento anormal da temperatura corporal. Dessa forma, quando combinado com a desidratação e atividades físicas intensas, pode resultar em crises renais, hepáticas e cardíacas. Os óbitos relacionados ao ecstasy normalmente se encontram associados ao uso simultâneo de outras drogas, e geralmente são causados por hipertermia ou consumo excessivo de água.

Não se trata de uma droga que cause, a princípio, dependência, mas geralmente provocam tolerância após um período de uso.

E é justamente esse princípio ativo que deve ser reconhecido no laudo de constatação como exigência para a elaboração do auto de prisão em flagrante pelo Delegado de Polícia.

Há drogas, como o próprio MDMA, em relação às quais o Instituto Criminalístico não consegue realizar o laudo na hora, podendo demorar até alguns dias. A alternativa é realizar-se o boletim de ocorrência com a apreensão das drogas, tendo como objetivo aguardar os laudos. Nesse caso, infelizmente, o possível traficante será liberado da Delegacia de polícia. A mesma situação ocorre também com o lança-perfume.

Destarte, caso se realize o auto de prisão em flagrante sem essa confirmação e, posteriormente, o laudo toxicológico for negativo, a autoridade policial incidirá ao crime de abuso de autoridade, expresso ao artigo 4, alínea “a”, da Lei 4.898/65.

Uma das saídas da autoridade policial, caso o exame preliminar não fique pronto, é, com a juntada do laudo de constatação positivo, representar com fundamento em outras espécies de prisões.



4.2.9 Ecstasy Líquido

Chamado de ecstasy líquido, o GHB (ácido gama-hidroxibutírico) é uma droga depressora do sistema nervoso central, isto é, age de maneira oposta aos efeitos estimulantes do ecstasy. Nos anos 1980, essa substância foi muito utilizada por fisiculturistas como suplemento alimentar para perda de peso e síntese do hormônio do crescimento (GH), mas logo foi proibida em grande parte dos países.

Muitos usuários combinam esse tipo de droga com outras substâncias de abuso, como o álcool, para viver uma experiência parecida com uma “montanha-russa” ou um estado de transe. O GHB causa desinibição, euforia, dificuldade de comunicação, confusão mental, diminuição da frequência cardíaca e respiratória, náusea e vômito.

Os sintomas de abstinência são insônia, ansiedade, tremores, aumento da pressão arterial e episódios psicóticos. Assim como as demais Club Drugs, o GHB pode levar à intoxicação cerebral, à parada cardiorrespiratória, ao coma e até mesmo à morte.

O ecstasy líquido é considerado uma das drogas facilitadoras de abusos sexuais, pois causa perda da consciência, sonolência e dificuldade de manter o equilíbrio e a coordenação motora em quem a consome. Por ser um líquido incolor, pode ser facilmente adicionado à bebida das vítimas.

4.2.10. Lança-perfumes e clorofórmio

Nesta seção do trabalho será inicialmente abordada a polêmica envolvendo a proibição de “lança-perfumes” no Brasil e sua primeira tipificação. Na sequência, abordar-se-á o conceito, a denominação e a formulação dessa droga sintética.

Por fim, as propriedades físico-químicas, organolépticas e efeitos farmacológicos dos lança-perfumes e de seus componentes também merece discussão tendo em vista a já referida dificuldade de elaboração do laudo de constatação na imposição da prisão em flagrante.

Desde o início do século XX, durante muitos anos no Brasil a fabricação, comercialização e uso de “lança-perfumes” foram permitidos, até que em 1961 o então presidente Jânio Quadros proibiu a fabricação, o comércio e o uso do “lança-perfume” em todo o Território Nacional, por meio do Decreto nº 51.211, de 18 de agosto de 1961.

Posteriormente, em 1965, por meio do Decreto nº 55.786, de 22 de fevereiro, subscrito pelo Presidente Castello Branco o produto foi novamente proscrito.

A justificativa para a proibição e consequente tipificação no artigo 278 do Código Penal Brasileiro⁹⁰ era o fato de que o produto continha substâncias nocivas à saúde “[...] quando lançadas sobre (*sic*) partes sensíveis do organismo humano ou aspiradas, quer com o propósito de provocar embriaguês, quer fortuitamente, sendo ainda tais substância (*sic*) inflamáveis e capazes de provocar explosão” (Considerando do Decreto nº 55.786, de 22 de fevereiro de 1965).

Os Decretos nºs 51.211/61 e 55.786/1965, ao que tudo indica, qualificavam lança-perfumes como substância nociva a saúde (mas não como entorpecente), tanto que em seu primeiro considerando o Decreto 55.786/1965, apregoava “[...] que a “fabricação, venda, exposição à venda ou, de qualquer forma, a entrega ao consumo de coisa ou substância nociva à saúde”, constitui ilícito penal previsto no artigo 278 do Código Penal Brasileiro”.

⁹⁰ Art. 278 - Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

Se os decretos em questão tivessem reconhecido o lança-perfumes como entorpecente teriam feito menção ao então vigente artigo 281 do Código Penal, que definia, à época, o crime de “comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica”, dispositivo que foi revogado em 1976 com a vigência da Lei nº 6.368/76, a denominada Lei Antitóxicos.

De acordo com o artigo 2º do Decreto nº 55.786/1965 por “lança-perfumes” considera-se:

[...] qualquer recipiente que contenham, para fins de aspersão ou outro modo de emprêgo (*sic*) em público, isolados ou associação, cloreto de etila, éter etílico, álcool etílico (*sic*) ou quaisquer outras substância consideradas circunstancialmente nocivas à saúde pública, a critério do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, ouvido o Laboratório Central de Contrôle (*sic*). de Drogas, Medicamentos e Alimentos.

Além do cloreto de etila, éter etílico, e álcool etílico também o clorofórmio ou tricloroetano pode ser utilizado na formulação do conhecido “loló” ou “cheirinho da loló”, que produz efeitos análogos aos do lança-perfume (STF, AgRg no HC 193.220/SP; RHC 66.180/MG e RHC 66.551/SC)⁹¹.

O cloreto de etila encontra-se atualmente na lista das substâncias psicotrópicas (Lista - B1) da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, atualizada pelo Anexo I da Resolução RDC nº 175, de 15 de setembro de 2017.

⁹¹ Recurso ordinário em habeas corpus. posse de produto químico utilizado no preparo de substância entorpecente. prisão em flagrante convertida em preventiva. segregação fundada no art. 312 do cpp. circunstâncias do delito. reincidência específica. reiteração criminosa. probabilidade concreta. garantia da ordem pública. desproporcionalidade da medida constritiva. inoccorrência. segregação justificada e necessária. coação ilegal não demonstrada. medidas cautelares alternativas. supressão de instância. reclamo parcialmente conhecido e, nesse ponto, improvido.

(...) 2. A notícia de que a residência do recorrente seria local de produção e venda habitual de lança-perfume, bem como o fato de, na ocasião do flagrante, haver sido encontrado no imóvel inúmeros frascos de clorofórmio (produto químico utilizado na fabricação do referido entorpecente), expressiva quantidade de embalagens para o seu acondicionamento e grande quantia em dinheiro, são particularidades que, somadas indicam dedicação à narcotraficância, autorizando a preventiva.(...)

6. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (RHC 66.551/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 02/05/2016 -negritamos)

Registre-se que, por duas ocasiões⁹², pelo menos, o cloreto de etila foi removido da Lista B1, acarretando *abolitio criminis* do tráfico e posse para consumo pessoal dessa substância (JESUS, 1999, p. 19 e STF, HC 68904⁹³ e HC 94397⁹⁴).

Já o clorofórmio e o éter etílico estão na Lista - D2, insumos químicos sujeitos a controle do Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Polícia Federal, conforme a Lei nº 10.357, de 27 de dezembro de 2001, que estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que podem ser utilizados na elaboração ilegal de drogas.

Com exceção do álcool etílico, todas estas substâncias utilizadas na formulação do lança-perfume e do “cheirinho da loló” são consideradas drogas, nos termos do artigo 66 da Lei 11.343/06, pois se encontram listadas na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, devidamente atualizada.

O conhecimento das principais características do lança-perfume e seus componentes é de fundamental importância para auxiliar a Autoridade Policial a formular juízo convicto e seguro a respeito da toxicidade da substância apreendida, e possibilitar a imposição da prisão em flagrante com base no laudo de constatação e/ou nos demais elementos de convicção.

Fichas de segurança conhecidas pela sigla MSDS (*Material Safety Data Sheet*) ou FISPQ (Fichas de Informação de Segurança sobre Produtos Químicos) elaboradas por fabricantes e fornecedores desses produtos, ou mantidas por

⁹² Entre 04 de abril de 1984 e 13 de março de 1985 e no período de 7 a 15 de dezembro de 2000, o cloreto de etila. Nesse último período, o cloreto de etila figurou na Lista-D2 (insumos químicos utilizados como precursores para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos), lista onde se encontram atualmente o éter etílico e o clorofórmio.

⁹³ Penal. tráfico ilícito de substância entorpecente. lei 6368/76, artigo 36. norma penal em branco. portaria do dimed, do ministério da saúde, contenedora da lista de substancias proscritas. lanca-perfume: cloreto de etila. I. O paciente foi preso no dia 01.03.84, por ter vendido lanca-perfume, configurando o fato do delito de tráfico de substancia entorpecente, ja que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 04.04.84, configurando-se a hipótese do "abolitio criminis". A Portaria 02/85, de 13.03.85, novamente incluiu o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta. II. Adoção de posição mais favorável ao réu. III. H.C. deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substancia entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1. grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual pratica de contrabando. (HC 68904, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 03-04-1992 PP-04290 EMENT VOL-01656-02 PP-00202 RTJ VOL-00139-01 PP-00216).

⁹⁴ AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de "lança-perfume". Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. *Abolitio criminis*. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. HC concedido. A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA nº 104, de 7/12/2000, retirou o cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal. (HC 94397, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-02 PP-00237)

laboratórios que armazenam e utilizam estas substâncias estão disponíveis para consulta na rede mundial de computadores⁹⁵.

Em condições normais de pressão a temperatura ambiente o éter etílico⁹⁶, comporta-se como líquido incolor, menos denso que a água, inflamável e volátil, produz vapores explosivos, mais densos que o ar.

O éter etílico é irritante quando em contato com a pele e olhos, mas possui aroma adocicado.

A exposição aos vapores do éter etílico causa tontura, embriaguez, podendo levar a desmaios, perda da consciência e morte por parada da respiração espontânea, uma vez que a substância atua diretamente sobre o sistema nervoso central e suas estruturas (medula espinhal, bulbo respiratório, cérebro).

O éter foi um dos mais antigos anestésicos inalatórios, havendo registro de sua utilização em demonstração pública realizada na metade do século XIX⁹⁷.

A substância é capaz de deixar inconscientes pequenos animais (cobaias) mantidos em confinamento sob uma campânula ou redoma de vidro depois de alguns segundos de exposição aos vapores estonteantes.

O cloreto de etila possui características físico-químicas, propriedades organolépticas e efeitos farmacológicos semelhantes aos do éter etílico: é incolor, tem aroma semelhante ao do éter etílico, em contato com os olhos é irritante, sua inalação pode levar à morte por depressão do sistema nervoso central. Além disso, tem efeito carcinogênico em cobaias.

Entretanto, nas condições normais de pressão e a temperatura ambiente o cloreto de etila se encontra em estado gasoso, sendo inflamável e altamente explosivo. Geralmente é fornecido em cilindros ou frascos sob pressão e não pode ficar em contato com fontes de calor, pois há risco de ruptura e explosão.

O clorofórmio, tal como o éter etílico, se apresenta em condições normais de pressão e a temperatura ambiente como líquido incolor; irritante em contato com a pele, olhos e mucosa; perigoso se ingerido ou inalado, podendo ocasionar dificuldade

⁹⁵ Vide, para o éter dietílico:< <http://www.sciencelab.com/msds.php?msdsId=9927164> >; para o cloreto de etila:< <http://www.sciencelab.com/msds.php?msdsId=9923966>>; para o clorofórmio: <http://www.sciencelab.com/msds.php?msdsId=9927133>, consultado em 29 de setembro de 2018.

⁹⁶ Também denominado éter, éter sulfúrico, éter dietílico, óxido etílico.

⁹⁷ Vide:< <https://www.britannica.com/biography/William-Thomas-Green-Morton> >, consultado em 29 de setembro de 2018.

ou parada respiratória se inalado. Possui odor agradável e adocicado. Entretanto não é inflamável como o éter e o cloreto de metila.

Logo, a situação que se coloca é: se essas características não permitem por si só a elaboração de um laudo de constatação por meio de técnicas laboratoriais, quando associados a outros elementos, como a confissão do suspeito, a forma de embalagem, o tipo de frasco etc.. podem gerar a convicção necessária para a Autoridade Policial impor o fragrante.



Frascos de lança perfume

apreendidos





4.3. Delimitação do conceito de traficante

A primeira lei especial a tratar sobre drogas foi a Lei nº 5.726/71, de 29 de outubro de 1971, regulamentada pelo Decreto nº. 69.845, de 27 de dezembro do mesmo ano. Esse dispositivo legal dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, deu nova redação ao art. 281 do Código Penal e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos neste artigo, representando a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos naquele momento histórico.

Essa legislação, ainda, mantinha o discurso médico-jurídico vislumbrado na década antecedente e seu evidente efeito de delimitar o usuário habitual como dependente, estereótipo da dependência, e traficante como delinquente estereótipo criminoso. Não obstante essa falsa realidade, distorcida e extremamente maniqueísta de segmentar a sociedade entre "bons" e os "maus", aquele diploma legal representou um real avanço em relação ao Decreto pretérito e deu início o processo de substituição do modelo repressivo.

Nessa perspectiva, a questão crucial que se levanta para enfrentar neste estudo se centraliza na pergunta sobre quais critérios devem ser utilizados para marcar as diferenças entre os dois protagonistas que mais suscitam o debate quanto

ao tema, ou seja, o usuário e o traficante. Afinal, como distinguir um do outro, no momento da concretude da lei de drogas?

Denomina-se usuário, conforme o artigo 28 da nova Lei de Drogas, aquele que: "adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

O artigo 28, parágrafo 2, da lei 11343/06 orienta o juiz como diferenciar o traficante do usuário:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Conceitualmente, adquirir é comprar, passar a ser proprietário, ou seja, dono do objeto. Já a conduta guardar é ocultar, esconder, não publicar a posse. A conduta de ter em depósito significa manter sob controle, à disposição. Agora, transportar traz a ideia de deslocamento, ou seja, de um local para outro. E, por último, o comportamento de trazer consigo é o mesmo que portar a droga, tendo total disponibilidade de acesso ao uso.

O tipo requer, ainda, outro elemento subjetivo, qual seja, a intenção especial do agente em ter a droga para consumo pessoal. Assim, se o sujeito tem a posse da droga para destinação a terceiros, outra será a infração, não incidindo mais o artigo 28.

Como elemento normativo, deve-se atentar para a expressão "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar", cabendo ao julgador verificar a ocorrência ou não de tal componente no caso concreto.

No pensamento atual, denomina-se traficante o sujeito ativo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, observando-se, contudo, que a exemplo da lei anterior, também a atual Lei Antidrogas não indica expressamente qual a conduta (ou condutas) portadora deste *nomen juris*. Nem o art. 33, seus parágrafos e incisos, nem nenhum outro dispositivo incriminador são assinalados com a rubrica ou a denominação legal de tráfico de drogas.⁹⁸

Sobre as diversas condutas que configuram tráfico de entorpecentes, a doutrina as especificam. Em relação às condutas nucleares, importar significa introduzir a droga no território nacional, enquanto exportar significa a via inversa, de fazer a droga sair dos limites espaciais do território brasileiro. Remeter significa enviar, destinar, por qualquer meio e se consuma com a mera remessa, independentemente de ter chegado ao destinatário. Preparar, produzir e fabricar possuem sentidos semelhantes, mas o que diferencia as condutas é que, enquanto no preparar há composição ou decomposição química de substâncias, o verbo produzir maior atividade criativa, como a atividade extrativa. Por fim, fabricar traduz a utilização de meios mecânicos e industriais na criação da droga.

Adquirir é obter, gratuita ou onerosamente, e se consuma com o ajuste, ou seja, no instante em que há o acordo de vontades sobre o objeto e o preço, independentemente da entrega efetiva. Vender significa alienar. Expor à venda consiste em deixar à mostra para a venda. Oferecer significa ofertar, colocar à disposição de terceiro para a sua aceitação. Ter em depósito significa [...] principalmente a retenção provisória e a possibilidade de deslocamento rápido da droga de um lugar para outro, enquanto guardar se conceituaria como a mera ocultação da droga. Transportar, por sua vez, significa a conduta de levar de uma local a outro por intermédio de algum meio de locomoção que não pessoal, pois nesse caso configurar-se-ia o trazer consigo. O verbo trazer consigo se configura quando o agente traz a droga junto ao corpo ou em seu interior (dentro da cavidade abdominal, por exemplo). Prescrever significa receitar, enquanto ministrar significa inocular, introduzir no corpo de alguém.

Entregar consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente são as normas de encerramento que visam abarcar as condutas não enquadráveis nos demais núcleos. Entregar consumo e fornecer trazem a ideia de tradição da droga, de dar a droga a terceiro. A distinção entre entregar e fornecer é a continuidade, pois enquanto entregar se aproxima mais da tradição única, esporádica, o fornecimento se liga à ideia de continuidade no tempo, de tradição contínua durante determinado lapso temporal.⁹⁹

A forma fundamental do crime de tráfico de drogas, descrito no caput do presente artigo, compreende dezoito verbos que indicam as condutas típicas que,

⁹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 - comentada artigo por artigo**, 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

prima facie, vão muito mais além do seu significado etimológico. Tráfico, portanto, ganha um sentido jurídico-penal muito mais amplo do que o comércio ilegal: a expressão abrangerá desde os atos preparatórios às condutas mais estreitamente vinculadas à noção lexical de tráfico. Isto indica que a intenção do legislador penal continua como sendo a de oferecer uma proteção penal mais ampla ao bem jurídico tutelado¹⁰⁰.

Em resumo, é possível concluir que o reconhecimento do tráfico não exige atos de comércio, apenas alguns de seus núcleos contém atos de mercancia, sendo muitas vezes meramente condutas preparatórias que se submetem à lei penal.

A doutrina reconhece a importância de se analisar, concretamente, conforme as circunstâncias de cada processo – e especialmente nos casos “limítrofes”, a configuração do agente como traficante ou como mero usuário.¹⁰¹

A jurisprudência se debruça exatamente sobre o exame pormenorizado da configuração do traficante ou não, conforme exemplificam esses julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

TJMG - 1.0592.13.000604-9/001 - Apelação criminal - tráfico de drogas - desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da lei 11.343/06 - impossibilidade - destinação mercantil evidenciada – [...] - materialidade e autoria devidamente comprovadas - condenação mantida. - O tipo inculcado art. 28, da Lei de Drogas, contém elemento subjetivo específico, consistente na finalidade do exclusivo uso próprio. Assim, para a sua configuração são necessários, pelo menos, indícios firmes de que os entorpecentes apreendidos destinavam-se unicamente ao uso daquele que os adquiriu, guardou, teve em depósito, transportou ou levou consigo. - A quantidade de substância entorpecente apreendida, pertencente ao agente, aliada às circunstâncias da prisão e apreensão do material ilícito, que indicam a situação de traficância em relação ao acusado, é prova apta a condenação pelo

¹⁰⁰ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada**. Crimes e Regime Processual Penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

¹⁰¹ Naturalmente, espera-se que, com isso, não se faça um juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém. Ex.: Se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha, seria usuário porque pode pagar pelas drogas. Entretanto, sendo o portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. [...] Ilustrando, de modo mais razoável: aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui anterior condenação por tráfico evidencia, como regra, a correta tipificação no art. 33 desta Lei.[...] o agente que traz consigo pequena quantidade de droga, sendo primário e sem qualquer antecedente, permite a conclusão de se tratar de mero usuário [...]. Não há entre os critérios o predomínio de uns sobre os outros, tudo a depender do caso concreto. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

delito de tráfico. [...]. Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé - Data da publicação da súmula: 21/11/2014.

TJMG – 1.0223.11.004731-1/001 - Apelação criminal. crimes de tráfico de drogas [...] impossibilidade de desclassificação para o delito de uso de drogas. condenação mantida. [...] - Para a configuração do crime de tráfico não é necessário que o agente seja flagrado em pleno ato de mercancia, bastando que a sua conduta se encaixe em qualquer dos verbos descritos no art. 33 da Lei nº 11.343/06, por se tratar de tipo penal de ação múltipla. Relator(a): Des.(a) Catta Preta - Data da publicação da súmula: 02/03/2015.

Não se olvida que, quanto maior o volume de droga apreendida, mais difícil será para o agente alegar e demonstrar em Juízo que se tratava de droga para o seu uso.

Mas a pergunta é: a quantidade de droga apreendida define por si só se a mesma é destinada ao tráfico ou ao uso? A resposta é não.

Chega-se à conclusão de que uma pessoa com um comprimido de *ecstasy* poderá ser condenada por tráfico e uma pessoa com cinco comprimidos poderá ser considerada usuária, dependendo, logicamente, de todas as outras circunstâncias em que foi flagrada e do conjunto probatório coligido aos autos.

Não há previsão na Lei a respeito de uma quantidade estipulada que definirá se a droga é para uso ou para a mercancia, sendo a conclusão, como afirmado acima, tirada em cada caso concreto, diante das circunstâncias que envolveram a apreensão.

Por conseguinte, a diferença entre as consequências criminais para cada um dos agentes – usuário ou traficante – é muito grande.

Na própria delegacia, quando da apreensão, se a autoridade policial autuar o indiciado como usuário, elabora-se um termo circunstanciado, com a consequente liberação do agente e a distribuição do flagrante ao JECRIM. A reprimenda, muitas vezes, será prestação de serviços à comunidade.

No entanto, se o agente for autuado em flagrante por tráfico de drogas, cujo crime é inafiançável, equiparado à hediondo com penas privativas de liberdade muito mais altas, em grande parte das vezes ocorrerá a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, e, a pena, ao final do processo criminal, será a privativa de liberdade com regime fechado inicial para cumprimento de pena.

4.3.1. Direito comparado

A distinção entre usuário e traficante pode decorrer de lei, em países que adotam o critério objetivo (pela quantidade) para definir a condição de um e outro.

No Brasil, que não adota o critério objetivo, essa análise depende da apreciação da autoridade policial, num primeiro momento, e, posteriormente, em sendo denunciado pelo tráfico de entorpecentes, da apreciação judicial, que, conforme critérios legais, parâmetros jurisprudenciais e análise do caso concreto e formação do convencimento, entenderá tipificado o crime de tráfico de entorpecentes ou não, seja na apreciação da defesa preliminar seja na sentença condenatória.

Sucedem que, apesar da apreciação subjetiva que conduzem à conclusão do operador do direito pela tipificação do tráfico ou não, a lei consiste na base legal de qualquer decisão e revela a opção de política criminal de um país, variando entre as diversas nações e inclusive num mesmo país, conforme se verá da evolução legislativa brasileira no que se refere ao usuário.

No direito comparado, o que se observa é que algumas legislações não incriminam o uso, mas a posse. Essa distinção, apesar de basicamente teórica, pode repercutir nos poderes concedidos à polícia.

Conforme explicitado acima, dos diversos países, há aqueles que adotam um critério objetivo, ou seja, pautado na quantidade dos entorpecentes apreendidos para caracterização da figura de usuário ou de traficante.¹⁰²

Em relação à maconha, dentre os que adotam o critério objetivo temos que El Salvador adota a quantidade de até 2 gramas; Bélgica: 3 gramas; México, Letônia, Lituânia, Países Baixos: 5 gramas; Belize: 6 gramas; Peru: 8 gramas, Equador, Paraguai e Dinamarca: 10 gramas; Finlândia e República Checa: 15 gramas; Colômbia, Venezuela, Grécia: 20 gramas; Portugal: 25 gramas; Canadá e Chipre: 30 gramas; Uruguai: 40 gramas; Suécia: 50 gramas; Jamaica: 57 gramas; Espanha: 100 gramas; Itália, Áustria e Hungria adotam critério de peso apenas em THC (1, 20 e 1 grama respectivamente) e Alemanha e Noruega estabeleceram critérios que variam de região para região (6-15gramas e 10-15gramas respectivamente).

Destes países, em El Salvador, Belize, Finlândia, Grécia, Canadá, Chipre, Suécia, Áustria, Hungria e Noruega criminalizam o porte para uso pessoal.

¹⁰² Levantamento sobre Legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas, Ministério da Justiça: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas-MJ, Junho de 2015.

No que se refere à cocaína e heroína, quando o critério é objetivo Letônia é o que adota a menor quantidade: 0,01 grama; seguida da Lituânia: 0,2 gramas; México, Noruega e Suécia: 0,5 grama, Itália: 0,75 grama, Colômbia, Equador, República Checa e Belize: 1 grama; Grécia e Finlândia: 1,5 grama; Paraguai, Peru, Portugal, Hungria, Venezuela e El Salvador: 2 gramas; Jamaica: 2,8 gramas; Espanha: 7,5 gramas; Chipre: 10 gramas; Áustria: 15 gramas e na Alemanha, de 1 a 3 gramas, conforme a região.

O porte de cocaína para uso pessoal é criminalizado na Noruega, Suécia, Belize, Grécia, Finlândia, Hungria, El Salvador, Chipre, Jamaica e Áustria.

Outros países, por sua vez, não adotam o critério objetivo e, além do Brasil, são: Argentina, Bolívia, Chile, Guiana, Uruguai, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Canadá, Bélgica, Bulgária, Croácia, Eslováquia (parcialmente), Eslovênia, Estônia, França, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Polônia, Reino Unido, Romênia. Destes países, Uruguai, Canadá e Bélgica valem-se do critério objetivo somente para a maconha.

No caso específico dos Estados Unidos, a Lei Federal sobre Drogas estabelece as principais diretrizes, mas permite aos estados federados formularem suas próprias legislações. Alguns estados descriminalizam o uso de algumas drogas, principalmente da maconha, e alguns deles regulamentaram o mercado da droga para uso recreativo, como é o caso de Colorado e Washington.

O que se observa, de maneira geral, é que mesmo em países em que existe tolerância, e até mesmo descriminalização do uso da maconha, considerada uma droga “mais leve”, adotam o combate às drogas ditas pesadas (semisintéticas ou sintéticas), dado o grau de nocividade, dependência e dano social e econômico por elas gerados.

Dentre as legislações que adotam o critério objetivo, algumas fixam quantidades para algumas drogas sintéticas, como é o caso do Peru (250 mg de ecstasy, México (40 mg de metanfetamina ou MDMA), um estado da Alemanha (3 gramas de ecstasy), Espanha (3 mg de LSD, 900 mg de anfetamina e 1,44 g de MDMA), Finlândia (10 tabletes de ecstasy), Hungria (1g de MDA e MDMA e 0,5g de anfetamina), Itália (0,75g de ecstasy), Noruega (5 tabletes de ecstasy), Portugal (1g de ecstasy), República Checa (depende da pureza da droga, cerca de 4 tabletes para o ecstasy) e Suécia (6 g de anfetamina).

Alguns outros países disponibilizam informação online e atualizada, como é o caso da Suécia, Reino Unido (o critério não depende apenas do peso, e sim de um método complexo) e Canadá.

4.4. Classificações dos criminosos e Lei nº 11.343/2006

No tocante ao estudo do criminoso, a criminologia é de suma importância para entender sua conduta e sua personalidade, bem como a vítima, o crime e o controle social.

A criminologia também se dedica ao estudo problematizado do ordenamento jurídico, das políticas criminais e públicas sociais, das condições socioeconômicas, do sistema penitenciário e outros assuntos importantes para uma compreensão ampliada da conduta criminosa.¹⁰³

Fala-se em uma criminologia positivista como sendo aquela em que não importa a ordem social subjacente, a razão para o crime encontra-se no indivíduo. Fala-se em uma criminologia crítica como aquela que questiona toda ordem social e atribui a gênese de toda criminalidade às desigualdades, falhas disfunções do “sistema”. Fala-se também em uma criminologia pós-crítica, que não está centrada no diagnóstico das *causas biopsicológicas* e das *causas socioeconômicas* da criminalidade e na oferta de propostas de contenção da criminalidade, mas que desloca suas indagações para os processos de criminalização e para o estudo do funcionamento das agências punitivas estatais.

Ou seja, a criminologia pós-crítica volta-se para o estudo dos fatores de risco e da vulnerabilidade (individual e social) ao delito, bem como para ao estudo do sistema de justiça penal, conectando-se com as ciências penais dogmáticas, num modelo integrado, mas sem pretensão de buscar uma *explicação unitária e uma única via de resposta (sistema punitivo estatal)* para a criminalidade, cada dia mais complexa, reflexo da crescente complexidade da sociedade contemporânea.¹⁰⁴

¹⁰³ CRESPO, Aderlan. Curso de Criminologia, Editora Campus, 2009. “compreender o crime como fato é muito mais complexo do que conhecê-lo juridicamente”.

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A criminologia (ou os vários discursos criminológicos), para alguns, se subdivide em razão dos aspectos individuais (biológicos, psicológicos) e sociais que busca para compreender o fenômeno criminoso.

Fala-se, dessa forma, em biologia criminal, psicologia criminal e sociologia criminal. Para Zaffaroni e Pierangeli¹⁰⁵, estas subdivisões da criminologia não são disciplinas autônomas, mas contribuições ao estudo da criminalidade feitas a partir da biologia, da psicologia e da sociologia.

Assim, há escolas que explicam a figura do criminoso, surgindo a escola clássica, entendendo que só é pecador quem rompeu o pacto (contrato social de Rousseau) e a pena deve ser proporcional ao crime.

Por outro lado, a escola positiva delimita que é a pessoa do delinquente na sua própria patologia, e a pena era medida de segurança, durando o tempo da patologia.

Dentro da escola positiva, existiram três grandes nomes para explicar a figura do criminoso, que são Cesare Lombroso, Rafael Garofalo e Enrico Ferri.

Lombroso marca a fase antropológica da chamada escola positiva do direito penal e o surgimento da criminologia como ciência, cujas principais características eram as seguintes: crime é fenômeno biológico; criminoso é ser atávico (nasce criminoso), a visão lombrosiana admite o criminoso nato, com características físicas e morfológicas específicas: resistente fisicamente, canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, portador de epilepsia ou loucura moral.

Já para Garofalo, anotam-se as seguintes características: o delito passa a ser visto como a violação dos sentimentos morais de piedade e probidade (moralidade); o delinquente é visto como um ser que possui anomalia moral; por isso, ressalta a “temibilidade” do delinquente como critério para o tratamento punitivo; postula que a pena assuma função profilática (remédio com efeito preventivo) do meio social.

No entanto, foi Enrico Ferri que inaugurou a fase sociológica da chamada escola positiva, que possui as seguintes características: o crime é determinado por fatores antropológicos, sociais e físicos (trinômio causal do delito).

Urge, mencionar, a relevância da classificação de criminosos, feita por Enrico Ferri, considerada em 1885 como a melhor no Congresso Internacional de Criminologia, em Roma, e que são as seguintes:

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

a) Criminoso louco – os clássicos não o concebiam, era, entretanto, classificado pelos positivistas, que entendiam que não há uma responsabilidade moral e sim responsabilidade social. Hoje, ao invés de loucos, são doentes mentais.

b) Criminoso nato – é o tipo instintivo do criminoso, com os seus estigmas de degeneração indicativos de forte inclinação ao delito, com o seu traço característico essencial e dominante, a completa atrofia do senso moral.

c) Criminoso habitual – é aquele que faz do crime uma profissão. Vive para o delito. Sai da prisão para voltar a delinquir, vive constantemente cumprindo pena.

d) Criminoso passional – é um homem de sensibilidade exagerada, que é levado a cometer delito. O criminoso passional confessa amplamente o delito praticado, sinceramente se arrepende, razão pela qual quase sempre se suicida ou pensa seriamente em fazê-lo.

e) Criminoso ocasional ou accidental – é aquele que delinque porque surgiu a ocasião propícia. Débil é o seu temperamento, o seu caráter, e ele facilmente se conduz ao crime, impedido por transitórias sugestões do ambiente.

A oportunidade de demonstrar a aplicação prática do positivismo jurídico no Direito Penal ocorreu em 1919, quando, o Ministro da Justiça Ludovico Mortara nomeou Ferri presidente da Comissão para a Reforma do Código Zanardelli, o código penal italiano em vigor desde 1890.

O Comitê para a Reforma do Código Zanardelli teve polêmicas raivosas que reproduziam os debates então existentes no ambiente acadêmico entre as diversas escolas de Direito Penal. O clima de combate também era parte do estilo de discussão da época. O enfrentamento principal ocorreu entre os defensores da escola clássica de criminologia com os que, como Ferri, propunham uma nova ciência do direito penal. Entretanto não se deve simplificar porque o quadro foi mais complexo do que a mera justaposição destas duas diferentes linhas de pensamento.

O resultado do trabalho foi o *Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano per i Delitti*, publicado em Milão, 1921. Este projeto foi acompanhado de um relatório, ditado pelo próprio Ferri, que tratava da parte geral do código na qual os postulados da escola positiva foram todos vigorosamente afirmados. Nele foi afastado o critério da imputabilidade com a abolição da distinção entre imputáveis e não imputáveis, e a infração seria avaliada principalmente em função da periculosidade de seu autor. A

substituição do conceito de pena como castigo moral pelo conceito da pena como prevenção individual do crime representava um endurecimento das medidas coercivas previstas no Código Zanardelli. A adequação da pena à periculosidade do infrator tendia em muitos casos à duração indefinida de detenção, pois não cessando o risco de recorrência, não havia um limite para a expiação do crime. Ainda de acordo com o princípio da periculosidade do sujeito, Ferri propunha a necessidade de igualar alguns crimes abolindo a distinção - que o código Zanardelli tinha introduzido - entre crimes consumados e crimes tentados. Os novos critérios de concurso de agentes na execução de crimes previam igual responsabilidade para todos partícipes e uma nova disciplina das circunstâncias avaliada de acordo com a periculosidade do agente.

Entretanto, segundo pelo menos um autor, a nova orientação positivista da qual Ferri era defensor mostrou "capacidade de interpretar os tempos [...] pela visão integrada das ciências criminais" e como a "atualização histórica da penalística civil italiana e europeia".

As soluções do projeto resguardavam os fundamentos essenciais da ordem jurídica liberal-burguesa legal: a dimensão individualista, a centralidade da legislador, a exclusividade da fonte da legislativa, o papel da ciência jurídica e do juiz-intérprete da lei. Apesar disto, Ferri afirmava querer finalizar sua "vida científica demonstrando a aplicação jurídica de uma doutrina original e genuinamente italiana".

Ferri também participou dos trabalhos da comissão nomeada pelo Ministro da Justiça Alfredo Rocco para examinar o projeto do Código Penal. Os postulados da escola positiva foram menos centrais nesta revisão de projeto do que na tentativa anterior de codificação. Houve uma influência considerável de Ferri na introdução do novo Título VIII do Livro I, *Delle Misure Amministrative di Sicurezza*. O princípio do valor sintomático do crime e da periculosidade do agente do crime foi aplicado na nova disciplina da tentativa, da responsabilidade subjetiva, do concurso de agentes e da existência de imputabilidade até no estado de embriaguez.

Mais do que os outros institutos previstos no projeto de código, a matéria das medidas de segurança foi utilizada para conciliar os princípios do positivismo jurídico e as acentuadas exigências repressivas do regime totalitário, especialmente por prever a indeterminação da duração máxima da pena. Os codificadores de 1930 conciliaram os conceitos de pena da escola clássica e da escola positivista: uma medida privativa de liberdade poderia ser aplicada após a execução da pena nos infratores habituais, profissionais ou por tendência, o que representava a união entre

o conceito clássico da punição como expiação e o postulado positivista da pena como defesa e prevenção.

Os projetos de código penal italianos foram traduzidos em várias línguas e influenciaram a doutrina jurídica e a legislação em diversos países na Europa e na América Latina. A obra de Ferri em geral foi fundamental na elaboração do código penal de 1921 da Argentina.

A delinquência surge de diversas formas, aflorando por fatores familiares, sociais, psicológicos e até mesmo patológicos, daí que se dá a importância de conhecer os delinquentes e por meio das classificações existentes dos criminosos trouxe grande contribuição, pois é por meio delas que podemos tomar conhecimento dos "tipos" de delinquentes é que estamos nos lidando e assim poder atuar da maneira mais eficiente a fim de primeiramente se ter uma melhor compreensão dos indivíduos que se lida e assim poder oferecer meios e subsídios a fim de ressocializar estes.

É verdade que a classificação de criminosos oferece ampla utilidade criminológica, sobretudo nos aspectos atinentes a um diagnóstico correto, como também a um prognóstico delitivo, assumindo, portanto, papel preponderante na função ressocializadora do direito penal.¹⁰⁶

Assim, usam-se as diversas classificações que oferecem condições de conhecer os indivíduos que delinquem e, assim, juntamente com a finalidade primordial da criminologia oferecer meios para que os criminosos não venham a rescindir na criminalidade, reeducando-os da maneira que estes tenham condições de ter uma melhor condição de vida sem que pratiquem o delito.

No tocante ao objeto de estudo, na Lei de Drogas essa classificação de Ferri foi inserida em diversos de seus artigos.

O criminoso ocasional ou eventual pode ser reconhecido no artigo 33, parágrafo 3º, que tipificou o traficante eventual. Seus requisitos são oferecer droga eventualmente a pessoa do seu relacionamento e sem fins lucrativos para junto consumirem.

Essa conduta, na antiga lei 6.368/76, seria considerada tráfico de drogas e equiparada a crime hediondo. Com sua revogação, em 2006, tornou-se crime de menor potencial ofensivo e com competência do Jecrim.

¹⁰⁶ SAMPAIO, Nestor. Manual Esquemático de Criminologia, Editora Saraiva, 2014.

O criminoso habitual, por sua vez, seria o traficante que vive para a mercancia, cujos exemplos são os artigos 33 e 34, respectivamente o tráfico tradicional e o maquinário.

A figura do louco, equivalente ao inimputável do código penal, cuja pessoa não tem o discernimento dos atos da vida civil, está prevista no artigo 26 do diploma legal mencionado.

A lei de drogas também previu a figura do louco inimputável, nesse estado pelo uso de drogas, conforme preceitua o artigo 45, e este terá isenção de pena. Muito provavelmente esse viciado em drogas seja tipificado no artigo 28 da lei, que consiste no usuário de drogas.

As condutas praticadas pelo viciado, ou seja, equivalente ao uso, continuam sendo crime, porém houve uma despenalização – e não uma descriminalização, pois a pena principal será a prestação de serviço a comunidade, sem privação de liberdade, pois.

Nada obsta que o viciado também faça o serviço de traficante, até para sustentar seu vício, nesse caso o crime é o tráfico tipificado no artigo 33, porém poderá ser verificado, conforme o caso, se o então réu é inimputável ou semi, com a consequente isenção de pena ou aplicação de uma causa de diminuição de pena.

A diferença dessa isenção será justamente que o juiz encaminhará o réu para tratamento médico adequado.

Diferente é a hipótese do criminoso passional, que não se confunde com o louco. Ele pratica o tráfico por violenta emoção, podendo ser usuário e até traficante. Geralmente praticam a conduta tipificada em razão de algo relevante em sua vida, geralmente problemas pessoais, como mortes de parentes próximos, término de relacionamentos ou perda de emprego.

Desta forma, se observa que esse trauma psicológico leva ao uso de drogas, incidindo o artigo 28, que ainda é considerado crime para nossa legislação, e até mesmo praticando o tráfico.

Decidiu o STJ nesse sentido¹⁰⁷

¹⁰⁷ Habeas corpus nº 116.531 - sp (2008/0213223-4) relatora : ministra laurita vaz ementa *habeas corpus* . execução penal. porte ilícito de entorpecentes. natureza jurídica. crime. aplicabilidade do art. 52 da lep . falta grave. legalidade. ausência de constrangimento ilegal. 1. A Lei de Execução Penal (n.º 7.210/84), em seu art. 52, *caput* , considera como falta grave o condenado que pratica fato previsto como crime doloso. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ , rejeitou as teses de *abolitio criminis* e infração penal *sui generis* para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343 /06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante

Vale lembrar que se trata de entendimento pacífico no STJ e no STF que o cometimento de falta grave implica o reinício da contagem dos prazos para concessão dos benefícios na Lei de Execução Penal .

Referência : Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343 /2006, de 23.08.2006 / Luiz Flávio Gomes [et.al] coordenação. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Em determinados casos, muitos traficantes, utilizam esses dependentes químicos para fazerem a mercancia, ocorrendo o pagamento por meio de entrega de drogas para sustentar seus próprios vícios.

Respondendo, nesse caso, como traficante mesmo, conforme preceitua o artigo 33, caput, da lei 11.343/06.

4.5 Crimes assemelhados a hediondo

Vale a pena ressaltar que os crimes hediondos são aqueles previstos no art. 1º da lei 8.072/90 e os seus equiparados, que constam no art. 5º, XLIII da Constituição Federal

Constituição Federal, art. 5º, XLIII, criou a categoria dos crimes hediondos. Além disso, equiparou o tráfico, tortura e terrorismo a hediondo e eles não são hediondos propriamente ditos, e sim assemelhados a hediondos.

Desta forma, o Brasil adota o sistema legal para os crimes hediondos, ou seja, não é dado ao juiz a liberdade de decidir se é ou não é hediondo. A lei é expressa ao dizer quais são os hediondos e seus equiparados e como tais eles devem ser tratados sempre, o que é denominado pela doutrina como um rol legal taxativo.

O legislador, portanto, seleciona no plano abstrato previamente as condutas que serão consideradas hediondas quando praticadas, de forma que esse sistema é dotado de segurança jurídica. Seja consumado ou tentado, ainda sim o delito será considerado hediondo.

Dessa forma, o sistema legal trabalha com o mecanismo que se chama de etiquetamento ou rotulação.

a despenalização. 3. Ademais, o entendimento desta Corte é no sentido de que o porte ilícito de entorpecentes, configura falta disciplinar de natureza grave. 4. Ordem denegada.

O sistema judicial, pois, não é o adotado no Brasil. Segundo aquele, o juiz que tem flexibilidade declara a hediondez diante do caso concreto, sendo, desta feita, causa de insegurança jurídica.

Por último, é possível citar um terceiro sistema, o misto. Também não é o adotado no Brasil, e conta com parte de um rol legal que é flexível conforme o caso concreto. A hediondez que a lei estabelece seria, ao final, confirmada ou afastada pelo juiz na sentença. Assim, evitaria, por exemplo, que um beijo dado a força, enquadrado como estupro, tivesse a hediondez reconhecida.

Adotando-se o sistema legal, usa-se a regra do artigo 1º da lei 8072/90:

“São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no CP, consumados ou tentados:”

E conforme mencionado o artigo 5º, da lei maior, encontram-se os crimes equiparados a hediondos.

Dentre esses, há o tráfico de drogas, previsto na lei 11.343/06, que trata de crime desde o artigo 28 até o artigo 39. A divergência existente reside em quais desses crimes realmente são considerados como hediondos, gerando todas as repercussões decorrentes dessa equiparação.

No tráfico de drogas – art. 33 da lei 11.343, a discussão versa sobre a combinação do “caput” ou do §1º com o §4º (esse parágrafo trata da redução de pena).

São requisitos cumulativos para a incidência do art. 4º

- a) Ser primário
- b) Ter bons antecedentes
- c) Não se dedicar a atividades criminosas
- d) Não integrar organização criminosa

O STJ entendeu que a incidência do §4º não gera privilégio. Consequentemente, esses crimes continuarão equiparados a hediondos. Portanto, o sujeito continuará a progredir com 2/5 a 3/5 e não com 1/6. (Súmula 512 do STJ.)

Tratando da matéria, foi editada a Súmula 512 - *“A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.”*

No entanto, em 2016 o Supremo Tribunal Federal cancelou essa súmula do STJ e descaracterizou a hediondez¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada. art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006. crime não equiparado a hediondo. entendimento recente do supremo tribunal federal, no julgamento do hc 118.533-ms. revisão do tema

Em direção oposta à decisão do Supremo Tribunal Federal é possível argumentar pela inconstitucionalidade do referido parágrafo 4º., por se entender que contraria mandado de criminalização explícito a respeito do tráfico de entorpecentes. Conforme já se afirmou, o mandado de criminalização mencionado visa a tutelar bem jurídico difuso, de natureza fundamental, e, desta forma, não poderia o poder legislativo se omitir da necessária proteção ao bem jurídico, através da tutela penal, ou ainda, não poderia diminuir a tutela penal já existente.

No caso do parágrafo quarto, seria defensável que está eivado de inconstitucionalidade, justamente por contrariar mandado de criminalização expresso ao reduzir a pena a patamar inferior àquele que existia anteriormente.

A grande controvérsia gira em torno da equiparação do tráfico de drogas, de forma genérica, aos crimes hediondos. Tal equiparação tem origem na Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, XLIII, trata sob as mesmas regras restritivas os crimes hediondos, o terrorismo, a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes.

Importante anotar que não têm equiparação a hediondo as figuras do art. 33, § 2º e 3º (participação no uso de drogas ou fornecimento, de maneira eventual e sem lucros, para as pessoas de seu relacionamento). Essas duas figuras não são consideradas tráfico (apesar de constarem no art. 33).

No mesmo sentido o entendimento acerca do art. 34, petrechos para o tráfico, ou também denominado tráfico de maquinário¹⁰⁹, pois são atos preparatórios para o tráfico de drogas.

Petrechos são instrumentos ou objetos destinados para a preparação. Ocorre, contudo, que, se o sujeito tem o maquinário para fazer as drogas e também possui os entorpecentes, o tráfico absorve o delito do art. 34 por este ser delito subsidiário ou soldado de reserva.

Outra possibilidade é a existência de provas da autonomia clara entre as condutas, podendo ser aplicado o concurso entre os crimes.

Parte da doutrina, entre eles Mirabette e Rogério Sanches, entende que o tipo penal do art. 34 não seria equiparado a hediondo, porque suas condutas não recaem

analisado pela terceira seção sob o rito dos recursos repetitivos. tema 600. Pet 11.796-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016.

¹⁰⁹ Para Antonio Lopes Monteiro, maquinário é um conjunto de objetos ou utensílios ordenados para um determinado fim, já o instrumento é um objeto geralmente menos complexo que o aparelho utilizado para qualquer trabalho. MENDONÇA, Andrey Borges de e CARVALHO, Paulo Roberto Galvao de. Lei de Drogas. Comentada Artigo por Artigo. São Paulo. Método, 2007, p. 34-5.

sobre droga, e sim objetos para a sua preparação futura, o que ampliaria o rol do artigo 5, XLIII, da CF, violando o princípio da legalidade.

Há, por outro lado, um entendimento tácito e amplamente majoritário, no sentido do que o tipo penal então descrito no artigo 13, da revogada lei 6.368.76 e agora tipificado no artigo 34, da lei antidrogas, e uma das formas típicas do crime de tráfico de drogas e, em consequência, integra o rol das infrações hediondas.¹¹⁰

Quanto ao delito de associação para o tráfico, tem-se que ela ocorre quando duas ou mais pessoas se associam para fins de cometer o tráfico, reiteradamente ou não, tais como os artigos 33, parágrafo 1º. e 34 da lei.

Trata-se de uma espécie da associação criminosa, que exige a mesma estabilidade e permanência. A diferença é que no crime de associação é necessário ter três ou mais pessoas, enquanto no tráfico se exige apenas o mínimo de duas.

Difere, também da lei de organização criminosa, que exige uma estabilidade maior ainda e com divisão de tarefas, com no mínimo quatro pessoas.

O entendimento de grande maioria da doutrina em relação ao delito de associação para o tráfico é que, mesmo não consumado o tráfico, os agentes serão responsabilizados por se tratar de crime por antecipação.

No entanto, caso o agente venha cometer também o delito de tráfico, responderá por ambos os crimes na modalidade concurso material.

Entrando no mérito do crime de associação, este não se equipara a hediondo, pois não se confunde a associação, como crime autônomo, com o seu objetivo (tráfico de drogas) para configurar esse crime basta que se associem duas ou mais pessoas com o fim específico de cometer tráfico. Importante anotar que decisão isolada entende ser equiparado, HC 118.213.

A lista dos crimes considerados hediondos da lei 8072/90 é específica e taxativa. Por conseguinte, conforme se esclareceu, o crime de tráfico de drogas não é hediondo por natureza, contudo tem o tratamento equiparado aos crimes hediondos, sendo certo que a associação ao tráfico, nem sequer é mencionado como equiparado. Logo, para o operador de direito não cabe legislar e sim aplicar de forma objetiva a lei.

¹¹⁰ “não desfigura o delito de tráfico de drogas, desde que a finalidade não seja o uso próprio, logo esta exercendo o tráfico de drogas”FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. São Paulo. Revista dos tribunais, 2006, p. 146.

Outro delito que merece ser mencionado, e que não existia na legislação anterior, é aquele previsto no artigo 36: financiamento para o tráfico, conduta esta que financia ou custeia as figuras típicas do tráfico de drogas.

Esse delito é uma das exceções à teoria monista do concurso de pessoas, cujos autores e partícipes respondem pelo mesmo crime.

Com a criação desse tipo penal autônomo, surge a teoria pluralista, ou seja, com responsabilidades em crimes diferentes, no caso de traficar e financiar ou custear as drogas.

Vale a pena ressaltar que se o sujeito realmente traficar e também financiar, responde apenas por tráfico, acrescido do aumento de pena do artigo 40, inciso VII. No entanto se ele somente custeia ou financia, não comete os núcleos do tipo penal do tráfico, nesse caso responde pelo artigo 36, mas sem a incidência da causa de aumento de pena, sob pena de *bis in idem*.

O crime do artigo 36, por sua vez, tem entendimento prevalecente de que se equipara a hediondo.

Por fim, vale citar o crime previsto no art. 37, Colaboração para o tráfico na condição de informante (caso do fogueteiro), prevalecendo o entendimento de que esse crime não seria equiparado.

Isto posto, em resumo, a equiparação ao crime hediondo ocorre em relação aos artigos 33, caput, e parágrafo 1º., art. 34 e o art. 36 da Lei 11.343.06.

4.6 Prisões cautelares

Inicialmente, a pena de prisão é um castigo imposto pelo Estado ao delinquente pelo cometimento da infração penal para que este possa se reabilitar e a ordem jurídica violada se restabelecer. Mas a prisão também pode ser imposta como medida processual de natureza cautelar para assegurar a frutuosidade de uma futura ação penal, ou de uma ação penal em curso, ou ainda, para viabilizar o prosseguimento de investigação policial, ou mesmo para restabelecer a ordem jurídica violada, em casos de flagrante de crime permanente.

4.6.1 Prisão em Flagrante e a necessidade de laudo constatação.

A legislação colonial considerava em flagrante delito não só o agente encontrado no local da infração, cometendo-a, como também aquele que, não encontrado no lugar do delito, estava ainda, em ato contínuo ou pouco tempo depois, fugindo à perseguição dos agentes da autoridade¹¹¹.

João Mendes de Almeida Junior afirmava que, além da prisão no ato da prática do delito, o antigo Código “só considerou feita em flagrante a prisão daquele que foge perseguido pelo clamor público”.

No Código de Processo Penal brasileiro, o conceito está esculpido no Artigo 302, inciso IV. O texto legal parece admitir que, em todo e qualquer tempo após o crime, desde que o delinquente seja preso pelos que o presenciaram, haverá flagrância.

Isto, porém, não corresponde à ideia indicada pela analogia que deu ao termo flagrante delito. O delinquente que não foi preso no ato, *in faciendo*, ou pouco tempo depois do crime, fugindo às consequências, não se pode dizer que praticou um ato ainda aceso aos sentidos da autoridade e à memória dos membros da sociedade. Os sinais já não estão vivos, as testemunhas não estão no lugar, nem estão seguindo o malfeitor, a emoção pública já não subsiste, o corpo de delito já não está ao alcance de todos e, muitas vezes, não estará ao alcance da própria autoridade.

A prisão em flagrante insere-se no rol das prisões de natureza provisória. Tem ela cunho processual e sempre foi admitida na Justiça Penal. Sua primeira função seria repressiva, ao prender o agente logo após a conduta, mantendo o equilíbrio social por atender o desejo popular de uma resposta penal. A segunda função é favorecer o convencimento na fase instrutória, uma vez que confere uma quase certeza da autoria e materialidade.¹¹²

A prisão em flagrante divide-se em duas fases. Inicialmente, possui natureza administrativa, justamente porque pode ser realizada sem ordem judicial em que qualquer pessoa do povo tem a faculdade e todo agente policial tem o dever de deter um indivíduo em estado flagrancial. Todavia, somente a Autoridade Policial, na figura do Delegado de Polícia, que ratifica e realiza o auto de prisão em flagrante, sendo de sua discricionariedade autuar ou não, mas sempre fundamentando sua decisão.

¹¹¹ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Vol. I. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, p. 329/330.

¹¹²MOSSIN, Heráclito Antônio. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 1998, vol. 2.

Depois de realizada, passa a ter natureza jurisdicional a partir da homologação do auto de prisão em flagrante pelo juiz, após ser comunicado pelo Delegado de Polícia no lapso de 24 horas contadas da prisão, conforme preceitua o artigo 306, do CPP.

Destarte, há possibilidade de ocorrer uma ilegalidade formal ou material por ocasião da prisão em flagrante; a primeira verifica-se pelo não preenchimento de todas as formalidades exigidas pelo auto de prisão em flagrante, tais como a entrega de nota de culpa, comunicação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público; a segunda hipótese consiste na análise se realmente se encontra em estado flagrancial, nos moldes ao artigo 302 do CPP.

Relevante mencionar as espécies de flagrante, que são próprio ou real, aquele que o agente está cometendo ou acabou de cometer o delito, hipóteses previstas nos incisos I e II.

Já o inciso III chama-se de flagrante impróprio, quase flagrante, irreal ou imperfeito, ocorre quando há perseguição ininterrupta logo após ocorrer o crime. Insta mencionar que não precisa ser uma perseguição visual ao delinquente, mas sempre em seu encaicho.

Por fim, o último inciso trata do flagrante ficto, presumido ou assimilado encontra-se logo depois com instrumentos, objetos que fazem presumir ser o agente o autor do crime.

Nas palavras de Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

O estado de flagrância é definido no Código de Processo penal em quatro situações, distintas por força de circunstâncias espaciais-temporais, mas com o traço comum de que o delito já foi cometido. O art. 302 do CPP considera em flagrante delito quem: a) está cometendo a infração penal; b) acaba de cometê-la; c) é perseguido, logo após a prática do fato, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração; d) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. Os dois primeiros casos são situações de flagrante *propriamente dito*. As outras duas hipóteses são de quase flagrância, mas que a lei trata como se flagrante houvesse. O flagrante impróprio ou ficto, em que o agente é preso após o crime, com base em indícios que evidenciam a relação entre o fato e o agente, está ligado à idéia do clamor público, isto é, “a acusação popular, segundo a qual o delinquente, fugindo, depois de cometido o crime, é mostrado e designado pelos gritos do povo, que em alta voz o indica como autor ou cúmplice (**Borges da Rosa**, 1942, vol. 2, p. 237). A evidência probatória do quase flagrante é menor do que a do flagrante real. Nesse caso, a autoria é presumida e decorre de circunstâncias que apontam o autor do fato criminoso.

Legitima-se essa espécie de flagrante porque há uma relação temporal imediata entre a infração penal e os indícios que a caracterizam. Como se percebe da leitura do dispositivo supramencionado, essa referência temporal é expressa pelas locuções *logo após* e *logo depois*, cuja medição caberá à autoridade policial, num primeiro momento, e ao magistrado, quando lhe for apresentado o flagrante, determinar a razoabilidade.¹¹³

É possível, ainda, reconhecer outras formas de possíveis ilegalidades no flagrante. Uma delas ocorre quando ele é provocado ou preparado, ou seja, aquele em o sujeito ativo determina de alguma forma a conduta penalmente relevante realizada pelo sujeito passivo do flagrante. Outra, com embasamento sumular do STF n. 145, consiste no flagrante forjado ou fabricado, sendo aquele em que é criada pelo sujeito ativo uma situação mentirosa na cena do crime.

Portanto, caso se constate uma ilegalidade material na prisão, o flagrante será relaxado. O preso deverá ser solto imediatamente se, por outro motivo não tiver de ser mantido preso, como a recaptura, a imediata decretação de preventiva de ofício, a existência de mandado de prisão lastreado em outros fatos e fundamentos.

Diferentemente, se o flagrante estiver em perfeitas condições, atendendo-se a certos pressupostos, como a primariedade, bons antecedentes, residência fixa e comprometimento a comparecer em todos os atos quando intimado, há a possibilidade – conforme a natureza do crime e suas circunstâncias, analisadas caso a caso - de concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

Em sendo arbitrada a fiança, modalidade essa corriqueira na prática policial, uma vez que todos os crimes com pena máxima em abstrato não superior a 4 anos possibilitam seu arbitramento pelo Delegado de Polícia, o valor será arbitrado entre 01 a 100 salários mínimo, conforme a situação financeira ou os motivos e consequências do crime.

Importante lembrar que pode haver uma óbvia incompatibilidade entre o instituto da liberdade provisória e as situações ensejadoras do decreto preventivo. Assim sendo, mesmo que um crime seja afiançável, não será arbitrada fiança quando presentes os requisitos e fundamentos da prisão preventiva.

A análise detida do instituto, contudo, revela uma lacuna para a aplicação do dispositivo não esclarecida expressamente pela lei.

¹¹³ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo penal*. - 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012. págs. 187 a 191.

Dessa forma, embora o Código de Processo Penal não seja claro a respeito, a única conclusão que pode ajustar a aplicação do artigo 324, IV, CPP, à Constituição Federal, é a de que somente é dado ao Juiz denegar a fiança com base na convicção acerca da presença “in casu” dos requisitos da prisão preventiva. De outro modo, a conferir tal atribuição também à Autoridade Policial, estar-se-ia violando ou burlando de forma reflexa o artigo 5º., LXI, CF, eis que o Delegado de Polícia, nesses casos, poderia decretar, ainda que precariamente, a prisão preventiva do indiciado, avaliando por conta própria seus requisitos e deixando de arbitrar fiança, de forma a usurpar função de magistrado coberta por reserva constitucional de jurisdição.

No caso de se autuar em flagrante um sujeito por tráfico ao vender drogas sintéticas, tendo a autoridade policial em mãos o laudo de constatação elaborado por um perito criminal, não será possível à autoridade policial conceder a liberdade provisória com fiança, por ser crime equiparado a hediondo.

Enfatizando, se um agente for conduzido a uma Delegacia de Polícia e a ocorrência for apresentada à autoridade policial, essa Autoridade pode tomar uma dentre três decisões: i. se a pena máxima for de até dois anos realiza-se o Termo Circunstanciado da Lei 9.099/95 e o suspeito é liberado sem pagamento de fiança, com uma única condição de assumir o compromisso de comparecer ao Fórum; ii. se o crime tiver pena superior a 02 até quatro anos, autua-se em flagrante, com direito a fiança policial e iii. se o crime praticado for inafiançável ou contar com pena superior a 04 anos, será preso em flagrante, porém sem direito a fiança aplicada pela Autoridade Policial, cabendo somente ao Juiz de direito arbitrar a fiança ao conceder a liberdade provisória, se for o caso.

Além da situação acima narrada, alguns outros crimes são inafiançáveis, como os hediondos e os equiparados, o racismo, a prisão por pensão alimentícia, a prisão de reincidente.

Ainda no que tange à prisão em flagrante, importante lembrar que a prisão é legal quando decorre de um flagrante esperado, pois neste caso não há interferência na conduta criminosa e somente se aguarda ocorrer a prática do crime. Do mesmo modo sucede com o flagrante prorrogado ou diferido, vez que este autoriza o policial a esperar e agir em um melhor momento para autuar em flagrante, mesmo já podendo fazê-lo. Essa hipótese está prevista na lei de crime organizado.

Vale ressaltar que se um indivíduo cometer contravenções penais, cujas penas máximas em abstrato não ultrapassam dois anos, ou em caso de crimes

considerados de menor potencial ofensivo, será feito um Termo Circunstanciado e o agente liberado imediatamente, salvo se o agente não assinar o termo de compromisso de comparecer à audiência preliminar nos Juizados Especiais Criminais, conforme preceitua a Lei 9099/95.

Ressalte-se que nas infrações penais de menor potencial ofensivo, não se utiliza o termo “prisão”, e sim “captura”, “detenção”, “apresentação”, “encaminhamento”, “condução”. Fala-se de “captura em situação de flagrância”, e não em “prisão em flagrante”.

No caso de uma determinada pessoa ser presa, necessário se verificar diversos fatores, uma vez que determinadas situações vedam a prisão em flagrante, como, por exemplo, a menoridade.

Se for criança, nunca poderá ser apreendido, independentemente do ato infracional praticado, ao contrário, se for adolescente, poderá ser apreendido caso o ato infracional a ele imputado tenha sido cometido com violência ou grave ameaça.

Outra hipótese de não imposição de prisão em flagrante ocorre nos crimes culposos de trânsito caso o autor de homicídio ou lesão culposa socorrer a vítima ou, pelo menos, não fugir da cena do acidente.

Uma vez que ocorra a autuação em flagrante, há a necessidade da instauração de inquérito policial, pois o Código de Processo Penal estabelece que uma das formas de se iniciar um inquérito é o auto de prisão, como também a requisição, requerimento, representação e a portaria.

No caso do inquérito policial decorrente de auto de prisão em flagrante, há alguns prazos a serem atendidos: se o indiciado estiver preso, o prazo será de 10 dias para sua finalização, e se estiver solto o prazo será de até 30 dias, podendo ser renovado esse prazo quantas vezes forem necessárias.

Quanto ao prazo, há exceções, como na Lei de Drogas que amplia para 30 dias, se preso, e 90 dias, se solto.

Relevante mencionar que esse prazo incide somente se o indicado estiver preso em flagrante, pois se se tratar de prisão temporária o prazo será diferente. Nesse caso, a lei 7.960/89 estabelece prazo de 05 dias, renovado por igual período se o crime cometido for comum; se o crime cometido for hediondo, previsto na lei 8.072/90, ou os equiparados previstos estes pela Lei Maior, o prazo será 30 dias renovados por igual período. Essa lei será objeto de estudo no próximo capítulo.

Insta mencionar que a palavra indiciado somente é usada durante fase de inquérito policial, após recebimento da denúncia e sua citação o indiciado passa a ser nomeado réu.

Quanto a tratar o agente como indiciado nada mais é que imputar a alguém um fato definido como crime, concluindo que há indícios de autoria, bem como prova de materialidade contra ele. Caso não existam esses dois elementos, o indiciado será chamado de suspeito ou averiguado.

Um exemplo prático que trata dos dois tipos de prisões e bastante corriqueiro ocorre quando, por hipótese, um sujeito comete um crime de roubo de veículo numa quarta-feira, a vítima realiza o boletim de ocorrência, sendo que dois dias depois seu veículo é encontrado por policiais sendo conduzindo por um elemento. Abordado e encaminhado à Delegacia de Polícia, a autoridade policial aciona a vítima e procede ao reconhecimento pessoal do suspeito. Se ele não for reconhecido, será autuado em flagrante pelo delito de receptação do artigo 180, do CP, contudo, se for reconhecido, e não estando mais em estado flagrancial do artigo 302, do CPP, a ferramenta possível para a autoridade policial será a representação da prisão temporária, caso entenda necessário.

A autoridade competente para a realização do auto de prisão em flagrante é aquela do local onde for realizada a prisão. Entretanto, não será obrigatoriamente o local em que se realizará o procedimento investigatório, porque este deverá ser instaurado no local em que o crime foi cometido, isto é, no local de ocorrência do resultado criminoso.

Depois da apresentação do preso à autoridade competente, a elaboração do auto de prisão em flagrante segue a seguinte ordem: 1.º ouvida do condutor, colhendo desde logo sua assinatura e entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso; 2.º oitiva das testemunhas; 3.º interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita. Ao final, lavrará a autoridade o auto de prisão em flagrante.

Por conseguinte, realiza-se o auto de prisão em flagrante quando há justa causa para tanto, ou seja, elementos mínimos para ser realizado.

A celeuma surge em relação às drogas sintéticas. No caso específico destas drogas, os peritos não conseguem, de imediato, fazer o auto de constatação como positivo, demorando dias para se obter o resultado, como ocorre nos anabolizantes, *ecstasy*, lança-perfumes, entre outras drogas de natureza sintética.

Por outro lado, se o instituto criminalístico contivesse o equipamento *cromatógrafo*, em questão de horas o resultado sairia e poder-se-ia realizar o *auto de constatação como positivo*, com a *lavratura do correspondente auto de prisão em flagrante*.

Porém, feito o auto de prisão em flagrante e encaminhado para o Poder Judiciário no lapso de 24 horas, o Juiz de Direito encaminha ao Ministério Público para se manifestar dentro de no máximo 24 horas e, posteriormente, o juiz poderá se valer de um prazo de 24 horas para possível conversão em prisão preventiva, se presentes os seus requisitos e pressupostos. Caso esses pré-requisitos não ocorram, o juiz concede a liberdade provisória.

4.6.2 Prisão Temporária

É a única prisão prevista fora do código de processo penal, a saber, na Lei 7.960/89.

O Poder Legislativo criou essa lei após o advento da Constituição Federal de 1988, pois o artigo 5º, incisos LXVI e LXI, determina que somente pode ser preso em flagrante ou por mandado judicial, logo acabou e tornou-se ilegal a prisão por averiguação que era muito corriqueira antes da Lei Maior entrar em vigor.

Como se trata de uma medida provisória e cautelar, a prisão temporária tem a finalidade de acautelamento das investigações do inquérito policial (conforme se verifica no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 7.960/89) e, ainda, de ser provisória, pois tem a sua duração expressamente fixada em lei, conforme o artigo 2º da Lei nº 7.960/89 e, também, no artigo 2º, § 3º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Como toda prisão somente pode ser decretada pelo Juiz, e a prisão temporária assim o é, logo, sob esse aspecto, ela é válida e não é inconstitucional. Somente, talvez, poderia ser considerada inconstitucional, sob o aspecto de estar restringindo a liberdade de alguém sem demonstrar a sua real necessidade e, estar ferindo também o princípio da presunção de inocência.¹¹⁴

A natureza cautelar da prisão temporária justamente visa resguardar o processo de conhecimento ou de execução, atribuindo a ela nítido caráter de urgência e necessidade.

¹¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 3.

As características da prisão temporária, que também são notadas nas outras formas de prisão cautelar, são: jurisdicionalidade (decretada pela autoridade judicial), acessoriedade (depende da medida principal), instrumentalidade (usada para alcançar a medida principal), provisoriedade (dura na proporção da presença de seus requisitos) e homogeneidade (não pode ser mais gravosa que o resultado final esperado).

Essa prisão ocorre quando o suspeito não está mais em estado flagrancial, logo essa prisão necessitará de autorização judicial, diferentemente do flagrante.

Há dois pressupostos previstos na lei que são o *fumus delicti commissi* e o *periculum libertatis*, o primeiro trata do rol taxativo de crimes previstos no inciso III do artigo 1; já o segundo está previsto nos incisos I e II, e vincula a prisão à imprescindibilidade das investigações, e em situações em que o investigado não apresenta residência fixa ou não apresentou elementos que forneçam sua identificação.

A celeuma que se estabelece consiste em se concluir se há necessidade de ocorrer, no caso concreto, os pressupostos de todos os incisos para decretar a prisão temporariamente. A doutrina majoritária entende ser necessário o pressuposto dos incisos I ou II, mas sempre em conjunto com o inciso III.¹¹⁵

Importante lembrar que essa modalidade de prisão cautelar somente é cabível na fase de investigação, ou seja, no Inquérito Policial, nunca em ação penal.

Um exemplo de situação em que ela ocorre se dá quando há muitos boletins de ocorrência do crime de roubo e, iniciando-se as investigações, ocorre o reconhecimento fotográfico pelas vítimas e há a necessidade da prisão do suspeito para o reconhecimento pessoal, que não se encontra mais em estado flagrancial.

Assim, com o agente preso, faz-se as oitivas das vítimas, testemunhas, imagens e todas as provas possíveis para concluir as investigações. Ao final, havendo elementos, procede-se ao seu indiciamento.

A legitimidade para pedir essa prisão é por requerimento do Ministério Público, ou por representação do Delegado de Polícia.

¹¹⁵ Por conclusão, podemos asseverar que, obrigatoriamente, devemos combinar os incisos I e III ou os incisos II e III, sem os quais não teremos os pressupostos de toda e qualquer medida cautelar: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (*fumus commissi delictie periculum libertatis*). Do contrário, bastaria apenas uma das hipóteses elencadas no art. 1º para que se pudesse decretar a prisão, e não é isso que quis o legislador. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2004. Pág. 643.

Uma vez que o pedido tenha sido formulado ao Juiz competente, terá ele 24 horas para decidir se concede ou não essa prisão cautelar.

Finalizando o prazo da prisão temporária e provada a autoria e a materialidade do crime, essa prisão pode ser convertida em prisão preventiva, caso contrário não será solto imediatamente.

Diferentemente do que ocorre com a prisão em flagrante, em que a defesa pode pleitear a liberdade provisória ou o relaxamento da prisão, na prisão temporária será possível sua revogação apenas por falta dos requisitos previstos do artigo 1º da lei de regência.

Portanto, diante dessa dificuldade que ocorre na prisão em flagrante, conforme objeto de estudo nessa dissertação, para decretação da prisão por não conseguir elaborar de imediato o auto de constatação nas drogas sintéticas, muitas vezes a solução, havendo a presença dos pressupostos, é a representação pela prisão temporária, quando do resultado positivo do laudo, caso a prisão seja imprescindível para o prosseguimento das investigações.

4.6.3 Prisão preventiva

Essa modalidade de prisão provisória necessita de mais elementos do que a prisão temporária para ser decretada. É conceituada como prisão cautelar, com natureza processual, decretada pelo Juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, com os requisitos e motivos autorizados por lei.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal entendeu que se o Tribunal de Justiça confirmar a condenação do juiz de primeira instância, o réu já poderá começar a cumprir a pena, mitigando assim a presunção de inocência, e afastando a necessidade de exaurir todos os recursos.

Apesar de o princípio da presunção de inocência do acusado estar presente há bastante tempo, somente no ano de 1988, com a Constituição Federal, é que ele foi formalizado.

É possível citar três principais manifestações do princípio da presunção de inocência¹¹⁶:

¹¹⁶ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal, 14ª. Ed, 2017, Saraiva.

- i. Consiste em princípio fundante, em torno do qual é constituído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- ii. É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- iii. Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

A fim de tornar menor o risco que possa correr a Justiça, e com o intuito de sacrificar ao mínimo a liberdade do réu enquanto não houver sentença condenatória imutável, procura a lei cercar a prisão preventiva de cautelas, sem os quais não se pode privar o réu da sua liberdade de ir e vir.¹¹⁷

É, por isso que, além jurisdicional indeclinável, para a sua decretação, procura o legislador, com medidas eficazes, cercar o réu de garantias, só admitindo a sua prisão quando verificar o juiz todas as condições imprescindíveis para a decretação da medida ou providência cautelar.

Os motivos a serem analisados estão previstos no Código de Processo Penal.

Primeiramente, o Juiz verá se há pressupostos para sua decretação, que são os indícios de autoria e a prova da materialidade, o primeiro são os elementos mínimos contra o possível autor do crime; já o segundo, uma prova que houve a infração penal, tais como sinais que ocorreram um homicídio, latrocínio, a res furtiva de um crime de roubo. Esses dois pressupostos estão previstos ao artigo 312, segunda parte, do Código de Processo Penal.

Sobre o indício, se trata de uma circunstância que é provada e conhecida, de onde se utilizando da probabilidade, consegue-se extrair uma verdade. Trata-se de

¹¹⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000. 4 v

algo provisório, que permanece apenas até quando houver uma prova mais concreta.¹¹⁸

Superada a análise dos pressupostos, deve-se observar os fundamentos, bem como se há necessidade da prisão desse autor do crime (primeira parte do artigo).

Esses requisitos são a ordem pública e econômica, expressões da paz social, da tranquilidade pública e lesionada pela infração penal e que representa, pois, o fim social do processo, ou seja, o restabelecimento da ordem.

Demercian e Maluly aduzem que a segregação cautelar do criminoso restitui a tranquilidade do meio social e a credibilidade da justiça, enfraquecidos pela gravidade do fato e a periculosidade do agente.¹¹⁹

Em análise desse fundamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a grande repercussão social do crime e periculosidade do agente são suficientes para sua decretação.

Outro requisito é a conveniência da instrução criminal, que tem como finalidade a proteção probatória do processo, tais como ameaçar testemunhas, vítimas, destruir provas. Vale ressaltar que essas ameaças têm que partir do réu, pois se forem praticadas por pessoas de fora do processo, o delito será coação no curso do processo, como por exemplo a família ou amigos do réu que vão a casa da vítima e a ameaçam caso o reconheça na audiência num crime de roubo.

O último requisito é assegurar a aplicação da lei penal, pois visa tutelar a finalidade jurídica do processo, evitando assim uma possível fuga do réu e seu não comparecimento aos atos do processo.

Importante frisar que os pressupostos da prisão preventiva são aditivos, ou seja, há necessidade da presença dos dois, diferentemente dos requisitos que são alternativos, bastando somente um dos previstos.

¹¹⁸ “O indício tem duas notas que por si só o tornam um meio bastante duvidoso no elenco probatório: a provisoriedade (o fato de ser provisório, pois permanece até uma prova mais robusta) e limitação (é um meio limitado). Exatamente por essas falhas, é que o legislador normalmente fala em indícios dando a entender que dava ser mais de um (o que já o robusteceria); já, por outro lado, o legislador sempre se refere a indícios suficientes querendo significar indícios capazes. O indício é a consequência que o juiz tira de um fato conhecido para se chegar a um fato desconhecido....Assim entre indício e presunção podemos colocar como característica de diferenciação não a essência, mas sim uma variação: a diferença entre indício e presunção não é de qualidade, mas sim de quantidade (a maior carga probatória funciona a favor da presunção”. SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1995

¹¹⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo penal*. - 9. ed. Ed. Forense, 2013. págs. 200.

Contudo, não bastam os pressupostos e requisitos, há mais fundamentos previstos no artigo 313, do CPP.

O réu obrigatoriamente tem que agir dolosamente, logo se agiu com culpa não pode ser preso preventivamente. Então se dirigindo seu veículo automotor, ultrapassar o sinal vermelho e atropelar, matando crianças na faixa de pedestre e não fugir, primeiramente não poderá ser preso em flagrante, pois o CTB proíbe essa prisão caso ocorra o socorro; não poderá ser preso temporariamente por não estar no rol taxativo do artigo 1, inciso III, da Lei 7960/89 e não será decretada a sua prisão preventiva que exige o dolo.

A lei só menciona crime doloso, logo se expressamente não veda implicitamente permite, no caso do dolo eventual.

Além de exigir o dolo, para decretação da prisão preventiva, a pena máxima em abstrato tem que ser superior a 04 anos, desta forma, por exemplo, no furto e na receptação simples não pode ser decretada, conseqüentemente, se não for preso em flagrante, não será preso posteriormente, pois é defeso a prisão temporária também por força de lei.

Outro fundamento é o sujeito ser reincidente, conforme preceitua o artigo 64, do Código Penal, há necessidade do trânsito em julgado do crime anterior, não necessariamente o mesmo crime. Cumprida ou extinta a pena, após o lapso de 05 anos, se dentro desse prazo o réu cometer um crime será reincidente e terá como consequência, no segundo crime, uma agravante na pena, nos moldes do artigo 61, inciso I, do CP. Caso tenha transcorrido esse prazo legal sem nova condenação, o réu volta a ser primário, porém é chamado de tecnicamente primário, assim não terá sua pena agravada, mas pode ser considerado como mau antecedente na circunstância judicial e ter a pena aumentada pelo Juiz, conforme preceitua o artigo 59, do CP.

O último fundamento é o não cumprimento das medidas protetivas, como a da Lei 11.340/2006, lei de violência doméstica, a mulher ao sofrer qualquer das violências do artigo 7º da lei, como física, psicológica, moral, patrimonial e sexual, estando o agente que praticou a ação nas situações do artigo 5º, pode de imediato ser decretado pelo juiz que o agente não chegue perto da vítima por tantos metros. Caso descumpra a ordem judicial, pode o agente ser preso preventivamente, ressaltando-se que foge à regra da pena máxima acima de 04 anos. Por exemplo, se ele ameaçou de morte a esposa e descumpriu a medida a preventiva, a prisão adequada para ele será a preventiva.

Quanto ao prazo da prisão preventiva, diferencia-se da temporária por ser determinado o prazo para esta, enquanto o para aquela é indeterminado e vai durar o quanto for necessário, podendo ser de um dia como de anos.

A legitimidade para formular o pedido de prisão também é mais ampla do que a da temporária, essa prevê somente o delegado de polícia e o ministério público, já a preventiva além desses dois, prevê também a possibilidade de iniciativa do assistente da acusação, do querelante - que é a vítima dos crimes de ação penal privada, bem como do próprio juiz de direito, que pode decretar de ofício essa prisão, como por exemplo numa audiência em que perceber que o réu está ameaçando a vítima.

No caso de um dos legitimados requerer a prisão preventiva, e o juiz indeferir, cabe o recurso em sentido estrito, no mesmo diapasão se for revogada a prisão já decretada.

A defesa terá como meio mais adequado para questionamento dessa prisão cautelar o pedido de revogação da preventiva, alegando a falta dos pressupostos ou requisitos já mencionados, e, caso não logre êxito com o juiz de primeira instância, cabível o remédio constitucional do habeas corpus nos tribunais superiores.

Relevante frisar que o Juiz, ao decretar a prisão preventiva, tem necessidade de fundamentar sua decisão, respeitando o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, todavia a mesma decisão não pode ser longa, sob pena do juiz antecipar o mérito, o que tornaria suspeito posteriormente para julgar o caso.

Portanto, tanto o flagrante como a temporária tem como resultado final sua conversão em preventiva, chamada essa de preventiva derivada, ou se fora decretada durante a ação sem essa conversão, chama-se de preventiva originária.

Vale ressaltar que, o tempo que ficou preso provisoriamente será descontado de sua pena definitiva; o cômputo na pena do tempo em que o Ru esteve internado ou preso provisoriamente denomina-se de detração penal, nos moldes do artigo 42, do CP.

Insta fazer mais uma diferença nessas duas prisões, se ainda estiver na fase de investigação em sede de inquérito policial buscando solucionar o crime, então a prisão temporária é a mais indicada, agora se o laudo surge já em fase de ação penal e já tiver provada a conduta do sujeito e previstos os requisitos e pressupostos, a prisão preventiva será decretada pelo poder judiciário.

4.6.4 Das medidas cautelares

Outras prisões cautelares previstas no Código são a prisão domiciliar ou outras cautelares distintas da prisão. As medidas previstas não foram colocadas de forma preferencial, o juiz de direito que analisará e motivadamente escolherá qual será a melhor opção para o caso de acordo com o caso concreto, conforme preceitua o artigo 282 do CPP.

Como é uma Lei nova 12.403/2011, alguns pontos merecem destaque por não serem previstos anteriormente, como o caso da reabilitação da fiança, mesmo se não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva, outrossim é o caso do monitoramento eletrônico, mas essa cautelar sozinha fica infrutífera por não ter nenhum acompanhamento, logo faz-se necessário haver outra restrição cumulativa, como restrição de horários ou até ser preso domiciliar.

Ganhou força após o advento dessa lei a prisão domiciliar, pois antes era prevista somente na Lei de Execução Penal. Essa modalidade respeita o princípio da presunção de inocência ao não deixar o réu preso durante a instrução penal. Assim, o artigo 317, do CPP, estabelece que “a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

O artigo 318 traz um rol de situações em que se torna possível fixar a prisão domiciliar, tais como idade, doenças, no entanto parte da doutrina entende ser possível em outras situações e até para desafogar o sistema carcerário, de forma que o rol não seria taxativo.

4.6.5 Do exame de corpo de delito

Inicialmente conceitua-se perícia como um conjunto de procedimentos técnicos, com base científica, realizada por pessoa qualificada para tal, chamada perito.

É o conjunto dos vestígios materiais deixados pelo crime. Tudo o que for possível sentir (apreensível) aos sentidos Rerelacionados ao crime, integra o corpo

de delito. São os elementos sensíveis materiais deixados pelo crime. Esse conjunto é chamado de *corpus criminis* *Corpus instrumentor* um são os instrumentos utilizados no crimes. A faca com sangue, o revólver, a bala encontrada no corpo são exemplos. Há divergência sobre periciar revolver utilizado no roubo. Parte da doutrina entende que se o revolver não foi disparado, serviu para a grave ameaça, com isso, não precisa nem ter munição. Basta que as testemunhas mencionem o fato de o assaltante estar armado, estaríamos diante de um roubo qualificado pelo uso de arma, não necessitando de perícia. Há outra posição na doutrina que diz que a arma para poder qualificar o delito precisa ser periciada para verificar se era realmente arma e se tinha potencial lesivo. A arma como qualificadora significa que ela aumenta o risco de lesão a se causar pelo indivíduo. Sendo assim, haveria o roubo simples do caput ou com grave ameaça, mas não roubo qualificado pelo uso de arma de fogo, de maneira que arma de brinquedo não configura.¹²⁰

O melhor entendimento quanto a sua natureza jurídica é ser um elemento técnico que contém uma opinião destinada à elucidação de fato relevante, logo o perito é um auxiliar do juiz. Como está no capítulo Das Provas, logo entende-se ser um meio de prova.

Ocorre que há determinados crimes que exigem a imprescindibilidade do exame de corpo de delito quando deixarem vestígios, chamado de *delicta factis permanentis*, nos moldes do artigo 158, do CPP. Se não deixar vestígios, não há necessidade de perícia, denominado *delicta factis transeuntis*, como ocorre nos crimes verbais, tais como os crimes contra a honra, ou um simples furto de carteira.

Vale conceituar corpo de delito como conjunto de vestígios, interligados entre si, que podem ser percebidos pelos sentidos humanos.

Exame de corpo de delito é gênero e espécies são: o exame de corpo de delito direto e indireto. O direto supõe que o perito entra em contato com um dos sentidos do objeto periciado. Cadáver, arma, arrombamento. O exame de corpo de delito indireto o perito não entra em contato direto com a coisa periciada.

O perito, portanto, documenta as informações.

Para ser feita essa perícia basta um perito oficial, ou na sua falta nomeia dois particulares chamado de louvável. Assim, será feito um exame nesse corpo de delito.

¹²⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000. 4 v

E indo mais além ao que determina o Código de Processo Penal, a Lei 11.343/2006 em seu artigo 50, parágrafo 1, reza que para efeito do auto de prisão em flagrante é suficiente o laudo de constatação realizado por um perito ou alguma pessoa idônea.

Invocando precedentes judiciais Damásio esclarece que o exame preliminar de constatação da toxicidade serve para evitar prisões indevidas pela posse de substâncias inócuas e constitui condição de procedibilidade da ação penal.

Adverte o autor que a falta do laudo ou sua irregularidade podem relaxar o flagrante, mas não anulam o processo, devendo ser arguida antes da juntada do laudo definitivo. Aliás, a provisoriedade do laudo não substitui o definitivo, mas não exige a realização por Perito Oficial, nos termos da legislação então (e atualmente) vigente.

Triste mencionar que apesar da quantidade enorme de drogas existentes no Brasil e no mundo, para ser considerado crime há a necessidade de constar no rol da portaria 344 da ANVISA. Previsto nesse ato normativo, o crime está caracterizado, essas drogas são consideradas ilícitas, se não for previsto, apesar de entorpecente, não configura crime.

Para algumas drogas como cocaína (Extraída das folhas da coca (*Erythroxylon coca*), trata-se de um alcalóide tropano e seu nome completo é 3-benzoiloxi-8-metil-8-azabicyclo (3,2,1) octano-4-carboxílico ácido metil éster) e a maconha (THC é a sigla dada para a principal substância psicoativa encontrada na planta *Cannabis sativa*), é plenamente possível o exame de constatação e em muitos casos é realizado na própria delegacia pelos policiais civis, que possuem o material para teste. Positivando para droga, basta ficar azul a cocaína ao pingar um líquido na droga. Assim, será imediatamente preso em flagrante constatando-se a mercancia dessas drogas e caracterizando o tráfico, bem como o Termo Circunstanciado se caracterizar como usuário de drogas.

E quanto aos usuários de drogas, ressalte-se que é a única exceção em nosso ordenamento jurídico de que mesmo negando a cumprir o termo de compromisso não será convertido em prisão em flagrante, como ocorre nos outros crimes de menor potencial ofensivo.

Esse exame preliminar pode ser feito por peritos leigos, porém o exame toxicológico obrigatoriamente tem que ser feito por perito criminal.

Vale ressaltar a diferença para a cocaína fumada, que é o crack, da cocaína cheirada, que é a tradicional; aquela é mais viciante por ir direto para o pulmão

entrando na corrente sanguínea imediatamente, logo o vício é bem mais forte do que a cheirada, que é pelas mucosas, como nariz e anus.

Há outros métodos de se realizar o teste das drogas como os não invasivos, como na saliva, fio de cabelo, urina, nesses tipos de exames se consegue ver quando a pessoa usou as drogas e qual tipo. Muito usado quando o interesse é para o usuário de drogas.

Especificamente em relação às drogas sintéticas, o teste para verificar se é ilícita prevista no rol da ANVISA realiza-se no equipamento cromatógrafo, a gás CG ou a líquido HPLC, assim separa as substâncias de misturas e identifica seus componentes com a separação-purificação de misturas, uma estacionária e a outra móvel.

Como já afirmado, a perícia a ser realizada nas drogas sintéticas não fica pronta no mesmo dia, logo revela-se incabível a prisão em flagrante, e o agente será solto ainda na delegacia.

A única solução consiste em, se estiver dentro dos requisitos da lei 7.960/89, com o laudo pronto e confirmado como droga ilícita, o agente poderá ser preso temporariamente se ainda estiver na fase policial, pois se já estiver encerrado as investigações, e apenas faltar o laudo para possível oferecimento da uma denúncia, a prisão possível será a preventiva, porém, como já se descreveu em capítulo anterior, os requisitos são bem mais robustos do que da temporária, requisitos esses expressos nos artigos 312 e 313, do CPP.

4.6.6. Enfrentamento da dificuldade do laudo de constatação

Conforme tratado em capítulo anterior, as drogas são um grave problema de saúde pública. A natureza fundamental do bem jurídico atingido pelas drogas levou a que o tráfico de entorpecentes fosse equiparado aos crimes hediondos, conforme foi tratado acima.

E nesse ponto, as drogas sintéticas se revelam como um grande inimigo da saúde pública, dado seu crescimento (em diversidade de princípios ativos e número de usuários) e constatação de que elas se popularizam ao mesmo tempo em que seus princípios ativos se tornam cada vez mais fortes, como é caso da maconha sintética, que pode causar ataques cardíacos.

O problema de saúde pública das drogas é tão grave que até mesmo países com tradição de combate rigoroso ao tráfico, como os Estados Unidos da América, se veem preocupados com o avanço das drogas sintéticas.

As overdoses causaram 72.287 mortes nos Estados Unidos em 2017 de acordo com as estatísticas do Centro de Controle de Doenças dos EUA e, representando um crescimento de 10% em um ano, ultrapassa até mesmo o número de mortos em acidentes de trânsito e em decorrência de violência com arma de fogo.

As autoridades do país associam a maioria das mortes ao uso de opioides, mas imputam seu crescimento a uma outra droga: o fentanil, que matou 29.000 pessoas em um ano, uma droga sintética altamente letal.

No Brasil, o crescimento das drogas sintéticas não é diferente do que acontece nos EUA e no resto do mundo, gerando essa crise de saúde pública.

Dado o caráter de direito fundamental da saúde e da natureza de bem jurídico difuso da saúde pública, há ordens veladas emanadas dos mandados de criminalização a fim de tutelar eficientemente esse bem, o que inclui o combate ao tráfico.

Sucedem, porém, que a tutela efetiva desse bem, conforme se observa, enfrenta dificuldades no momento da prisão do agente pela autoridade policial, ação esta que deveria ser competente e rápida, e muitas vezes resvala na impossibilidade de decretação do flagrante pela falta do exame respectivo.

As dificuldades são muitas no combate às drogas sintéticas, seja em decorrência do ambiente em que geralmente são usadas: festas, raves, escritórios, entre outros, e o sentimento a que elas estão associados: euforia, alegria, amizade, e até mesmo pelo público em cuja incidência é maior: classe social média ou alta, estudantes, empresários, tudo a provocar uma sensação de menor reprovabilidade, apesar dos seus riscos e danos que podem causar.

As chamadas “drogas modernas” demoram, ainda, para ser reconhecidas por serem principalmente adaptações de outras já existentes, em versões muito mais potentes, com efeitos colaterais mais graves – apesar de muitas delas não causarem dependência de forma tão imediata.

Em 2014 o Relatório Mundial de Drogas indicou que foram catalogadas 541 novas substâncias, entre elas a maconha sintética, sais de banho (khat), NBOMe e Óxi.

Diante dessa situação e das dificuldades para elaboração do laudo de constatação provisório, a questão que se coloca é como solucionar ou ao menos amenizar essa lacuna, permitindo que a atividade da autoridade policial seja eficiente.

O próprio Instituto de Criminalística reconhece a dificuldade para elaboração do laudo de constatação das drogas sintéticas, inclusive publicando portaria em que essa circunstância é afirmada¹²¹.

121 Portaria SPTC-162, de 11-11-2015 - DROGAS

[31/03/2016](#)

SUPERINTENDÊNCIA DA POLÍCIA TÉCNICO-CIENTÍFICA

Portaria SPTC-162, de 11-11-2015

Regulamenta os procedimentos na entrega de substâncias entorpecentes para realização de exames periciais nas unidades da Capital e da Macrorregião de São Paulo

O Superintendente da Polícia Técnico-Científica, Considerando o disciplinado no Título VII (Da Prova) do Código de Processo Penal, na Lei Federal 11.343, de 23-08-2006, na Resolução SSP-336, de 11-12-2008, na Portaria DGP-35, de 17-12-2008 e na Portaria SPTC 63, de 30-04-2015;

Considerando que o “tempo técnico” para realização dos exames abrange, além da metodologia consagrada no meio científico, os procedimentos de abertura e fechamento de invólucros, fotografiação e pesagem, e varia de acordo com a quantidade e a complexidade dos casos;

Considerando que não existem testes de triagem (testes rápidos) específicos e confiáveis para drogas sintéticas e solventes, exigindo, assim, a utilização de metodologia analítica de alta complexidade e, conseqüentemente, maior tempo de análise;

Considerando a necessidade de se disciplinar rotinas diferenciadas para o recebimento de substâncias entorpecentes de casos não flagrantes; Considerando, por fim, que 90% dos casos de flagrante delito são protocolados nos períodos vespertino e noturno, resolve:

Artigo 1º- Na capital e na macrorregião de São Paulo competem exclusivamente àquelas unidades do Instituto de Criminalística que realizem os laudos de constatação da natureza e quantidade da droga, a retirada e o envio ao Núcleo de Exames de Entorpecentes - NEE, de material suficiente para a realização dos exames definitivos e contra-perícia.

§ 1º As requisições relacionadas com drogas sintéticas e solventes somente serão processadas por unidades que disponham de equipamento e metodologia adequados para esse fim, cabendo à Diretoria do Instituto de Criminalística informar às autoridades competentes a lista de tais unidades.

§ 2º Nos casos previstos no parágrafo primeiro, a critério da Autoridade Policial, poderão ser confeccionadas requisições apartadas para as drogas sintéticas quando a ocorrência envolver mais de um tipo de entorpecente.

§ 3º Normativa específica do Instituto de Criminalística definirá a organização para entrega dessas substâncias ao Núcleo de Exames de Entorpecentes - NEE.

Artigo 2º- O recebimento de requisições periciais relacionadas às ocorrências de flagrante delito serão recebidas e examinadas sem quaisquer restrições de dia e de horário, sendo respeitada a ordem de chegada para a análise do material e a confecção dos laudos correspondentes.

Parágrafo único. O protocolo de novas requisições levará em consideração a demanda e a vazão dos casos anteriores.

Artigo 3º- Nas ocorrências não flagrantes, as substâncias entorpecentes deverão ser encaminhadas diretamente pelas unidades da Polícia Civil ao Núcleo de Exames de Entorpecentes - NEE, no período das 06h às 12h, para realização do exame definitivo, de forma a não prejudicar a celeridade no atendimento das ocorrências flagrantes.

§ 1º Serão dispensados, nos casos de não flagrantes, a realização dos laudos de constatação, sendo o laudo definitivo emitido de forma a respeitar os prazos legais estabelecidos.

§ 2º. A fim de melhorar a logística e a celeridade na execução dos trabalhos, aproveitando a disponibilidade dos recursos no período matutino, o recebimento das substâncias deverá adotar a dinâmica a ser estabelecida pelo

Uma solução paliativa em algumas regiões de grandes centros e grandes cidades, seria a realização de convênios com universidades, sendo possível a realização de exames de forma mais imediata quando ocorre a apreensão de drogas sintéticas.

Porém, esta não é a realidade de grande parte dos centros urbanos brasileiros e poucas seriam as cidades em que esse convênio seria possível.

A solução mais eficiente que se vislumbra é a presença, em cada uma das cidades, de equipamentos para exames dos princípios ativos conhecidos de drogas sintéticas e, havendo possibilidade técnica, o fornecimento de kits para exame imediato dos princípios ativos, como ocorre atualmente com as drogas naturais e semissintéticas.

E o Brasil, nesse ponto, tem possibilidade de se aparelhar adequadamente para isso, considerando que geralmente as drogas sintéticas surgem em países ditos de primeiro mundo e, por conseguinte, seria possível antever a necessidade de determinados exames e se antecipar ao seu combate, havendo, nesse caso, os instrumentos necessários em mãos das autoridades competentes.

E diversas questões teóricas se colocam, como por exemplo, a constitucionalidade ou não de leis que limitam – ainda que involuntariamente – o combate ao tráfico, argumentos baseados no cumprimento do respectivo mandado de criminalização, como é o caso da exigência de que determinados princípios ativos constem no rol do Ministério da Saúde, submetendo-se a um lento processo burocrático.

A discussão teórica necessitará de uma análise entre os princípios aplicáveis e natureza dos bens jurídicos tutelados, como é o caso da saúde.

A constitucionalização do direito à saúde, a caracterização das ações e serviços de saúde como relevantes para o interesse público, com possibilidade de controle pelo Ministério Público, inclusive por meio de ação civil pública, art. 129, III, Constituição Federal, e a concepção das políticas públicas e sociais como prestações estatais, tornam exigível judicialmente o direito à saúde.

Departamento de Polícia da Capital - Decap, ressaltando-se às quartas-feiras, quando serão recebidos os materiais encaminhados pelo Departamento de Polícia Judiciária da Macro São Paulo - Demacro.

Artigo 4º- Esta Portaria entrará em vigor em 10 dias após sua publicação, revogando-se as disposições em contrário. Leia mais: <https://delegadoplantonista.webnode.com.br/news/portaria-sptc-162-de-11-11-2015-drogas/>, consultado em 28 de novembro de 2018

No caso específico do tráfico de entorpecentes e seu combate, a ação concreta possível é o ajuizamento de ação de tutela coletiva, ação civil pública ou ação popular para obrigar o poder público a fornecer os kits ou equipamentos para exames, sob pena de descumprimento do mandado de criminalização.

Outro não é o entendimento pois, se o exame não é realizado e sua falta não permite a decretação de prisão em flagrante pela autoridade policial, a lei penal não é aplicada, e resta descumprido o princípio da vedação de proteção insuficiente do bem jurídico.

Se a o problema gerado pela falta de exame decorre da falta de lei que regulamente a questão, verifica-se a omissão do Estado frente um mandado de criminalização. Por conseguinte, a questão que se coloca, pois, é qual a consequência da *inconstitucionalidade por omissão total* em relação ao mandado constitucional de criminalização.

Eventual decisão que reconheça a inconstitucionalidade por omissão somente seria capaz de declarar a mora do órgão legislador, sem consequências práticas mais relevantes, seja por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou até mesmo por meio de um mandado de injunção (cujo cabimento pode ser discutido, tendo em vista que diversos mandados de criminalização constituem direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição).

Se uma lei caminha em direção contrária ao objetivo da norma programática, esta pode servir de parâmetro de controle de constitucionalidade. Seria possível sindicá-la, judicialmente, lei que puna de forma excessivamente branda uma conduta objeto do mandado constitucional de criminalização.

Ocorre, porém, que os resultados práticos talvez não fossem imediatos, de tal forma que solução mais eficaz, para buscar uma solução rápida e proporcionar o imediato cumprimento do mandado de criminalização é a o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público, com pedido concessão de liminar para imediata instrumentalização das delegacias de polícia com testes que possam detectar os princípios ativos das drogas sintéticas.

A ação civil pública para defesa de interesses difusos e coletivos foi instituída pela Lei n. 7.347/85, e em seguida veio a ser consagrada pelo art. 129, III, da Constituição de 1988.

Enquanto no processo individual temos, de regra, conflitos entre pessoas determinadas, no processo coletivo os conflitos podem envolver grupos inteiros situados não raro em posições antagônicas.

Outra característica do processo coletivo é que, diversamente do processo individual (em que cada lesado age em nome próprio na defesa do interesse próprio), no processo coletivo os legitimados ativos estão autorizados por lei a agir em nome próprio, mas na defesa de interesses de todo o grupo, os chamados interesses transindividuais.

Os interesses transindividuais (de grupo, classe ou categoria de pessoas) podem ser assim classificados: a) difusos (quando envolvam um grupo indeterminável de lesados, reunidos por uma situação de fato comum, tendo objeto indivisível, como o meio ambiente de uma região); b) coletivos, em sentido estrito (quando envolvam um grupo determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum, tendo também um objeto indivisível, como a nulidade de uma cláusula abusiva contida num contrato de adesão); c) individuais homogêneos (quando envolvam um grupo determinável, reunido por uma lesão de origem comum, tendo um objeto divisível, como, por exemplo, a aquisição de um produto de série com o mesmo defeito).

A lei relaciona os seguintes legitimados à propositura da ação civil pública ou da ação coletiva, notadamente: a) Ministério Público; b) União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal; c) autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações; d) órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica, mas destinados à defesa do respectivo interesse transindividual; e) associações civis (LACP, art. 5º; CDC, art. 82).

Todos esses legitimados ativos agem em nome próprio, em defesa de interesses do grupo, classe ou categoria de lesados.

Trata-se predominantemente de legitimação extraordinária, por meio de substituição processual. De um lado, o Direito brasileiro não exige, para a configuração da substituição processual, que o substituído seja pessoa determinada. Basta que alguém, em nome próprio, defenda interesse alheio, para que tenhamos hipótese de legitimação extraordinária, por substituição processual (CPC, art. 6º). Por outro lado, ainda que os colegitimados à ação civil pública também compartilhem o interesse pela reintegração do direito violado, na verdade estão pedindo muito mais que direito próprio: estão pedindo a reintegração do direito lesado em proveito de todo

o grupo lesado, tanto que, em caso de procedência, a imutabilidade da coisa julgada ultrapassará as partes (LACP, art. 16; CDC, art. 103).

Em conclusão, nas ações civis públicas ou coletivas, ainda que os colegitimados estejam compartilhando o interesse na reintegração do direito, e ainda que possam estar substituindo processualmente lesados indetermináveis, na verdade o fenômeno processual que explica sua legitimação é, predominantemente, a substituição processual: esta é o verdadeiro escopo do processo coletivo.

Pode constituir objeto da ação civil pública ou coletiva a defesa dos seguintes bens e interesses: a) meio ambiente; b) consumidor; c) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos etc.); d) ordem econômica e economia popular; e) ordem urbanística; f) qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo (LACP, art. 1º), entre outros que podem ser acrescentados.

Logo, o melhor instrumento processual para solucionar o problema da falta de testes para as drogas sintéticas é a Ação Civil Pública, por iniciativa do Ministério Público, o que, juntamente com a formação dos convênios já sugeridos, poderão permitir a atividade forte e imediata da autoridade policial nas apreensões de drogas sintéticas.

CONCLUSÃO

1. O direito à saúde, seja em nossa Constituição, seja nos tratados internacionais que influenciam nosso sistema jurídico dentro de um mundo cada vez mais global, atualmente é noção indissociável do conceito de dignidade humana.
2. Como direito fundamental, é tutelado pela Constituição e pelos diplomas ordinários, e, especificamente, conta com mandados de criminalização em sua defesa.
3. A opção do Poder Constituinte em estabelecer os mandados de criminalização – elegendo, pois, matérias que devem obrigatoriamente ser tratadas penalmente pelo legislador ordinário - busca proteger esse bem jurídico de forma integral.
4. Dentre os mandados de criminalização explícitos, contidos nos artigos 5.º, incisos XLII (racismo), XLIII, da Constituição se encontra o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.
5. Consistindo num sério problema de saúde pública, o consumo de entorpecentes e o tráfico tem gerado preocupação e constante alarde na sociedade, obrigando

resposta do legislador (é objeto de mandado de criminalização) e merecendo sua atenção.

6. Dentro da linha evolutiva do tratamento legal do tráfico de entorpecentes no Brasil, houve a equiparação de diversas condutas do tráfico aos crimes hediondos, e a Lei de Drogas, bastante recente, adotou conceitos diversos de tipos de traficantes, buscando oferecer a resposta adequada e proporcional a cada uma das condutas, e ao mesmo tempo oferecer a tutela penal que se almeja.

7. Ocorre, contudo, que apesar da previsão legal incriminadora das condutas do tráfico, há um empecilho prático para a efetivação da resposta penal: a dificuldade em se constatar a materialidade do delito em relação às drogas sintéticas, cada vez mais disseminadas no país e dotadas de alto grau de nocividade.

8. Isso acontece pois não há equipamentos em todas as cidades, dificultando assim o exame de constatação para a elaboração do auto de prisão em flagrante.

9. Diante de tal situação, a autoridade policial ainda que dentro de uma situação cristalina de flagrante, a fim de não incidir em ilegalidade e contrariando princípio constitucional maior e não tem outra alternativa senão a liberação do indiciado e manuseio, em outro momento, dos demais tipos de prisão.

10. Assim, ainda que fértil seja o campo das políticas públicas de combate ao tráfico de entorpecentes, o entrave prático que se constata pela impossibilidade de exame imediato dos princípios ativos das drogas sintéticas, impede a realização da proteção tão desejada do bem jurídico da saúde pública na sua forma integral. Em resumo, ainda que os mandados de criminalização sejam atendidos pelo legislador ordinário, a efetivação do direito à saúde pelo combate efetivo ao tráfico das drogas sintéticas encontra um adversário banal: a falta de equipamento para elaboração do obrigatório laudo de constatação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. Fortaleza, Nacional, 2005.

BITTAR, Neusa. **Medicina Legal Descomplicada**, 2. ed., São Paulo: Rideel, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7.ed. São Paulo: 2012.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13/07/2018.

BRASIL, Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 13/07/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 473. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUM E.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 25/07/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 594.296 Minas Gerais. Relator Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21/09/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772>. Acesso em: 25/07/2018.

BRASIL, Decreto Nº 55.786, DE 22 DE FEVEREIRO DE 1965.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches (autor e coord.); GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito penal – parte especial**. V. 3. São Paulo: RT, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches (autor e coord.); GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Direito penal – parte especial**. V. 3; 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo penal*.- 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012. págs. 187 a 191.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Norberto Bobbio. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. pág.854.

FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 3.ed. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 680.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. III, pág.169 .

GOMES, Geraldo. Os alucinógenos e o Direito – LSD - Lei nº 5.726, de 29/10/1971. São Paulo:Ed. Juriscredi, 1972.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. Pág.67.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GUERRA FILHO, Santiago Willis. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista. **Lei Antitóxicos Anotada**. 5. ed., São Paulo:Saraiva, 1999.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal do Inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 17 out. 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MACHADO, Antônio Cláudio de Costa. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. s/ ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. s/ ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson. **Fundamentos constitucionais do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Alberto André Barreto. **Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção da inocência**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866. Acesso em 16 nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, 9. ed. Atlas: São Paulo, 2002, p. 1591.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **RACISMO: uma interpretação à luz da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, 2009.

OLIVEIRA, M. T. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. Dissertação de Mestrado apresentada perante Pontifícia Universidade Católica, 2010, p. 128. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp134821.pdf>. Acesso em 14/01/2014.

OLIVEIRA, Adriano B. Koenigkam de. **Direito Constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Office on Drugs and Crime, RECOMMENDED METHODS FOR THE IDENTIFICATION AND ANALYSIS OF AMPHETAMINE, METHAMPHETAMINE AND THEIR RING-SUBSTITUTED ANALOGUES IN SEIZED MATERIALS, New York, 2006, disponível em :< <https://www.unodc.org/pdf/scientific/stnar34.pdf>>.

PEREIRA, Luciano Souza, SOUZA, Aldo Rodrigues. *Introdução às Ciências Penais e ao Estudo do Direito Penal*, Ed. Verbatim, 2015.

PONTE. Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. Saraiva: 2015.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990
Acesso em 23 nov. de 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen juris.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002, p. 149.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 5.ed. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal.** s/d. Rio de Janeiro; São Paulo: FORENSE; MÉTODO, 2009.