

NÉFI CORDEIRO

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES

Tese apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito Público, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito final à obtenção do grau de doutor.

CURITIBA
Fev/2000

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES

por

NÉFI CORDEIRO

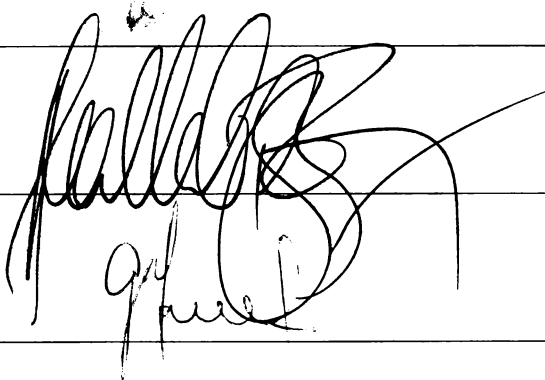
Tese apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito Público, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito final à obtenção do grau de doutor.

BANCA AVALIADORA:

ORIENTADOR:



LUIZ ALBERTO MACHADO



Curitiba, Fevereiro de 2000.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	001
1. <u>EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA REPRESSÃO AOS ENTORPECENTES</u>	003
1.1 Convenções Internacionais.....	003
1.2 Normas Brasileiras.....	006
2. <u>ASPECTOS CRIMINAIS DA LEI ANTITÓXICO</u>	010
2.1 Crimes Tipificados.....	010
2.1.1 Tráfico de Entorpecentes.....	010
2.1.2 Figuras Equiparadas ao Tráfico.....	018
2.1.3 Maquinário de Preparo ao Tóxico.....	020
2.1.4 Associação para o Tráfico.....	020
2.1.5 Administração Medicinal Culposa.....	021
2.1.6 Consumo de Drogas.....	022
2.1.7 Violação de Sigilo.....	024
2.1.8 Causas de Especial Aumentos de Pena.....	025
2.2 Tratamento dado aos Criminosos.....	029
2.3 Mecanismos de Controle.....	031
3. <u>QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO TRÁFICO</u>	034
3.1 O Alcance do Termo Tráfico.....	034
3.2 Dolo de Mercancia.....	037
3.3 Quadrilha e Concurso de Pessoas.....	039
3.4 Pena Pecuniária.....	043

4.	<u>PROPOSTAS DE AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO CONSUMIDOR</u>	046
4.1	A Liberação da Maconha	046
4.2	Projetos Legislativos que Alteram a Responsabilidade Criminal do Consumidor.....	051
5.	<u>O RITO DA LEI ANTITÓXICOS</u>	054
6.	<u>TRÁFICO DE DROGAS E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS</u>	061
6.1	Definição da Conduta Hedionda.....	061
6.2	Liberdade Provisória.....	063
6.3	Recurso em Liberdade.....	066
6.4	Execução da Pena.....	072
6.4.1	Regime Fechado.....	072
6.4.2	Anistias, Graça e Indulto.....	075
6.5	Substitutivos do Cumprimento da Pena Privativa de Liberdade	077
6.5.1	Substituição por Penas Alternativas	077
6.5.2	A Suspensão Condicional da Pena	080
6.6	Quadrilha no Tráfico.....	081
6.7	Prazos Diferenciados	084
7.	<u>TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS</u>	085
7.1	Tráfico com Exterior	085
7.2	Tentativa de Tráfico Internacional.....	089
7.3	Lança Perfume	091
7.3.1	Lança Perfume é Entorpecente	093
7.3.2	Importação de Lança Perfume como Contrabando	096
7.3.3	Importação de Lança Perfume é Tráfico Interno.....	098
7.3.4	Importação de Lança Perfume é Tráfico Internacional	100
7.3.5	O Elo Internacional na Importação de Lança Perfume	102
7.4	A Delegação de Competência	104

8.	<u>PROCESSO DO TRÁFICO INTERNACIONAL</u>	106
8.1	Fundamentos de Competência.....	106
8.2	Adequação à Competência da Justiça Federal Cumulação de Ações na Justiça Federal	108
8.3	Competência da Justiça Federal.....	110
8.4	Conflito de Competência sobre o Interesse Federal.....	113
8.5	Fonte da Competência da Justiça Federal para o Tráfico Internacional.....	115
8.6	O Interesse Federal	118
8.7	Momentos da Definição da Competência	122
8.8	Casos Específicos	124
8.9	Competência Alterada por Superveniente Afastamento da Internacionalidade.....	129
9.0	<u>O TRÁFICO INTERNACIONAL COMO CRIME ORGANIZADO</u>	142
9.1	O Crime Organizado.....	142
9.1.1	O Concurso de Pessoas como Padrão Identificador do Crime Organizado.....	144
9.2	O Tráfico Internacional em Entidades Delinquentes	145
9.2.1	A Origem e a Resposta ao Crime Organizado.....	146
9.3	A Situação Legal no Brasil.....	148
9.3.1	A Lei de Combate ao Crime Organizado	148
9.3.1.1	A Definição de Crime Organizado	149
9.3.1.2	Instrumentos da Persecução Criminal Organizada.....	150
9.3.1.2.1	A Postergação do Momento da Prisão.....	150
9.3.1.2.2	A Quebra do Sigilo de Dados.....	150
9.3.1.2.3	A Investigação Judicial Sigilosa.....	152
9.3.1.2.4	Outras Providências	153
9.3.2	A Lei de Interceptação das Comunicações Telefônicas de Telemática e Informática.....	155
9.3.2.1	Momento Histórico da Criação	155
9.3.2.2	Hipóteses de Cabimento.....	156
9.3.2.3	Procedimento.....	157
9.3.2.4	Crimes de Violação ao Sigilo das Comunicações.....	158

10.	<u>A PROVA RESTRINGÍVEL NO TRÁFICO E CRIMINALIDADE ORGANIZADA</u>	159
10.1	Os Direitos Humanos e a Prova.....	160
10.2	A Prova Restringida no Direito Comparado.....	162
10.2.1	Colômbia.....	163
10.2.2	Peru.....	164
10.2.3	Venezuela.....	164
10.2.4	Itália.....	165
10.2.5	Alemanha.....	168
10.2.6	Espanha.....	169
10.3	Propostas de Prova para o Brasil.....	169
10.3.1	Situação Social e suas Exigências.....	169
10.3.2	Confisco.....	171
10.3.3	Os Juizados Especiais.....	173
10.3.4	Procedimentos de Sigilo.....	173
10.3.5	A Proteção dos Colaboradores.....	175
10.3.6	Prisão Provisória em Razão do Crime.....	177
10.3.7	A Colheita da Prova Sem Contraditório	178
10.3.8	O Juizado de Instrução.....	178
10.3.9	Procedimentos Específicos para os Casos de Crime Organizado.....	180
10.3.10	Novas Figuras Criminais.....	182
11.	<u>CONTROLE ESTATÍSTICO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS</u>	183
11.1	Estatística nos Órgãos da Polícia Judiciária	183
11.2	Estatísticas Alfandegárias	185
11.3	Estatísticas Sanitárias	186
11.4	Estatísticas no Ministério Público	186
11.5	Estatísticas no Poder Judiciário	187
11.6	Estatísticas na Fase da Execução Penal	188
11.7	Estatísticas nos Conselhos de Entorpecentes	189
11.8	Resumo dos Dados Obtidos	190

<u>CONCLUSÃO</u>	192
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	197

RESUMO

Trata a presente tese do Tráfico Internacional de Entorpecentes. Para situar o tema no tempo, são verificadas as normas internacionais e brasileiras sobre os entorpecentes, bem como é examinada a principal lei a tratar da questão: a Lei Antitóxicos e o seu rito. São examinados aspectos controvertidos sobre o tráfico, sobre a responsabilização criminal do usuário e a incidência da questionável Lei de Crimes Hediondos. O tráfico internacional então é abordado por sua caracterização e casos específicos, bem como pelo seu processamento, onde possui especial relevo a competência da Justiça Federal. Finalmente, pela similitude de forma, objetivos, danos sociais e interesse de especial repressão, é comparativamente estudado o tráfico e a organização criminosa.

INTRODUÇÃO

O tráfico internacional de entorpecentes é matéria que tem gerado grandes controvérsias no meio jurídico e social.

Juridicamente a questão interessa pelas dificuldades de enfrentamento do tráfico e mesmo do tratamento a ser dado aos entorpecentes

Por diversas Convenções Internacionais, têm buscado os diferentes países unificar medidas de controle e repressão às drogas, cujo transporte e estrutura criminal organizada vêm provocando danos sem fronteira.

No Brasil, a questão é enfrentada especialmente pela Lei Antitóxicos, com aplicações criadas pelas novas leis de Crimes Hediondos, de combate ao Crime Organizado e de Interceptações Telefônicas, entre outras. O exame dessas normas jurídicas, que reúnem conteúdos de direito material e processual, será abordado também reunindo interpretações sobre o enfoque do crime e de seu processo, buscando a melhor seqüência e uniformidade.

Permanece juridicamente, porém, a discussão sobre os limites de definição dos entorpecentes, sobre a tipificação do tráfico, sobre o controle estatal dos entorpecentes e as melhores formas de sua repressão.

O tráfico internacional de entorpecentes surge neste cenário com especial magnitude, pelos danos internacionais que provoca, pela necessária intervenção da Federação como órgão julgador – a Justiça Federal – e pelas interessantes discussões a respeito de sua tipificação e competência.

É especialmente relevante a definição da competência federal para o processo de tráfico com o exterior, em razão das implicações de nulidade absoluta de prisões, provas e decisões judiciais. Até onde pode ser prorrogada a jurisdição sob a justificativa de economia ou pela circunstancial presença de determinado órgão acusador?

Socialmente, a questão do tráfico envolve o sofrimento pela droga e pelos danos causados para obtê-la. Atinge vítimas diretas da dependência – que usam do direito de dispor do próprio corpo e são penalmente incriminadas -, vítimas dos crimes causados por dependentes e mesmo vítimas como coletividade: pela empatia e

pelo terror da organização para o tráfico.

Dáí cresce a necessidade de estudar o tráfico, especialmente o tráfico internacional, na sua mais comum forma de exteriorização: a criminalidade organizada.

As pressões sociais influem então diretamente no formação das leis e mesmo na interpretação jurídica dos fatos, para admitir ou não mais ousadas – e menos democráticas – formas de persecução criminal. Onde é maior o medo da organização criminosa do que da perda de direitos individuais, cedem terreno as prerrogativas de defesa do cidadão e cresce o poder de interferência estatal - da investigação, ao mais severo cumprimento de penas.

É necessário o exame destas questões na delimitação do fenômeno jurídico-social dos entorpecentes, pelo prisma especialmente dos ainda mais graves efeitos da traficância internacional.

1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

1.1 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O uso, abuso e controle dos entorpecentes é questão que acompanha o homem desde o manuseio das ervas, estimulantes que passaram a ter uso pessoal e coletivo — como forma de propiciar maior força de trabalho e de guerra, em enfrentamentos sociais.

Historicamente, a primeira tentativa de acordo internacional deu-se com a conferência de Shangai, em 1909, tratando do ópio indiano, embora sem resultados práticos¹.

Sucederam-se vários encontros internacionais, resultando em acordos sobre o tema, como em Haia (1911), Genebra (1925) e Bangkok (1931).

A idéia de um sistema de controle ao tráfico internacional, nasce de uma nova conferência em Genebra, no mês de novembro de 1924, transformando-se em obrigação para os países, quando das convenções de Genebra de 1931 e 1936. Não obstante a definição internacional da repressão, ainda foram poucas as ações efetivas de controle.

O primeiro momento de destacada e efetiva fixação normativa internacional, veio com a Convenção de Nova York, em 30.03.1961, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 5, de 07.04.64 e pelo Decreto Presidencial nº 54.216, de 17-08-64. Era a chamada Convenção Única de Entorpecentes.

A Convenção Única foi organizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), como forma de adotar uma política universal de controle internacional de substâncias entorpecentes para fins médicos e científicos².

¹ Greco Filho, 1991

² Reconhecendo que a toxicomania é um mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para humanidade, conscientes de seu dever de combater esse mal, considerando que as medidas contra o uso indébito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem ação conjunta universal, Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns.

Essa Convenção de 1961 e suas posteriores emendas, igualmente aceitas pelo Brasil (Decreto nº 76.248, de 12.09.75), expressou o interesse mundial em controlar e fiscalizar o uso médico e necessário dos entorpecentes. Para isso, centralizou as decisões no Órgão Internacional de Controle de Entorpecentes, formado por técnicos e leigos de diversos países, sempre mantido o crivo da Organização das Nações Unidas.

Estabeleceu a Convenção Única o dever de controle e repressão ao tráfico, identificado este por condutas exemplificativas desde a posse ao comércio de entorpecentes ou compostos de preparação, *se, no seu conceito pelas condições em seu país, este é o meio mais eficaz de proteger a saúde e bem-estar público* (art. 2º, inciso 5, alínea b). Admitindo o país como proibidos o comércio e a posse, comprometer-se-á em tratá-los como delitos e nos casos graves apená-los com prisão³, colaborando inclusive com a repressão internacional⁴; não acordando o país quanto às medidas de prisão, os entorpecentes estarão ao menos sujeitos a fiscalização e controle.

O usuário é apenado como delinqüente, podendo ter o tratamento médico como complemento ou substituição da condenação.

O tráfico gera reincidência como consequência da condenação no estrangeiro e deve possibilitar a extradição dos criminosos, ainda que inexistente tratado específico (para os países que o exigem), tudo respeitando-se a Constituição e leis internas do Estado signatário. Não permitiu a Convenção ressalvas dos Estados acordantes, quanto ao uso de drogas, salvo temporariamente a maconha.

Havendo efeitos de um crime em vários Estados, previu a convenção o tratamento como crime distinto em cada um dos países⁵. Também foi admitida a punição até mesmo *da confabulação destinada à consumação, [...] os atos preparatórios e as operações financeiras com os mesmos*⁶. A legislação brasileira, porém, não acolheu essas orienta-

³ Artigo 36, § 1º.

⁴ Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada Parte se obriga a adotar as medidas necessárias, a fim de que o cultivo, a produção, a fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção, ou quaisquer outros atos, em sua opinião contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves puníveis de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras formas de privação de liberdade.

⁵ Artigo 36, §2º, a, [i].

ções, cabendo no Brasil a detração de pena cumprida no estrangeiro pelo mesmo fato criminoso e sendo vedada a responsabilização criminal por meros atos preparatórios, salvo se já constituírem por si crime específico, como a quadrilha ou a posse de tóxico por quem pretende vendê-lo.

Ainda garantindo a soberania dos entes, que é reiterada em várias oportunidades da Convenção, previu o artigo 39 desse tratado que poderá o signatário aplicar *medidas de fiscalização mais rígidas ou mais rigorosas que as previstas na presente Convenção [...] se, em sua opinião, seja isto necessário ou conveniente*. Aliás, admite-se que *quaisquer outros atos* sejam considerados delituosos (Artigo 36, § 1º, *a*), o que pode ser feito ao par da notificação à ONU para incluir item nas listas de fiscalização e controle (art. 3º). Essa disposição será relevante quando da análise do tráfico, pela possibilidade dos países delimitarem substâncias entorpecentes e preconizarem controles e punições não admitidos em outros países⁷.

Posteriormente foi realizada a Convenção de Viena, de 21.03.71, que ingressou no Brasil pelo Decreto Legislativo de 05.12.1972 e objeto do Decreto nº 79.388, de 14.03.77.

A Convenção de Viena atualizou a Convenção Única, especialmente quanto às substâncias psicotrópicas, e estabeleceu o dever de controle e repressão, embora sem também definir tipos criminais e sanções. A Convenção de Viena volta a impor *uma colaboração em nível internacional, no campo do direito público, passando ao direito penal internacional, ao direito penal interno e nacional, a repressão propriamente dita*⁸.

As orientações antes comentadas, da Convenção Única, permaneceram na Convenção de Viena, que manteve a mesma estrutura da Convenção anterior.

Previu a Convenção de Viena, ainda, sua atualização permanente pela inclusão de novas substâncias, desde que causem dependência e sejam nocivas, com prováveis abusos de danosos efeitos sociais (Art. 2º, §4º).

⁶ Deve existir no mínimo início dos atos de execução (realização do verbo, do núcleo do tipo penal, com o ataque ao bem jurídico protegido).

⁷ A discussão terá interesse especialmente na análise do cloreto de etila (lança-perfume), que é considerado entorpecente no Brasil e não na Argentina, onde é produzido. Dá-se, então a discussão sobre a internacionalidade do tráfico e até sua efetiva classificação como traficância.

⁸ Gomes, op. cit., p. 11.

No direito internacional, devemos também salientar o Acordo Sul-americano de Entorpecentes e Psicotrópicos, celebrado em Buenos Aires a 27 de abril de 1973, que ingressou no país pelo Decreto Legislativo nº 78, de 05.12.73 e foi objeto do Decreto 79.455, de 30.03.77.

O Acordo Sul-americano define o objeto de controle como *Entorpecentes, psicotrópicos e demais substâncias suscetíveis de produzir dependência física ou psíquica, contidos nas listas que os Governos atualizarão periodicamente.*

Além de reiterar as disposições das Convenções Mundiais sobre entorpecentes (organizadas pela ONU), pormenoriza condutas delituosas que são semelhantes às tipificadas em nossa legislação nacional⁹, abrangendo a produção, comercialização, suprimento (mesmo gratuito) da droga ou de instrumentos para o tráfico, além da posse e instigação ao uso de entorpecentes.

Ao dependente, o Acordo previu a aplicação de *medida de segurança curativa ou reeducativa [...], impondo esta antes ou depois de cumprida a pena restritiva de liberdade, ou ambas simultaneamente*¹⁰.

1.2 NORMAS BRASILEIRAS

As normas legais brasileiras sempre reprimiram o consumo e o tráfico de entorpecentes.

Já nas Ordenações Filipinas, o art. 89 previa: *que ninguém tenha em casa rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso.*

Embora no Código Criminal do Império não houvesse previsão a respeito, afirma Grecco Filho¹¹ que o Regulamento, de 29.09.51, abordou a questão dos tóxicos *ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.*

Veio o Código de 1890, que tipificou a conduta de *expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários.*

⁹ Lei n. 6368/76, art. 12.

¹⁰ Alínea b, do item 4, do Capítulo I, do Primeiro Protocolo Adicional.

Após sucessivas alterações normativas, onde foi inclusive criada a Comissão Permanente de Fiscalização (Decreto nº 780, de 28.04.36), em seguida substituída pela Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (Decreto-lei 3.114, de 13.03.41), veio a primeira grande regulamentação de tóxicos, através do Decreto-lei nº 891, de 25.11.1938.

O Decreto-lei 891 proibiu a produção, tráfico e consumo de substâncias entorpecentes, incluídas em relação taxativa. Posteriormente à Convenção Única de 1961, foi adotada a relação de entorpecentes daquela Convenção, mais completa que a do Decreto-lei 891.

Tratando de tipo penal semelhante, foi editado o Código Penal (CP) de 1940, que contemplou em seu art. 281, o comércio clandestino ou a facilitação do uso de entorpecentes. Posteriormente, a Lei nº 4.451/64 acrescentou também a conduta *plantar*, ao art. 281 do CP.

O Decreto-lei nº 159, de 10.02.67, equiparou as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica aos entorpecentes. Era a pretensão de atingir mais genericamente aos produtos da química que produziam dependência, como anfetaminas e alucinógenos, inclusive mais nocivos e de mais fácil acesso (comprados como remédio) que grande parte das matérias genuinamente denominadas entorpecentes.

O Decreto-lei nº 385, de 25.12.68, deixou de considerar o crime de entorpecentes como norma penal em branco¹², para que no caso concreto fosse verificado o poder estupefaciente e de dependência da droga.

Mesmo sem o caráter legal de definidor da tipificação, periodicamente vinha o Estado divulgando novas listas de substâncias entorpecentes, como através da Portaria nº 5/69, emitida pela Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Drogas, que determinou quais seriam as substâncias entorpecentes ou determinadoras de dependência física ou psíquica. Revogada a Portaria em julho de 1974, veio então a Portaria nº 20, de 06/09/77, a relacionar e disciplinar o controle sobre drogas, especialmente quanto à venda em forma de medicamentos, o que foi ampliado pela Resolução Normativa nº 10/78 do Conselho Nacional de Saúde.

A Lei 5.726, de 29.10.71, criou um procedimento sumaríssimo, iniciado por denúncia oral e mesmo sem a perícia na droga apreendida.

¹¹ op. cit.

¹² A questão será objeto de exame no Capítulo ASPECTOS CRIMINAIS DA LEI ANTITÓXICO, subitem Tráfico de Entorpecentes.

Veio, então, a Lei nº 6.368, de 21.10.76, até hoje vigente, que criou figuras penais específicas de posse, tráfico e condutas afins, introduzindo um rito processual mais coerente com as garantias do devido processo legal.

A atualização das relações de entorpecentes e equiparados, permanece sendo feita pela Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos (DIMED).

Com a Constituição Federal de 1988, previu o art. 5º, inciso XLIII:

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 (grifo nosso).

Essa previsão constitucional equiparando o tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos, foi depois concretizada pela Lei 8.072, de 25.07.1990, onde se manteve a impossibilidade de fiança, graça ou anistia, acrescentando-se também a proibição à liberdade provisória e à progressão de regime¹³, além de aumentar o prazo da prisão temporária para trinta dias (prorrogáveis por igual prazo) e ao dobro os prazos do rito dos tóxicos. Previu, também, a delação como causa especial de diminuição de pena e alterou o tratamento penal da quadrilha no tráfico de entorpecentes¹⁴.

Atualmente¹⁵, encontra-se em vigor a Lei Antitóxicos (nº 6368), o Decreto-lei nº 753 (fiscalização de farmácias manipuladoras de substâncias entorpecentes), o Decreto-lei nº 159 (equiparado aos entorpecentes as demais substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica), o Decreto-lei nº 891 (grande parte sem aplicação pela completa previsão da matéria por leis posteriores), completado e modificado pelo Decreto-lei nº 3.114, Decreto-lei nº 2.375 e Decreto-lei nº 6.646, mais a Convenção Única Sobre Entorpe-

¹³ Art. 2º, I e II e § 1º. O STF veio após a reconhecer a constitucionalidade dessa ampliação legal e, ainda, que a Lei de Tortura, como norma especial, não derogou essa disposição de outros crimes especiais, quando previu apenas o início da pena em regime fechado (HC Nº: 76543, 1ª T., Mai, Rel. SYDNEY SANCHES, DJ 17-04-98 PP-00006)

¹⁴ A matéria será objeto de maior discussão no Capítulo das QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO TRÁFICO, subitem Alterações das Leis de Crimes Hediondos, parte da Minorante da Delação.

¹⁵ Conforme Grecco Filho (op.cit.).

centes (com as modificações da Convenção de 1971, ambas tratadas neste capítulo, no item acima).

Acrescentamos, ainda, por trazerem aspectos pertinentes ao procedimento e penas nos tóxicos, também a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072), a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9613/98), de Escuta Telefônica (Lei nº LEI nº 9296/96), de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) e dos Crimes de Tortura (Lei nº 9.455/97).

2 ASPECTOS CRIMINAIS DA LEI ANTITÓXICOS

2.1 CRIMES TIPIFICADOS

2.1.1 TRÁFICO DE ENTORPECENTES

O crime de tráfico constitui-se no cerne orientador e principal foco de preocupação da repressão aos entorpecentes e da própria Lei de Tóxicos. O traficante traz consigo o lucro da droga e merece muito gravosa reprovação social.

Inobstante o lucro pela intermediação de entorpecentes seja a forma reconhecida socialmente como tráfico, não subsumiu a esse sentido a tipificação da figura criminal. São previstas vinte condutas caracterizadoras do tráfico, elencadas pelo manuseio da droga sem fim de consumo ou mesmo independente de sua destinação, pelo risco comunitário que representam. São elas¹ importar , exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar” substância entorpecente.

Notamos, de início, a grande quantidade de condutas capazes de configurar o tráfico. Buscou o legislador abranger toda forma de contato com entorpecentes, independente das circunstâncias do fato e de especial fim de destinação da droga: pratica tráfico tanto o intermediador ilícito da substância entorpecente, como o professor de botânica que cultivava a droga com fins didáticos não autorizados, apenas para mostrar aos seus alunos.

Essa forma de indicação especificada das diversas condutas é também usada em vários acordos internacionais, em especial no Acordo Sul-americano de

¹ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Entorpecentes e Psicotrópicos, celebrado em Buenos Aires a 27 de abril de 1973².

Tratam-se de condutas alternativas em um tipo penal múltiplo, de modo que a realização de mais de uma das condutas incriminadas não implica em novos crimes de tráfico.³

A posse e a guarda de entorpecente consubstanciam núcleos do tipo e não concurso material com a eventual alienação. Insubsistente o decreto condenatório no qual, a partir de figura imprópria à espécie - a do concurso material - assentam-se penas diversas, olvidando-se que o crime do artigo mencionado é passível de configuração em face a procedimentos múltiplos.

Algumas das condutas punidas são inclusive preparatórias da efetiva alienação de drogas, como preparar, produzir, guardar. Embora tradicionalmente não sejam punidos em nosso direito os atos preparatórios, é plenamente conciliável tal apenamento quando objeto de tipificação específica. Considera-se então que a conduta isoladamente já representa dano social relevante. É o caso comum da guarda de tóxico por quem realiza sua venda, ou da posse de petrechos de falsificação, etc.

A delimitação de substâncias entorpecentes ou determinadoras de dependência física ou psíquica, conforme prevê a lei, deve ser entendida como norma penal em branco: as condutas criminais têm seu núcleo complementado por Relação do Ministério da Saúde⁴, na forma prevista pelo art. 36 da Lei nº 6.368.⁵

² Acordo Sul-americano de Entorpecentes e Psicotrópicos, celebrado em Buenos Aires a 27 de abril de 1973, que ingressou no país pelo Decreto Legislativo nº 78, de 05.12.73 e foi objeto do Decreto 79.455, de 30.03.77.

³ "... com mais razão não é óbice ao seu deferimento em hipóteses de posse e tráfico ilícitos de entorpecentes, nas quais - por força da Convenção de Nova York - considera-se crime autônomo a realização de cada uma das modalidades do tipo de incriminação múltipla..." (EXT Nº 729, TP, UN, Rel SEPULVEDA PERTENCE, DJ 04-12-98 PP-00011).

⁴ Pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do (DIMED) e agora mediante Portaria da SECRETARIA DE VIGILANCIA SANITARIA DO MINISTERIO DA SAUDE, estando em vigor a Portaria nº 344/1998 (DOU 19-05-98), atualizada pela Resolução nº 480, de 23/09/99 (DOU 27-09-99, P. 24)

⁵ Os Tribunais superiores já expressaram o entendimento de ser a Lei Antitóxicos hipótese de norma penal em branco:

"PENAL. TRAFICO ILICITO DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE. LEI 6368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTERIO DA SAUDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUBSTANCIAS PROSCRITAS. LANCA-PERFUME: CLORETO DE ETILA." (HC Nº: 68904-SP, 2ªT, UN, Rel. CARLOS VELLOSO, DJ 03-04-92 PP-04290).

Além de constar do rol de substâncias entorpecentes do Ministério da Saúde, deve a droga manter seus caracteres tóxicos, mediante constatação em laudo toxicológico definitivo. Pode ocorrer, por exemplo, que a cannabis (maconha) esteja há tanto tempo guardada que já não mais contenha potencial alucinógeno e assim não poderá ser admitida como substância capaz de gerar dependência físico-psíquica – não será droga e o crime de consumo ou tráfico de entorpecentes resta como impossível.

Até a Lei nº 6368, caminhava já pacificamente a jurisprudência no sentido de que o entorpecente era a substância alucinógena capaz de causar dependência física ou psíquica, mediante comprovação em concreto do caráter alucinógeno de cada substância. Com o art. 36 dessa lei, contudo, houve radical mudança, passando pela norma legal a ser exigido que o entorpecente, para ser penalmente entendido como tal, deve constar previamente de lei ou relação do Ministério da Saúde. O risco é da constante evolução laboratorial, capaz de descobrir novos compostos estupefacientes, criar ainda mais danosas drogas e não obstante serem essas substâncias indiferentes penais, porque ausentes de previsão no pertinente rol; por outro lado, há garantia maior ao princípio da legalidade e da segurança jurídica conseqüente, porque podem sempre existir dúvidas sobre a toxidade de uma substância, como ocorre com o cigarro, o lança-perfume, as bebidas...

É doutrinariamente discutível a possibilidade de estar a norma penal complementada por norma material, já que ocorreria então indevida delegação da competência legisferante penal para o Administrador⁶, inclusive não prevista constitucionalmente para a norma penal.

Não concordamos, porém, com essa restrição, podendo o legislador estender detalhamentos de controle ao Executivo, tanto na área penal, como em

“PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LEI DE TÓXICOS. NORMA PENAL EM BRANCO DE COMPLEMENTAÇÃO HETERÓLOGA. CLORETO DE ETILA.” (HC 7511/SP, T5, Mai, Rel. p/ Ac. FELIX FISCHER, DJ 09/11/1998 PG:00122)

⁶ “Estas leyes no plantean mayor problema quando la ley a que remiten es otra ley formal, es decir emanada también del Congreso de la Nación. Pero el problema resulta más complicado cuando la norma no surge de otra ley en sentido formal, sino de una ley en sentido material pero que emana de una Legislatura Provincial o del Poder Administrador (Poder Ejecutivo, municipalidades). En esos casos correrse el riesgo de que nos hallemos ante una delegación de la atribución legislativa en materia penal – que compete al Congreso de la Nación – y que estaria vedada por la CN”. (Zaffaroni, in RIOS, Rodrigo Sánchez. Breves considerações a respeito do “lança-perfume”, incluído como substância tóxica na Portaria 28 (13.11.86) da DIMED, e o seu enquadramento na Lei 6.368/76. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, p. 474-483, jan. 1997).

outros campos do direito⁷. A indicação das substâncias entorpecentes depende de constante verificação da evolução e desdobramentos de produtos químicos, sendo assim de todo razoável a delegação de sua indicação à Autoridade Médico-administrativa. Pode a norma de complemento ser oriunda de esfera diversa do poder Legislativo, dentro de um critério de razoabilidade, de efetivo complemento e detalhamento – evitando apenas a criação de condutas autônomas pelo Executivo.

De outro lado, o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, porém na modalidade de prescrever trata-se de crime próprio do médico ou dentista.

Nota-se, inclusive, que não raras vezes é o sujeito ativo do tráfico também consumidor da droga, inclusive utilizando o tráfico como meio de renda e de obtenção da substância ilícita.

De outro lado, sujeito passivo é a coletividade, a incolumidade pública, com reflexos à vida, saúde, família e segurança nacional. O viciado não é tecnicamente vítima, mas sofre danos pelo tráfico realizado e assim é considerado como sujeito passivo indireto do crime.

Há no tipo penal o elemento normativo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, configurando a necessidade de comprovação de que a droga é possuída sem autorização ou com infração de norma legal ou administrativa. Trata-se de precaução do legislador, até desnecessária, já que estaria então o agente coberto pela excludente da ilicitude do exercício regular do direito, verificando-se situações em concreto na transferência de drogas para fins terapêuticos ou de ensino.

É interessante mais uma vez ressaltar que tráfico é o contato não autorizado com a droga, de grave perigo social, sendo daí irrelevante a habitualidade ou o lucro, e por isso não se encontram elas como elemento normativo do tipo penal⁸. Será examinada a motivação e circunstâncias do crimes, quando requerida a liberdade provisória, ou na fase de dosagem da pena, especialmente na fixação da pena base⁹.

⁷ Reconheceu o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de Portaria Ministerial indicar os bens que poderiam ou não ser importados – situação vedada por exemplo aos carros usados -, admitindo assim delegação ao Executivo para complementar norma restritiva de direito individual.

⁸ Neste sentido inclusive decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A cessão eventual de tóxico a terceiro configura o crime de tráfico, nos termos do art. 12 da Lei 6368/76 (“fornecer ainda que gratuitamente...”)...” (HC 74420-RJ, Rel. Celso de Mello, 29.10.96).

Como forma de evitar punir do mesmo modo ao traficante profissional e àquele que fornece gratuitamente entorpecente a um amigo, muitos julgados criaram essa intenção de mercancia, de lucro, para desclassificar a conduta deste agente para o art. 16 da Lei n.º 6.368/76.

Na verdade deve essa pessoa que entrega ainda que pequena quantidade de entorpecente a um amigo, ser punida sim por tráfico. O julgador não deve pretender personificar a razoabilidade de justiça e trazer ao seu poder também o poder legisferante – há previsão legal expressa de crime, que não criou ou autorizou interpretação criativa da exigência de lucro. Ao Juiz cabe apenas dosar de forma diferente a pena do traficante profissional e desse amigo fornecedor de droga, nos moldes autorizados pelo art. 59 CPP.

O critério de justiça e razoabilidade precisa ser entendido por um prisma coletivo, de entendimento geral e não pelo critério exclusivo do julgador, que deve sacrificar preconceitos pessoais pela compreensão da admissibilidade social da norma – razoabilidade pelo confronto da pessoa é soberana tirania do intérprete.

O dolo do crime será a vontade livre e consciente de realizar alguma das condutas previstas alternativamente no artigo, com relação à substância que sabe entorpecente, mesmo sem intenção propriamente de comerciar¹⁰. Aqui reside um erro do legislador: deveria ser prevista a conduta com a finalidade de transferir, alienar a substância tóxica destinada ao consumo; em sendo intenção de uso próprio, outro tipo

⁹ "HABEAS CORPUS". TRAFICO DE ENTORPECENTES (Art. 12 da Lei n. 6.368/76). ALEGACAO DE VICIO NA DOSAGEM DA PENA PORQUANTO EXACERBADA E NAO FUNDAMENTADA: IMPROCEDENCIA.

1. A culpabilidade se determina pela imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e possibilidade do conhecimento do injusto. A quantidade de substancia entorpecente apreendida demonstra o imenso potencial ofensivo a sociedade, não havendo como desprezar-se que esta atitude visava tão-somente a obtenção de lucro fácil, mediante procedimento delituoso. Isto, por si só, já justifica a exacerbação da reprimenda.

2. O art. 59, do CP, determina que a fixação da pena devera atender a culpabilidade, aos antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, as circunstancias e conseqüências do crime. Ao fixar a pena, não se adstringe o juízo aos critérios de primariedade e bons antecedentes do réu, mas as condições estabelecidas no dispositivo penal.

3. "Habeas corpus" indeferido."

(HC - Nº: 73097-MS, 2ª T, UN. Rel. MAURICIO CORREA, DJ 19-04-96 PP-12215).

No mesmo sentido: HC 0073116/95-MS. T1, MIN-128, DJ 26-04-96 PP-13115).

¹⁰ O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de "ter em depósito", sem autorização" (HC 70.344-5, Min. Paulo Brossard, 14-09-93).

penal deveria descrever o mesmo rol de condutas, com apenamento menor às condutas socialmente menos perigosas. A finalidade comercial não é parte do tipo penal, sequer implicitamente, e assim dela independe a consumação do ilícito.

Assim, incidem no crime pessoas que mantêm a guarda ou fazem o transporte de drogas, por curiosidade, para mostrar a alunos (fins didáticos) ou enfim por motivos outros que não a transferência de drogas para o consumo. Como não se trata de guarda ou transporte da droga para uso próprio, não é caso de consumo, não é caso do art. 16, mas enquadra-se perfeitamente na tipologia do art. 12 examinado. Adiante se verá que mesmo para uso próprio, somente três condutas serão tipificadas pelo art. 16.

Novamente a injustiça de condenar por tráfico ao professor ou ao curioso, faz com que vários julgadores embasem absolvições na ausência de finalidade comercial e novamente entendemos agirem com abusiva interpretação legal. A lei não exige a mercancia e assim agiu inclusive acompanhando os acordos internacionais (que também não faziam menção a esse elemento finalístico), de forma que todo contato não autorizado com substância entorpecente merecerá o tratamento como tráfico. Apenas na dosagem da pena caberá ao Juiz diferenciar o nível de culpabilidade, quando da fixação da pena-base.

Paralelamente, como o tipo penal do art. 16 prevê expressamente a finalidade de uso próprio mas abrange como condutas apenas adquirir, guardar ou trazer consigo, a consequência é de que mesmo havendo a finalidade de consumo, será o agente apenado por tráfico se a conduta não for alguma das três do art. 16, por exemplo, de cultivar. Daí terem muitos julgadores feito prevalecer a finalidade (uso próprio) para desclassificar ao art. 16 condutas nesse tipo não previstas. Reiteramos aqui a impossibilidade técnica desse comportamento, porque era exatamente a vontade do legislador vir a punir mais gravemente condutas potencialmente mais danosas, ainda que destinadas ao consumo próprio (como o cultivo). Mais, o art. 12 não contém elemento de finalidade, para excluir o uso próprio e ainda que isso se aceitasse não caberia o apenamento pelo art. 16, que não contém o cultivo, tornando-se grave conduta um indiferente penal.

Com a prática de quaisquer das condutas do art. 12, estará consumado o delito, como crime de perigo presumido, independente de danos concretos decorrentes dessa conduta. É crime permanente nas condutas de expor à venda, depósito, transporte, trazer consigo e guarda, nas demais condutas sendo instantâneo.

Para o tráfico internacional, obrigatoriamente haverá busca da importação ou exportação, que se consuma pela entrada ou saída da substância entorpecente do território nacional.

Têm os tribunais superiores do Brasil entendido que o crime de tráfico internacional pode consumir-se pelo mero transporte da droga destinada ao estrangeiro ou quando de seu ingresso, ainda dentro da zona aduaneira:

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. APREENSÃO NA ZONA DE FRONTEIRA BRASILEIRA. CRIME CONSUMADO. ARTS. 12 E 28, I, DA LEI 6368/76.

O crime definido no art. 12 da Lei nº 6368/76 compreende dezoito ações identificadas pelos diversos verbos ou expressões ali inscritas, em face do que tal delito se consuma apenas a prática de qualquer daquelas ações arroladas no tipo penal.

Tendo sido o réu surpreendido pela fiscalização portando drogas no momento em que ingressava na Zona de fronteira do País, consumou-se o delito sob a forma de transportar ou trazer consigo substância entorpecente.

Recurso especial conhecido e provido.”

(STJ, RESP 144737/PR, T6, Mai, Rel. VICENTE LEAL, DJ 24/08/1998 PG:00112)

“TOXICO - APREENSAO EM POSTO DE FRONTEIRA - NUCLEO DO TIPO. Tratando-se de apreensão no posto de fronteira, tem-se a configuração do núcleo ‘transportar’. Exclui-se, por isso mesmo, a possibilidade de considerar outro dos dezoito mencionados no artigo 12 da Lei n. 6.368 e que desaguaria na tentativa - importar substancia entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

TOXICO - AGRAVANTE - TRAFICO COM O EXTERIOR - ALCANCE. A causa de aumento prevista no inciso I do artigo 18 da Lei n. 6.368/76 alcança o transporte da droga, sendo que a referencia a ‘tráfico com o exterior’ conduz a pertinência na hipótese em que ocorrida a apreensão em posto da fronteira.”

(HC Nº: 72658/SP, T2, UN, Rel. MARCO AURELIO, DJ 27-10-95 PP-36334)

2.2 FIGURAS EQUIPARADAS AO TRÁFICO.

O art. 12 prevê figuras equiparadas ao tráfico:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I. importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II. semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I. induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II. utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III. contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Pune o § 1º o contato com matéria-prima destinada ao preparo da droga, não se confundindo com o maquinário da preparação, que será objeto do art. 13. Embora exista divergência, parece-nos que o tipo penal abrange matérias usadas ao fabrico da droga, ainda que por forma fora de sua destinação primária. O éter, por exemplo, pode ser usado ao preparo da cocaína ou não e será punido como tráfico se comprovado no caso a finalidade de preparo do entorpecente.

Enquanto o primeiro inciso é genérico quanto à matéria-prima, o inciso II trata da origem como planta desse material, incriminando seu cultivo. Da mesma forma, haverá o crime quando comprovada a destinação da planta ao preparo das drogas.

¹² Já que então não serão necessárias deprecatas para coleta de provas, especialmente orais, no local da prisão e apreensão da droga.

Não concordamos com a diferenciação pretendida por Delmanto (op.cit.) entre os incisos primeiro e segundo do § 1º, do art. 12, para no primeiro punir a destinação ainda que eventual e no segundo admitir o apenamento se a destinação é exclusiva. Nos dois incisos do primeiro parágrafo há punição para a matéria-prima destinada ao preparo de drogas (no inciso II mediante cultivo), inexistindo aspecto diferenciador; nos dois casos deve-se punir a destinação ao preparo de entorpecentes, ainda que não tenha o produto exclusivamente essa finalidade.

O § 2º pune no primeiro inciso criar a idéia de consumo de droga (induzir), estimulá-la (instigar) ou colaborar com meios, materialmente (auxiliar). Realmente há necessidade de colaboração a pessoa determinada, pelo elemento alguém, não bastando a propaganda ou auxílio genérico. Não concordamos, porém, com a forte corrente que exige o efetivo uso do entorpecente, já que quando há intenção do legislador em impor essa condição de punibilidade, é ela expressa, como ocorre no semelhante tipo penal de participação em suicídio (art. 122 CP).

Se o auxílio é com a cessão de local para o consumo ou até mesmo para o tráfico, o enquadramento é pelo inciso II.

Finalmente, a genérica contribuição ao incentivo ou difusão do consumo ou tráfico é incriminada pelo inciso III do § 2º. Também nesse inciso Greco Filho (op.cit.) e Silva Júnior (1980)¹³ entendem necessário uso, mas novamente aqui se trata de crime formal, cabendo as considerações acima para negar tal exigência de resultado; o crime consuma-se pelo só ato colaborador à propaganda ou espalhe das drogas.

Igualmente discordamos de Delmanto (op.cit.), ao entender violado o *princípio da taxatividade penal*. Nada mais é o dispositivo penal que punir a participação ao tóxico com tipicidade específica. Não há necessidade de ato diretamente causador do incremento ou distribuição da droga, mas que de alguma forma colabore conscientemente para esse resultado, assim como já ocorreria pela unicidade de penas no concurso de pessoas (art. 29 CP).

2.1.3 MAQUINÁRIO DE PREPARO AO TÓXICO

O art. 13 da Lei 6368 prevê:

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

O contato com maquinário de preparo ao tóxico é punido por esse art. 13, como figura de tráfico e até melhor seria a colocação desse tipo penal como uma das figuras equiparadas dos parágrafos do art. 12. Tanto é assim, que o inciso I do § 1º pune a matéria-prima destinada ao preparo de drogas, em tudo semelhante à presente incriminação ao maquinário.

Pela similitude, valem as mesmas considerações quanto aos sujeitos, objeto jurídico, dolo e consumação. A pena é também muito semelhante, apenas tendo menor a pena máxima, o que também não deixa de ser uma incoerência, porque não consideramos de menor potencial ofensivo ter o maquinário do que o éter para o fabrico, por exemplo, da cocaína.

2.1.4 ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

O art. 14 pune a associação de duas ou mais pessoas para a prática de tráfico:

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta lei:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

¹³ José Silva Júnior (CP e sua Interpretação Jurisprudencial, 1980).

É norma especial pertinente ao crime de quadrilha ou bando (art. 288), mas para o crime de tráfico.

Assim, como na quadrilha há exigência de habitualidade, de permanência, que na espécie deriva do termo associação. Diferentemente da quadrilha, porém, o número mínimo é de duas pessoas¹⁴.

Não pode ser considerado o elemento *reiteradamente ou não*, porque antagônica com a noção de permanência da quadrilha e porque então haveria confusão com o concurso de pessoas (art. 18, III).

Finalmente, deve a associação ocorrer com a finalidade específica de praticar crime de tráfico (arts. 12 ou 13).

Por ser norma especial, em crime de tráfico e associação são os agentes punidos pela associação do art. 14 (e não pelo crime genérico de quadrilha do art. 288 CP), mais o crime de tráfico, em concurso material, apenas este com o aumento de pena do concurso de pessoas do art. 18, III.

2.1.5 ADMINISTRAÇÃO MEDICINAL CULPOSA

O art. 15 estipula como crime receitar (prescrever) ou aplicar (ministrar) drogas em quantidade maior que a necessária ou irregularmente:

Art. 15. Prescrever ou ministrar, culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.

O crime é próprio, de agente que é médico ou dentista, para prescrever, ou que também seja farmacêutico ou enfermeiro, para o caso de ministrar. Como o tipo penal estipula as pessoas aptas a praticar o crime, outros que eventualmente poderiam ministrar não estarão sujeitos ao crime. É o caso do atendente da farmácia, que mesmo ministrando droga excessiva, por culpa, não incidirá nesse art. 15 porque é

¹⁴ No crime de quadrilha o número mínimo é de quatro participantes (mais de três).

vedada a extensão analógica, pela aplicação do princípio da tipicidade, salvo se agindo essa pessoa em co-autoria com um sujeito apto ao crime próprio.

São alternativas as condutas de prescrever ou ministrar, a segunda sendo fato impunível se realizada pelo própria pessoa que havia receitado.

Pode acontecer a prescrição ou aplicação em quantia indubitavelmente maior que a necessária, aos fins terapêuticos. A dose excessiva é analisada tanto por quantia a ser tomada em momento específico (precisava 20g e recomendou 100g), como no total do tratamento (recomendável era 2 dias e prescreveu por 20 dias).

Igualmente pode dar-se o crime por ministrar ou receitar irregularmente a droga, seja porque o agente não tinha poderes para receitar, seja porque a droga não era autorizada ao consumo médico (por exemplo o LSD).

Fragoso (1981)¹⁵, alerta que a prescrição culposa fora dos casos indicados pela terapêutica não é abrangida pela Lei 6368, já que a irregularidade é ante lei ou regulamento e não frente a recomendações da técnica médica. Assim, discordamos de Greco Filho (op.cit.), que aceita o apenamento pela indicação terapêutica indevida, culposamente, desde que esclarecido que não é erro quanto à dosagem, mas quanto à droga escolhida, que não é indicada pelas recomendações médicas, nisso acordes com Fragoso.

A incriminação é apenas na forma culposa, porque se conscientemente o médico, por exemplo, ministra droga em quantidade muito maior que a recomendável, estará praticando o crime de tráfico, do art. 12.

2.1.6 CONSUMO DE DROGAS

O consumo de drogas é tratado pelas normas internacionais, e também em nosso ordenamento interno, como delito.

Será visto em capítulo próximo¹⁶, a origem normativa da incriminação e a discussão sobre a necessidade e efeitos do tratamento criminal ao viciado.

O art. 16 estabelece:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine

¹⁵ Heleno Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal, 1981, IV/261.

¹⁶ CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO

*dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.*

As condutas, contidas também no tráfico (art. 12), são de adquirir, guardar ou trazer consigo. A aquisição ocorre com a transferência da coisa, onerosa ou gratuitamente, e derivará obrigatoriamente da conduta de tráfico de terceiro (que vendeu ou forneceu). A guarda é a conservação da coisa para apanha oportuna pelo agente ou terceiro. Finalmente, trazer consigo é o porte, o transporte pessoal da droga, ainda que nas vestes ou em sacola.

Afora as três condutas acima, tecnicamente será impossível o consumo do art. 16, até mesmo pela impossibilidade da extensão analógica, para atingir outras condutas. Então, poderá dar-se o tráfico, como no exemplo antes citado do cultivo, ainda que a intenção seja de consumo próprio, embora exista divergência a respeito.

O tipo penal exige o fim específico de consumo próprio, indispensável ao crime do art. 16. Inexistindo tal intenção, será caso de tráfico.

Há discussão quanto à conduta de fumar ou consumir a droga, que embora não prevista expressamente é necessariamente precedida de trazer consigo, o que já teria consumado o crime. Se fuma, porém, droga que está na posse de outrem, não se enquadra o consumidor em qualquer das figuras do art. 16 (o terceiro pratica o crime de tráfico) e é indiferente penal.

Mesmo após o consumo e embora difícil então a prova, é punível pelo art. 16 o crime de aquisição preteritamente ocorrido e a eventual guarda, bem como o certo porte teriam ocorrido, este até o momento do consumo.

As condutas de guardar e trazer consigo são crimes permanentes, enquanto adquirir é crime instantâneo, que admite a tentativa.

O elemento subjetivo é exclusivamente o dolo, com o especial fim de agir *para uso próprio*.

Se o agente falsifica receita médica para adquirir tóxico ao consumo próprio, embora exista divergência, vale o princípio da consunção¹⁷, o crime final de

¹⁷ A consunção ocorre quando os crimes são etapas necessárias e imprescindíveis um do outro (o crime-meio para o crime-fim) e o bem jurídico de um compreende, engloba os dos demais (Machado, op.cit).

consumo absorvendo o crime meio de falsidade, como já sumulou o STJ quanto ao concurso de estelionato e falsidade¹⁸.

2.1.7 VIOLAÇÃO DE SIGILO

Como forma de garantir o sigilo processual nos crimes de tóxicos, o art. 26 prevê o sigilo das peças pertinentes à investigação policial. É norma excepcionante do princípio da publicidade, do art. 792 CPP, embora alguns autores defendam o sigilo genérico do inquérito policial¹⁹.

O sigilo poderá ser estendido para após a fase informativa do inquérito, para aplicar-se também ao processo penal, por decisão em concreto do julgador (parágrafo único do art. 26).

Havendo revelação de fatos ou documentos contidos em peças investigatórias de crimes de tóxicos, ou no decorrente processo declarado se sigiloso, incidirá o agente no crime do art. 17:

Art. 17. Violar de qualquer forma o sigilo de que trata o art. 26 desta lei:

Pena - Detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) meses, ou pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa, sem prejuízo das sanções administrativas a que estiver sujeito o infrator.

Concordamos com Delmanto (op.cit.) em que o objeto jurídico é não só a *saúde pública (em cujo interesse o sigilo é preservado), como atinge a administração pública*. Acrescentaríamos, a administração da justiça, que teve violado o sigilo em autos de sua responsabilidade.

Vamos de Greco Filho e Delmanto, porém, discordar, ao entender que a violação de sigilo pode ser cometida por qualquer pessoa que tenha acesso aos fatos ou documentos contidos no processo sigiloso. Embora devam os autos ser manuseados apenas pelos competentes funcionários, daí decorrendo a interpretação de crime próprio, de Delmanto (op.cit.), poderá acontecer de terceiro acabar vendo o

¹⁸ Súmula 17/STJ: Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

que consta desses autos (até por culpa do servidor, que não é apenada neste dispositivo) e divulgá-los, incorrendo assim na violação do sigilo. No sentido aqui exposto, entende Mena Barreto (1976).

Sendo a divulgação do segredo auxiliada por terceiro, funcionário público ou não, é reconhecida a ocorrência do delito, no mínimo por comunicação da elementar subjetiva.

O crime é de devassar, revelar o segredo do que dos autos consta. Também não concordamos em que o crime ocorre apenas ao devassar, já que a divulgação do segredo continua a ofender ao sigilo, que embora devassado continua sofrendo ataques pela maior divulgação. Assim, há o crime não só quando da violação inicial, como também pelos sucessivos atos de divulgação.

Por ser norma especial, o art. 17 absorve o art. 325 do CP.

2.1.8 CAUSAS DE ESPECIAL AUMENTO DE PENA

O art. 18 prevê hipóteses de majorantes:

Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

I. no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal;

II. quando o agente tiver praticado o crime prevalecendo-se de função pública relacionada com a repressão à criminalidade ou quando, muito embora não titular de função pública, tenha missão de guarda e vigilância;

III. se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação;

IV. se qualquer dos atos de preparação, execução ou consumação ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimentos de ensino ou hospitalar, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de estabelecimentos penais, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou do local.

¹⁹ Paulo Lúcio Nogueira, Curso Completo de Processo Penal, 1991, Saraiva.

São todos casos de majorantes, que fazem a pena aumentar para além dos limites legais do tipo básico, ou seja, o tráfico (apenado no máximo com 15 anos) passará a ser punido no máximo com 20 anos (1/3 de 15 anos é 5 anos, que soma-se aos antes possíveis 15 anos) a 30 anos (2/3 de 15 anos, que são outros 10 anos, adicionados aos 15 anos do tipo básico). A variação dentro dos limites do aumento, no caso do tráfico de 5 a 10 anos, deverá levar em consideração a dimensão da causa majorante e não repetir os argumentos do art. 59, já utilizados na fixação da pena-base (sob pena de incidir o mesmo fundamento ou fato em duas ocasiões diferentes da mesma dosagem da pena).

O primeiro inciso trata do tráfico internacional, objeto principal deste trabalho e que será adiante tratado com detalhes²⁰, e também abrange casos de extraterritorialidade da lei penal, ou seja de aplicação do direito penal brasileiro em fatos ocorridos no estrangeiro.

A extraterritorialidade é prevista no art. 7º do CP, no inciso II²¹, aplicando-se a lei brasileira aos crimes no estrangeiro ocorridos, em razão dos princípios da justiça universal (alínea *a*, dos crimes internacionais), da nacionalidade ou personalidade ativa (alínea *b*, quando o agente é brasileiro) e da representação (alínea *c*, embarcações como extensão do território brasileiro).

Há interesse de todos os países em punir determinados crimes, previstos em tratados internacionais (admitidos pelo Brasil), citando o Professor Machado (1987) que *a universalidade aplica-se aos crimes de genocídio, de pirataria, de danificação ou destruição de cabos submarinos, de comércio clandestino e tráfico de entorpecentes (Convenções: de Haia, 1912; Genebra, 1925, 1931 e 1936), tráfico de mulheres, difusão de publicações obscenas.*

Já o princípio da personalidade ativa *tem apoio no interesse do Brasil em punir o nacional que delinqüiu no estrangeiro segundo nossas leis, vedando a sua*

²⁰ Capítulos TRÁFICO COM O EXTERIOR, RITO DOS TÓXICOS e INTERESSE FEDERAL.

²¹ II - os crimes:

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
b) praticados por brasileiro;
c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

extradição (art. 77, III, da Lei n. 7.170, de 14.12.83; CF, art. 5º, LI), conforme Damásio (1994).

Finalmente, pela representação do Brasil no estrangeiro, verificada nas embarcações privadas no estrangeiro, tem o país interesse em punir os fatos ocorridos nessas embarcações, apenas supletivamente à jurisdição estrangeira.

Exige o § 2º do art. 7º condições para aplicação da extraterritorialidade²² e, quanto à competência, o art. 88 do CPP estipula a competência do *juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.*

O inciso II pune ao crime de tóxico, independente de ser tráfico ou consumo, com abuso da função pública relacionada à criminalidade (policiais, agentes penitenciários, e até mesmo Juiz e Promotor), ou função de guarda e vigilância, para alguns de drogas²³, para outros de criminosos²⁴. Acompanhamos a segunda corrente, já que a função de guarda ou vigia é assemelhada à função pública, de repressão à criminalidade, qualquer, e não especificamente de entorpecentes.

O inciso III, na sua primeira parte, embora dúbio, tem sido entendido como a tratar do concurso de pessoas no crime, em tipo especial pertinente ao art. 29 CP. Delmanto entende de forma diversa²⁵, não aceitando a aplicação como co-autoria e mencionando julgados a diferenciar em razão de ser *este aumento como reservado aos delitos efetivamente consumados, enquanto o art. 14 diz respeito à associação, só para futura prática criminosa*. No sentido por nós esposado, estão os tribunais superiores de nosso país:

A qualificação de que trata o inc. III, do art. 18 da Lei de Tóxicos, diferentemente, se dá quando a associação é eventual, decorrendo da reunião ocasional, sem que

²² § 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

²³ Delmanto (op.cit).

²⁴ Mena Barreto, Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos, p. 95, ed. 1976.

²⁵ Por outro lado, a referência a dever o crime decorrer de associação não permite equiparar a hipótese à simples co-autoria do art. 25 do CP [acrescentamos, que hoje seria o art. 29 CP].

haja uma quadrilha organizada previamente, em conluio de previsão duradoura.

(STF - HC - Rel. Min. Aldir Passarinho - RTJ 129/1.212 e JSTF-Lex 133/293).

O concurso de agentes no caso de tráfico de entorpecentes determina a incidência do art. 18, III, da Lei 6.368/76.

(STJ - REsp - Rel. Min. Costa Leite - RT 658/361 e RSTJ 6/467).

A segunda parte do inciso III apena ao crime de tóxico que visa a menores de 21 anos ou irresponsáveis, absoluta ou relativamente. São pessoas levadas ao tóxico que não possuem alguma ou nenhuma capacidade de discernir, de escolher pela negativa ao crime. Os incapazes são destinatários do crime, por exemplo pelo consumo, venda ou oferta, e não co-autores (nessa hipótese não se aplica a majorante). Há necessidade de que o agente tenha conhecimento da incapacidade, ao menos pelo dolo eventual.

Finalmente, o inciso IV pune mais gravemente os crimes de tóxicos praticados em locais de reuniões do público (entidades sociais, culturais, recreativas, esportiva ou beneficentes, recintos onde se realizam espetáculos ou diversões de qualquer natureza), de grupos específicos (locais de trabalho coletivo e estabelecimentos penais²⁶), de grupos estudantis (estabelecimento de ensino, sedes de entidades estudantis) ou enfermos (hospitais).

A intenção do legislador é aumentar a pena pelo maior potencial de risco que constitui o tóxico em concentrações de pessoas, pela curiosidade surgida e pela facilidade de cessão.

Concordamos com Mudrey Basan quando observa que há necessidade da reunião de pessoas, de forma que não incidirá a majorante na madrugada ou no recesso de férias de uma escola. De outro lado, discordamos de Delmanto (op.cit) quando destina essa causa especial de aumento de pena *só nas hipóteses de tráfico ou difusão, e não no caso do art. 16*, porque o potencial maior de risco acontece mesmo

²⁶ Decidiu o STF que “É de ter-se, pois, como configurada a referida causa de aumento de pena tanto se os crimes forem cometidos nas imediações, ou no interior de locais de trabalho coletivo, como se o forem nas imediações ou no interior de estabelecimentos penais”. (HC 74.184-SP, Rel. Octavio Gallotti, 10.09.96)

no consumo nesses locais públicos, pelas mesmas razões de curiosidade gerada e tendência (com maior facilidade) de repasse da droga.

2.2 TRATAMENTO DADO AOS CRIMINOSOS

Todos os tipos penais da Lei de Tóxicos, como acima transcrito, contém pena privativa de liberdade cumulada com pena pecuniária. É sistema que de um lado demonstra a gravidade dos crimes, já que utiliza das mais fortes sanções penais, e de outro aponta para benefícios patrimoniais com o crime de tóxico e a pertinente pena de multa.

Verdade é que nem todos delitos de tóxicos refletem a maior periculosidade do agente, como na aquisição por curiosidade de instrumento produtivo de drogas. Mas na individualização da pena poderá o julgador bem diferenciar as sanções daquelas condutas mais socialmente gravosas.

Na fixação das penas privativas de liberdade, segue-se o exato modelo das normas genéricas do Código Penal. Já a pena pecuniária, que também usa subsidiariamente a lei penal, tem a peculiaridade na lei de tóxicos do montante do dia-multa, que situa-se em limites de valores da moeda nacional, periodicamente atualizados (art. 38). Embora Silva Júnior (1993) entenda revogado o art. 38 pela nova parte geral do Código Penal (vigendo então o art. 49 CP), não é esse o caminho de grande parte dos julgados²⁷.

O detalhe curioso a analisar é no caso de dependência, de vício.

Prevê o art. 19:

Art. 19. É isento de pena o agente que, em razão de dependência, ou sob o efeito de substância

²⁷ A respeito do tema, deve ser examinado o capítulo QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO TRÁFICO, Subitem Pena Pecuniária:

"Habeas corpus". *Interpretação do artigo 60, PAR. 2., Do Código Penal.*

- O benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa não é cabível quando ha cominação cumulativa da pena privativa de liberdade com a pena de multa.

Ademais, a norma do artigo 60, PAR. 2. do Código Penal e regra geral que não se aplica a Lei 6.368/76, que e especial, porque esta dispõe diferentemente quanto a fixação da pena de multa por ela imposta, não permitindo, portanto, que as duas multas se cumulem pelo mesmo principio de valor do Código Penal. Incidência da parte final do artigo 12 desse Código.

"Habeas corpus" indeferido.

(HC 7045-RJ, T1, UN, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 25-02-94 PP-02592)

entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É tratamento da irresponsabilidade penal em moldes semelhantes aos hoje vigentes no art. 26 CP.

A dependência é admitida como causa da incapacidade em discernir ou determinar-se, da mesma forma que legislação penal comum trata a doença mental. É a aplicação da teoria moderna da inimputabilidade, onde devem coexistir a causa (incapacidade como doença) e o efeito, da impossibilidade de entender o crime ou de conduzir-se de acordo com esse entendimento.

Aceita também esse dispositivo, a incapacidade como decorrência do consumo da droga, mas apenas se ingerida por caso fortuito ou força maior (como ocorre na embriaguez da lei penal - art. 28 CP). Não faz a lei diferenciação quanto ao crime cometido, devendo assim ser aceita como possível a irresponsabilidade penal mesmo nos casos de tráfico, mediante verificação pelo Juiz das circunstâncias justificadoras da alegação de dependência²⁸.

No trato da semi-responsabilidade, ou seja, da parcial incapacidade de entender o crime ou conduzir-se (ainda há grau de discernimento, de capacidade de gerir-se), a Lei Antitóxicos determina a redução de pena, nos mesmos limites da semi-responsabilidade penal, embora não se admita quanto aos tóxicos a opção pela medida de segurança.

Se inimputável o autor do ilícito, aplica-se o art. 29 da Lei 6.368, com a absolvição e imposição de Medida de Segurança ao agente, que poderá ser em regime de internação ou extra-hospitalar (art. 10 da Lei 6.368), a critério do Juiz e conforme orientação clínica.

²⁸ HC 76.581-MG, rel. Octavio Gallotti, 18.8.98.

Afirma Delmanto (op.cit.) que a Medida de Segurança será aplicável apenas no caso de incapacidade por dependência, já que se a incapacidade decorrer da ingestão de droga por caso fortuito ou força maior, não há razão para apenar ao agente, que em nada contribuiu para o crime. Com razão o autor, e seu pensamento é conforme com a previsão geral do Código Penal.

Pela forma genérica do artigo, é ele incidente a todos os crimes da Lei de Tóxicos. Aliás, ainda que inexistisse previsão específica na legislação antitóxicos, seria aplicável a norma genérica de inimputabilidade do Código Penal.

As questões de liberdade provisória, do recurso dos traficantes e a execução da pena, têm agora restrições trazidas pela Lei de Crimes Hediondos e Lei dos Crimes de Tortura, com tratamento diferenciado e normalmente mais rigoroso, o que será examinado posteriormente nesta obra²⁹.

2.3 MECANISMOS DE CONTROLE

A Lei 6368 bem demonstra a gravidade dos delitos de tóxicos, ao dispor já em seu primeiro capítulo, no seu primeiro artigo, da responsabilidade social na prevenção e repressão das drogas: *Art. 1º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.*

Trata-se de dever sem imposição de pena, o que acaba por tornar a obrigação jurídica não imponível.

Prossegue a Lei, exigindo das pessoas jurídicas colaboração às solicitações, sob pena de perda dos auxílios e subvenções que recebam das diferentes esferas do poder público.

Também como forma de prevenção, o cultivo de plantas aptas ao preparo de entorpecentes é proibido no Brasil, salvo para fins terapêuticos e nesse caso mediante prévia autorização.

Estabelece o legislador, como forma de concentrar a prevenção e repressão aos entorpecentes, o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão (Decreto nº 85.110, de 02.09.80), através de órgãos estruturados pelo Executivo.

²⁹ Cap. TRÁFICO DE DROGAS E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Prevê, também, a participação dos dirigentes de escolas e hospitais na prevenção, determinando a integração no currículo acadêmico dos professores de conhecimentos científicos sobre as drogas, para retransmissão aos alunos nas disciplinas de ciências naturais. Trata-se de interessante medida de prevenção, que buscaria formação consciente dos riscos das drogas. Infelizmente é medida não concretizada na integração do currículo dos professores ou alunos, sendo alvo de esporádicas campanhas de iniciativa privada.

O art. 6º delega ao Ministério da Saúde a edição de normas de proibição, fiscalização e controle das drogas, podendo a fiscalização e controle serem delegadas aos demais entes da federação.

Há efetivamente necessidade de integração dos Estados e Municípios ao sistema de controle federal, instando a Lei à possibilidade de convênios, para a prevenção e repressão ao tráfico e consumo de drogas.

São essas normas controladoras de natureza mandamental, de ordem moral, e não preceitos penais, seja pela inexistência de tipos específicos, seja principalmente pela ausência de pena.

Cita Rocha (1988), que *ao par dos órgãos policiais e alfandegários, os principais órgãos da infra-estrutura governamental, que servem de base à prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso abusivo ou indevido de drogas psicotrópicas, são os seguintes: Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos, Produtos Dietéticos e Correlatos (DIMED), da Secretaria Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMF); Divisão Nacional de Educação em Saúde, da Secretaria Nacional de Ações Básicas de Saúde, todos do Ministério da Saúde; Conselho Federal de Entorpecentes (Confen), do Ministério da Justiça; e os Conselhos Estaduais de Entorpecentes (Conens).*

O Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e da Farmácia é encarregado de relacionar as substâncias entorpecentes ou capazes de causar dependência física ou psíquica, revendo essa relação periodicamente (art. 36). Essa obrigação é tão mais fundamental quanto se entenda constituir integração necessária à tipificação criminal dos tóxicos: ou se encontra no rol desse Serviço e constitui-se como droga que, se eficaz constitui o crime, ou não consta daquele rol e restará a conduta como atípica, já que substância ainda não taxada como entorpecente³⁰.

³⁰Já foi abordado neste Capítulo, ao seu início, a classificação dos tipos penais referentes a Tóxicos, como sendo norma penal em branco.

Na Polícia Federal, devem ser formados policiais especializados no setor de repressão aos entorpecentes (art. 44). Igual disposição deveria ser prevista para os integrantes da Polícia Civil, que realizam a atividade investigatória da grande parte dos crimes de tóxicos.

Já consumado o crime, prevê o capítulo II da Lei 6368 o tratamento médico dos dependentes, de obrigação ao Ministério da Previdência e Assistência Social, seja o tratamento interno ou ambulatorial, ou mesmo em estabelecimento hospitalar do sistema penitenciário. O tratamento do dependente é mais uma das grandes dificuldades do sistema de execução penal, no mais das vezes sendo ele colocado junto àqueles que cumprem Medida de Segurança, em Manicômio Judiciário.

Prevê a lei, também, o controle estatístico das atividades preventivas e dos processos de tóxicos, bem como o controle judicial da falência de firmas portadoras de entorpecente, e vendas em hasta pública desses materiais. É mais uma medida inteligente, que na prática eventual e raramente é concretizada.

Finalmente, o art. 43 recomenda a adoção de juízos especializados, de competência dos Estados ou Regiões Federais, até hoje não implantados.

De todo exposto, nota-se que não se implementou a intenção legal de integrar entes públicos e comunidade no controle das drogas, de especializar policiais e Juízos, de estruturar uma política antitóxicos, cientificamente embasada, e de tratamento médico como recuperação ao dependente. Se a União não cumpriu suas obrigações legais, como principal responsável pelo sistema repressivo das drogas, deve-se reconhecer que também todos os demais entes, órgãos e sociedade acomodaram-se com a mera exclusão do delinqüente (traficante ou dependente), sem a consciência do iminente perigo de novos e mais lesivos danos da estrutura organizada³¹ de tóxicos.

³¹ Ver-se-á no Cap. O TRÁFICO INTERNACIONAL COMO CRIME ORGANIZADO.

3 QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO TRÁFICO

3.1 O ALCANCE DO TERMO TRÁFICO

O termo “tráfico” vem contido na Lei 6368, que prevê expressamente sua ocorrência ao qualificar o crime de “tráfico com o exterior” (art. 18, I), que novamente é utilizado no art. 27 dessa mesma lei.

Não há porém, unicidade na compreensão da figura do tráfico.

A posição mais ampliadora é do Desembargador paulista Gomes (1982, p. 33), que explica:

Dai porque não se restringe a exegese apenas ao tráfico em seu sentido restrito, mas há de ser interpretado o vocábulo em seu sentido genérico, abrangendo até mesmo a idéia de consumo, mercado consumidor, usuários, pois o simples uso pode estar vinculado à oferta ou ao mercado internacional fornecedor.

A consequência final é correta: pode o consumo dar origem à verificação de tráfico com o exterior. Ocorre que então o consumo é indício da mercancia de entorpecentes, que deve sempre ser o efetivo objeto de verificação e característica tipificadora da figura qualificada. É o consumo consequência do tráfico, indício aproximativo deste, com o qual não se confunde. Não se pode, *permissa venia*, confundir o tráfico com seu efeito de consumo.

Prossegue Gomes (*supra*) alegando que a grande abrangência do termo tráfico foi já prevista pela Convenção de N.Y., de 1961¹. Na verdade a convenção apenas esclareceu que o tráfico abrange variadas formas de configuração (indo desde o cultivo, ao refino,

¹ Os crimes relacionados com tóxicos não se resumem a essa única modalidade: a de tráfico [...]. Basta ver o que diz a Convenção de N.Y., de 1961, que ao definir certos vocábulos disse-o: "Tráfico ilícito é o cultivo ou qualquer tráfico de entorpecentes que contrariem as disposições da presente Convenção" (Cláusula 1, letra l).

porte e alienação), sem pretender incluir o consumo, que é figura específica e distinta, tanto nos tratados internacionais como na legislação pátria².

Já Delmanto (1982, p. 44) restringe muito mais o tráfico ao afirmar que este somente *aplica-se às modalidades de importar ou exportar do art. 12, caput, e § 1º, I, da Lei de Tóxicos*³. É clara a delimitação ao tráfico por sua menção legal em tráfico com o exterior. Se é verdade que o tráfico com o exterior exige o alcance internacional da ação criminosa, de outro lado deve ser reconhecido que o tráfico poderá dar-se de variadas formas, que não apenas a introdução ou saída de drogas do país.

É por demais restritiva a interpretação de Delmanto. As condutas de importar ou exportar constituem tráfico, mas também todas as demais figuras do art. 12, inclusive em seus parágrafos, e crimes equiparados, igualmente constituem traficância.

O art. 12 da Lei 6338 não expressa a denominação tráfico, mas é tal dispositivo desde a elaboração conhecido como tal e nesse artigo é expressa a incidência mesmo *ao fornecer ainda que gratuitamente*⁴ a substância entorpecente.

A propósito, Rocha (1988, p. 139), Delegado de Polícia e Professor da Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo, confirma como traficante *quem é o sujeito ativo do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6368, de 1976, pode ser qualquer pessoa que pratique uma ou algumas das ações indicadas no dispositivo*.

Não deve prevalecer distinção de lucro onde a lei não previu, especialmente ante a possibilidade de excluir figuras igualmente gravosas. Quem aliena drogas por "intenção beneficente", merece a reprovação social e poderá até mesmo estar buscando gerar a dependência em novos usuários.

Greco Filho (1991, p. 125), por seu turno, tem posição intermediária quanto à amplitude do tráfico, embora também exigindo o lucro:

² Artigos 12 e 14 da Lei 6368/76

³ Matéria prima.

⁴ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O termo "tráfico" limita a aplicação da causa de aumento de pena às hipóteses dos arts. 12 e 13 da lei, quando estiver presente o comércio, excluindo-se os casos de fornecimento gratuito, ministração sem fim de lucro etc.

Concordamos com Greco Filho quanto aos artigos da Lei de Tóxicos atingidos pela figura de tráfico: os arts. 12 e 13. O art. 12 descreve condutas de traficância, ainda que preparatórias ou por assimilação, e constituem tráfico. O art. 13 trata da posse ou alienação de instrumento para o tráfico e como procedimento preparatório e unicamente tendente ao tráfico, com criminalização expressa, é atividade de traficância e como tráfico também deve ser considerado.

Acrescentamos, ainda, que embora a quadrilha não seja diretamente tráfico, é delito realizado para esse fim, merecendo o mesmo tratamento processual. Incoerente seria punir com a gravidade de crime hediondo ao traficante individual, excluindo o tráfico em quadrilha organizada, porque não seria tráfico.

As demais figuras criminais da Lei 6368 referem-se ao apenamento do usuário ou de ministração culposa que, como acima indicado, não possuem a intenção final de transferência, de alienação, e não constituem tráfico.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou ser o “tráfico, tipificado no art. 12, único daquele diploma a que se aplica a Lei dos Crimes Hediondos⁵”. Nesta decisão, contudo, a Corte Suprema restringiu até por demais o sentido do tráfico⁶, já que o maquinário de preparo do tóxico (art. 13) é figura equiparada ao tráfico, em objeto e risco social, o mesmo se sucedendo com a quadrilha para o tráfico (art. 14), que expressamente aplica-se na associação para os crimes dos arts. 12 e 13 – reiterando o sentido de equiparação. Mais, já alertamos para a impropriedade da aplicação dos gravames de crime hediondo ao tráfico, deixando porém de lado a associação para esse fim, potencialmente mais perigosa pela organização criminosa para a prática do tráfico.

É forte o argumento de Miguel Reale Jr.⁷, quando afirma ser necessária a interpretação restritiva das figuras criminais, porque limitadoras dos direitos fundamentais, contudo entendemos que a conduta de tráfico da Lei nº 6.368 abrange todas as condutas de

⁵ HC 0077489/98-SP, 1ª T., UN, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, DJ 19-06-98 P 02.

⁶ Excluindo expressamente a aplicação ao art. 14 da Lei nº 6.368.

⁷ Citado por Alberto Zacharias Toron. R. CEJ, Brasília, n.7, p. 32 a 39, jan./abr. 1999

seu art. 12 e figuras equiparadas, cabendo então na aplicação da Lei de Crimes Hediondos manter o entendimento de que aplica-se ela a todas as condutas trazidas pela lei como de traficância. Havendo lei específica – de tóxicos – capaz de gerar interpretação jurídica sobre a categoria de tráfico, não deve a mera menção em lei diversa permitir criação de diferente sentido, por mera interpretação léxica.

Assim, insistimos em discordar do afastamento das transações gratuitas. A noção etimológica de comércio não se coaduna com a tipologia criminal, onde quaisquer das condutas do art. 12 da Lei nº 6.368 geram a reprovação social grave de traficância. Havendo a transação, a transferência consciente da droga, existirá o tráfico, independente de lucro, que não é exigido pela Lei ou pelas normas internacionais. O tráfico está vinculado à intenção de transferência da droga e não ao comércio lucrativo. Qualquer transferência, alienação, é tráfico, ainda que gratuita.

Desta forma, concluímos que o termo tráfico, inclusive para efeito de internacionalidade, é qualquer das condutas da modalidade básica do art. 12, com as figuras assemelhadas dos seus parágrafos, mais o trato com instrumentos para esse tráfico (art. 13), ainda que realizadas essas atividades sem qualquer finalidade lucrativa. Volta-se a frisar, a ausência de lucro pode indicar não a menor periculosidade, mas até a maior premeditação de lucros futuros.

3.2 DOLO DE MERCANCIA

É muito discutida a exigência ou não da finalidade comercial para caracterização do tráfico de entorpecentes.

Já adiantamos a questão ao tratar do estudo do art. 12 da Lei 6368⁸. Há controvérsias sobre o enquadramento por tráfico de quem não tenha habitualidade na transação, ou não tenha intenção de lucro, ou mesmo não pretendendo (sequer por uma vez) transferir a droga a terceiro, ou sequer fazer com que seja a droga em algum momento consumida.

⁸ Capítulo 2 A LEI ANTITÓXICOS, Crimes Tipificados.

São todas situações realmente diferentes da figura tradicional do traficante, que efetivamente age habitualmente, com intenção de lucro, na transferência de droga para consumo final de terceiros.

Ocorre que a lei pretendeu, no art. 12 punir pelo tráfico não só ao típico traficante, mas a qualquer pessoa que realize as condutas nela descritas, bastando o dolo de realizar alguma dessas condutas e independente da vontade de comerciar tóxico para consumo.

Tanto é assim, que ao ser tipificado o consumo, no art. 16, o legislador não repetiu o extenso rol de condutas do art. 12 e elegeu apenas três, essenciais ao uso e menos potencialmente perigosas (adquirir, guardar e trazer consigo). Assim, se importa ou exporta, mesmo que para consumo próprio, evidente ficou a intenção da lei em apenar o agente não pela pena do consumo e sim pela pena do tráfico, pelo maior perigo à coletividade e demonstração de periculosidade que demonstra quem traz de outro país a droga a ser consumida. Por tal, independe para a configuração do tráfico, o ânimo de consumo próprio.

Pelo mesmo caminho verifica-se como irrelevante a intenção final de consumo. Pode o agente cultivar a planta entorpecente por curiosidade, sem jamais pretender consumi-la ou propiciar a outrem o uso. Ainda assim restará comprovado o tráfico, porque havia dolo de plantar o entorpecente, sem autorização legal e isto basta ao tráfico.

Da mesma forma, não exigiu o legislador que para o tráfico tivesse o agente agido com habitualidade. As condutas do art. 12 ou são crimes permanentes, ou consumam-se instantaneamente, de todo modo estando configurado o crime no primeiro momento de realização da conduta, por exemplo quando vende. Em novas vendas, novos serão os crimes, no máximo admitindo-se uma continuidade delitiva. Pelo exposto, desde a primeira venda já estará consumado o tráfico.

A intenção daqueles que exigem a habitualidade era retirar o gravoso tratamento aos que ocasionalmente (ou até em uma única ocasião) cederam droga a amigos. Já antes mencionamos que ao Juiz então caberá apenas diferenciar o tratamento entre o típico traficante e aquele fornecedor ocasional dentro da dosagem da pena do art. 59 CP.

Concordamos que melhor seria a criação de tipo penal específico para a figura tradicional de tráfico, ao lado de outro artigo que configurasse condutas potencialmente mais ofensivas que o consumo, mas por quem traficante não fosse. Da forma em que está a

Lei 6368, porém, basta a realização consciente de qualquer das condutas do art. 12 (salvo as três previstas pelo art. 16, com finalidade de consumo), para que se configure o tráfico.

Quanto à intenção de lucro, é ela típica do comércio, da mercancia, mas também não exigida pela lei, que neste aspecto não deixou quaisquer dúvidas: *fornecer ainda que gratuitamente*. É a situação já mencionada do amigo que cede ocasionalmente droga a seus companheiros; é traficante, para os efeitos do art. 12.

Finalmente, a intenção de transferência da droga também é irrelevante. Pode, por exemplo, ser condenado o professor de ciências que mantenha consigo maconha para que alunos tenham conhecimento da droga e talvez até para que saibam dos seus perigos. Somente por guardar a maconha (confessadamente não destinado ao uso próprio e assim não configurando o art. 16), já cometeu esse professor o crime de tráfico. Vemos então como clara a disposição legal: é punido o risco à coletividade que representa a maconha guardada, que poderá ser consumida contra a vontade do professor e até gerar crimes para sua obtenção; ademais, ao Estado cabia decidir se era recomendável a exposição a alunos da maconha e, se isso decidisse, poderia conceder ao mestre autorização para a guarda e exposição em aula. O professor, no exemplo, realmente afetava a ordem e saúde públicas e certamente sabia do risco que era manter sob guarda um entorpecente.

Do exposto, reiteramos que melhor seria a separação em tipo penal exclusivo para a figura do traficante (com intenção mercantil) e outro para os comportamentos socialmente perigosos pelo contato com tóxicos, este com pena menor.

Dentro do sistema legal atual, porém, o tráfico do art. 12 exige apenas consciência e vontade de realizar alguma das condutas tipificadas, independente de um dolo específico quanto à finalidade dessas condutas.

3.3 QUADRILHA E CONCURSO DE PESSOAS

Também já analisamos essa questão quando do estudo do crime de tráfico⁹.

É o confronto entre os artigos 14 e 18, III:

⁹ Capítulo 2 A LEI ANTITÓXICOS, Crimes Tipificados.

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta lei:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

...

III. se qualquer deles decorrer de associação ...

Vemos que a associação é indicada nos dois dispositivos legais e evidentemente não pode um fato (associação) gera *bis in idem*, dando origem a dois apenamentos penais.

O art. 14 é crime específico pela associação, que muito se assemelha ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 CP), que prevê *associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.*

O núcleo associarem-se implica na reunião com estabilidade, com permanência, portanto para a prática de vários crimes.

Daí considerar-se incabível no art. 14 o elemento *reiteradamente ou não*, porque a reunião para sabidamente um único crime não é associação. A permanência, a estabilidade, exige intenção da prática de crimes vários, ainda que de fato não venham a concretizar-se esses crimes.

A diferença é que a associação da Lei 6368 é específica para crimes de tráfico e exige a reunião de apenas duas pessoas, enquanto para o crime genérico de quadrilha devem estar presentes quatro pessoas.

Por ser norma especial, em associação com o crime de tráfico consumado, os agentes são punidos pelo crime de associação do art. 14 (e não pelo crime genérico de quadrilha do art. 288 CP), mais o crime de tráfico, em concurso material.

Definido o tipo penal da associação, no art. 14, fica a indagação quanto à associação como causa de aumento de pena do art. 18, III.

Evidente, pela impossibilidade do *bis in idem*, que sejam as pena de tóxicos aumentadas pela associação já motivadora do apenamento pelo art. 14.

Assim, tem prevalecido o entendimento que a associação do art. 18, III é aquela eventual, ocasional, para a prática de crime isolado, no que diferente da efetiva associação, estável, do art. 14. A consequência é de que o art. 18, III, implica em apenamento pela reu-

nião de pessoas para a prática de um crime, ou seja, pune o concurso de pessoas, em tipo especial pertinente ao art. 29 CP.

Delmanto (op.cit.) entende que *a referência a dever o crime decorrer de associação não permite equiparar a hipótese à simples co-autoria do art. 25 do CP, hoje o art. 29 CP*. Acrescenta então julgados que estabelecem como diferença ser *este aumento como reservado aos delitos efetivamente consumados, enquanto o art. 14 diz respeito à associação, só para futura prática criminosa*.

Não concordamos com o citado mestre. O tipo penal do art. 14 (quadrilha para o tráfico) é de todo semelhante ao do art. 288 CP (quadrilha ou bando) e este aplica-se independente da consumação ou não do crime ideado. Não pode a consumação, pois, ser o fator diferenciador. Nesse sentido inclusive posiciona-se o Supremo Tribunal Federal¹⁰.

Verdade é que não poderia a mera reunião de pessoas caracterizar a associação mencionada pelo art.18, III. Para conciliar os dispositivos legais da quadrilha para o tráfico e da “associação”, parece-nos adequada uma interpretação que preserve a vigência de ambos, admitindo então que o art. 18, III aplica-se apenas aos casos de reunião voluntária e ocasional de pessoas para os crimes de tráfico, configurando um concurso de pessoas previsto em norma especial; já a reunião de pessoas com finalidade de permanência delituosa caracteriza a quadrilha para o tráfico.

No sentido por nós esposado, estão os tribunais superiores de nosso país:

A qualificação de que trata o inc. III, do art. 18 da Lei de Tóxicos, diferentemente, se dá quando a associação é eventual, decorrendo da reunião ocasional, sem que haja uma quadrilha organizada previamente, em conluio de previsão duradoura.

(STF - HC - Rel. Min. Aldir Passarinho - RTJ 129/1.212 e JSTF-Lex 133/293).

O concurso de agentes no caso de tráfico de entorpecentes determina a incidência do art. 18, III, da Lei 6.368/76.

(STJ - REsp - Rel. Min. Costa Leite - RT 658/361 e RSTJ 6/467).

¹⁰ “LEI DE TOXICOS, ARTS. 12 E 14. CRIMES AUTONOMOS. CONCURSO MATERIAL. SERIA ILOGICO QUE, ORGANIZADO O BANDO PARA PRATICAR CRIMES, DEIXASSE DE SER PUNIDO EXATAMENTE PORQUE REALIZOU OS OBJETIVOS PARA QUE FOI CONSTITUIDO. HC INDEFERIDO.”
(HC Nº: 63611, 2ª T., UN, Rel. CORDEIRO GUERRA, DJ 11-04-86 PG-05393)

Novidade aconteceu com a Lei de Crimes Hediondos, cujo art. 8º prevê o crime de quadrilha para crimes hediondos¹¹, análogo (embora com diferença no número maior de participantes e na pena menor) ao correspondente crime de associação, específico da Lei de Tóxicos.

A matéria será melhor discutida no Capítulo TRÁFICO DE DROGAS E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS, mas vale desde logo estabelecer que veio o Supremo Tribunal Federal a pacificar jurisprudencialmente a questão, entendendo ser cabível uma interpretação corretiva, mantendo aplicáveis ambas as normas legais¹². A conduta delituosa permanece como descrita no art. 14 da Lei nº 6.368/76, mas a pena aplicável foi alterada pela Lei nº 8.072/90:

Com efeito, atendendo-se a que o artigo 8º da Lei nº 8.072/90 se dirige à pena e a que o artigo 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como em vigor o tipo delituoso previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação ab-rogante - que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciliabilidade absoluta - será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade.
(HC Nº: 68793/RJ, 1ª T., Maioria, Rel. p/ ac. MOREIRA ALVES, DJ 27-06-97 PP-30287)

¹¹ Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

¹² PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ASSOCIACAO PARA O TRAFICO DE ENTORPECENTES. Lei 6.368/76, art. 14. Lei 8.072/90, art. 8º.
I. - Tratando-se de associação para o tráfico de drogas, prevalece a tipificação do art. 14 da Lei 6.368/76, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas, tipifica o delito do art. 14 da Lei 6.368/76. A pena a ser aplicada será a prevista no art. 8º da Lei 8.072/90, isto é, reclusão de três a seis anos. Precedentes do STF.
II- A absolvição de um dos réus do crime de associação para a pratica do trafico de drogas não modifica a situação dos outros dois réus, que também haviam sido condenados como incurso no art. 14 da Lei 6.368/76.
III. H.C. indeferido.
(HC Nº: 73119-SP, T2, UN, Rel. CARLOS VELLOSO, DJ 19-04-96 PP-12215)

3.4 PENA PECUNIÁRIA

A Lei 6368 prevê em todos seus crimes a pena cumulativa de multa.

Adotando o Código Penal subsidiariamente, a Lei 6368 tem a aplicação das penas conforme previsão da parte geral desse Código.

Todavia, a pena pecuniária na lei de tóxicos teve o valor do dia-multa estipulado em moeda nacional, mediante atualialização periódica por específico coeficiente (art. 38):

Art. 38. A pena de multa consiste no pagamento, ao Tesouro Nacional, de uma soma em dinheiro que é fixada em dias-multa.

§ 1º O montante do dia-multa será fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, entre o mínimo de Cr\$ 25 (vinte e cinco cruzeiros) e o máximo de Cr\$ 250 (duzentos e cinquenta cruzeiros).

§ 2º Aos valores estabelecidos no parágrafo anterior, aplicar-se-á o coeficiente de atualização monetária referido no parágrafo único do art. 2º, da Lei n. 6.205, de 29 de abril de 1975.

§ 3º A pena pecuniária terá como referência os valores do dia-multa que vigorarem à época do fato.

É norma semelhante à posteriormente adotada na reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984), o que já vimos ter ocorrido em muitos aspectos: a reforma do CP adotando normas contidas na Lei de Tóxicos, de 1976, muito mais recente que o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e mais próxima do momento de elaboração dessa reforma.

Assim, foi adotado pelo Código Penal o sistema de dias-multa (já imaginado pelo CP de 1969, que não entrou em vigor), que compreende a definição do valor do dia-multa (pela data do crime) e do número de dias-multa. Diversamente, porém, o art. 49 CP previu limites ao número de dias- multa (de 10 a 360) e indicou como parâmetro do dia-multa o salário mínimo (de um trigésimo ao quántuplo do salário mínimo)¹³.

¹³ Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa. § 1º O valor do dia-multa será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário.

§ 2º O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Com a edição da Lei 7.209/84, Silva Júnior (1993) entende tenha sido revogado o art. 38:

Anteriormente à vigência da Lei 7.209/84 (PGCP), o critério de cálculo para o dia-multa é o previsto no art. 38 da Lei 6.368/76. A partir de 12.1.85 - data em que entrou em vigor a Lei 7.209/84 - entendemos que o valor do dia-multa haverá de observar a norma expressa no art. 49 e seus parágrafos. A razão de a lei especial conter normas de direito substantivo é, precisamente, sua ausência na parte geral do Código. Na conformidade do art. 12 (Lei 7.209/84), a norma geral se sobrepõe à da lei especial, pois, se outra a conclusão, emergiriam situações de clara injustiça. Uma simples transgressão do art. 16, v.g., em confronto com outra de natureza patrimonial (furto, estelionato), mereceria sanção pecuniária mais severa, segundo os parâmetros do art. 38, do que o tratamento do preceito do Código Penal, calcado no art. 49. Com o advento do novo sistema monetário brasileiro (Decretos 2.283, 27.2.86 e 2.284, 10.3.86), a correção que alude o § 2º do art. 49 foi extinta. Sem essa atualização, a partir de 28.2.86, fica evidenciado que o critério da Lei 7.209/84 é mais benigno e, por favorecer o agente, tem aplicação de acordo com o parágrafo único do art. 2º. Inexistiria, portanto, qualquer dúvida de que prevalece a norma do art. 49 (sem a atualização de seu parágrafo segundo) a partir de 28.2.86. Pensamos que esse novo argumento mais reforçaria nosso ponto de vista de, já, a partir de 12.1.85, o novo ordenamento penal imperar sobre a norma da lex specialis. Esse nosso entendimento não é adotado pela quase totalidade dos arestos estampados (v. § 1º e infra), mormente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, havendo decisões expressas quanto à intangibilidade do § 2º do art. 38 da Lei 6.368/76.

Como reconhece o próprio autor acima mencionado, não tem sido acolhida sua posição nos tribunais pátrios¹⁴.

¹⁴"Habeas corpus". Interpretacao do artigo 60, PAR. 2., Do Código Penal.

- O benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa ano e cabível quando ha cominação cumulativa da pena privativa de liberdade com a pena de multa. Ademais, a norma do artigo 60, PAR. 2. do Código Penal e regra geral que não se aplica a Lei 6.368/76, que e especial, porque esta dispõe diferentemente quanto a fixação da pena de multa por ela imposta, ano permitindo, portanto, que as duas multas se cumulem pelo mesmo principio de valor do Código Penal. Incidência da parte final do artigo 12 desse Código.

"Habeas corpus" indeferido.
(HC 7045-RJ, T1, UN, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 25-02-94 PP-02592)

A discussão é oriunda do art. 12 CP, de que *as regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*. Ocorre que quanto ao valor do dia-multa e correção, a Lei 6368 prevê procedimento diverso e assim nesse aspecto não se aplica a reforma do código penal.

Nesse sentido, posiciona-se Delmanto (1991): *Como a Lei nº 7.209/84, em seu art. 2º, tão só cancelou as "referências a valores de multas", as demais penas pecuniárias, expressas em salário mínimo (como na Lei de Imprensa) ou em dias-multa (como na Lei de Tóxicos) permanecem inalteradas*.

Entendemos ser esta a melhor orientação, adotada inclusive majoritariamente na jurisprudência, como bem fixou o extinto TRF:

Penal - Tóxicos - Multa - Cálculo do dia-multa pelos critérios da nova Parte Geral do Código Penal, que, segundo o juízo, teria alterado a Lei de Tóxicos, no particular - Impossibilidade ante os termos do art. 12 da Nova Parte Geral, reforçado pelo art. 2º da Lei 7.209/84 -

"O princípio da legalidade ou da reserva legal, que se desdobrou em várias exigências, dentre as quais a da lei escrita e da lei certa, obsta, no caso, o emprego da interpretação analógica ou extensiva, para fundamentar pena mais grave do que a prevista na lei especial (TFR, Bim. 125/8)"

TJRS - AC 687066977 - Rel. João Ricardo Vinhas - RJTJRS 127/117 e 129/154).

Dessa forma, continuam em vigor os valores de dia-multa previstos no art. 38 CP, na quantidade de dias tratadas diretamente nos crimes de tóxicos e mediante atualização periódica por coeficiente estabelecido em decreto presidencial.

4 PROPOSTAS DE AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO CONSUMIDOR

4.1 A LIBERAÇÃO DA MACONHA

Interessante é o debate sobre a criminalização da conduta de consumo de entorpecentes.

Em diversos países se levantam bandeiras para que seja o usuário da droga no máximo merecedor de tratamento médico, jamais sendo por tal ato levado à pena privativa de liberdade.

Na Colômbia, por exemplo, mesmo sendo um país gravemente afetado pelo narcotráfico, a Corte Constitucional declarou constitucional a norma que estabeleceu quantidade de droga mínima para ser apenada a conduta¹, como forma de distinguir o tráfico do consumo, este ato lícito do exercício do desenvolvimento da personalidade e aquele sendo crime. A quantidade prevista no Art. 2º do *Estatuto Nacional de Estupefacientes*, é de 20 gramas de maconha, 5 gramas de *marihuana hachis*, 1 grama de cocaína e 2 gramas de *metacualona*².

Sociologicamente a discussão leva em consideração o efetivo uso por numerosa população, de desvalidos psicológica e socialmente, de forma que o tratamento como crime além de iníquo (pune a quem é vítima do fenômeno social e o expõe a novas degradações pela prisão), é inútil, pois o usuário não deixará o vício pela repressão aos efeitos da desvalia.

¹ Esa tensión en las relaciones, es la que enmarca el contexto concreto dentro del cual, el día 5 del mes de mayo de 1994, se produjo una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se descriminaliza el consumo mínimo personal de drogas concebidas como estupefacientes.

² Em Amsterdã (Holanda), “Depois de uma experiência de mais de 20 anos, que irritou países vizinhos e transformou Amsterdã numa meca para jovens europeus, a Holanda está pronta para rever a política reguladora de drogas mais liberal do mundo... A mensagem do governo pretende fechar os “coffee shops”, porém devem continuar a permitir que os viciados em maconha possam manter um pequeno número de plantas para uso próprio”. (Notícias Internacionais, Informativo Ajufe, novembro, p. 19)

A nível psicológico também existem posições de que o usuário busca no entorpecente novidades, estímulos ou compensações. A prisão não retira as causas da busca ao entorpecente e pode até incrementar a necessidade dessa "fuga". Explica Greco Filho (op.cit.), que *nasce a toxicomania de um conflito psicológico não resolvido de inadaptação social [...] A manutenção dessa situação leva a três saídas autopunitivas, isoladas ou concomitantes: a prática de delitos para o desafogo da neurose, o uso de tóxicos ou toxicofilia, e a automortificação pelo padecimento de doença psicossomática.*

Em termos médicos, o usuário passa a depender física ou mentalmente da droga, chegando a sofrer crises pela abstinência. A prisão não trata ao viciado, que é espécie de doente.

Mesmo a criminologia não se encontra certa da correção do tratamento prisional ao viciado, pelo ataque ao efeito toxicológico, pelos malefícios da convivência prisional do viciado com delinqüentes socialmente perigosos e pela reduzida eficácia na diminuição da rede de tráfico.

O Professor Albergaria (op.cit.) chega a citar:

Segundo NOYES E KOLB, há um injustificado alarme em relação aos viciados na maconha. Não origina dependência biológica nem sintomas de abstinência, e o abuso da droga pode suspender-se sem grande dificuldade. Não produz degradação física, mental ou moral.

Em todos os argumentos contrários à criminalização, persiste a noção básica de que a prisão é ataque infrutífero a meros efeitos, sociais ou psíquicos.

Os argumentos reúnem-se na idéia principal de que o usuário é um doente (portador de dependência) e como tal deve ser tratado, atacando-se a causa e não o fenômeno vício resultante.

Juridicamente, os críticos do tratamento criminal ao usuário alegam que na verdade é o próprio usuário o atingido pelo consumo da droga e não a saúde pública, a coletividade (como pretende nosso legislador pátrio, mesmo pelo posicionamento do Código Penal), não se podendo apenar assim a própria vítima. Jurisprudencialmente, é pacífica a constitucionalidade do apenamento da conduta de consumo de drogas³.

³ Por exemplo, Parecer Ministerial na Acrim. 15.673 - 2ª T., TJDF:

A Professora Titular de Direito Penal da Universidade de Málaga, Copello (1995)⁴, afirma que:

Ninguém sabe melhor do que os próprios ostentadores dos mecanismos repressivos que a intervenção penal não está dando resultados. A persecução segue centrada, na prática, nos pequenos traficantes ou consumidores e nas drogas menos perigosas. As grandes organizações, salvo um ou outro embate, seguem intactas.

[...]

A alternativa é clara. As chamadas drogas ilícitas devem receber um tratamento normalizado, semelhante ao que se aplica a outras substâncias perigosas que circulam em nossas sociedades. A tarefa fundamental, como sucede com o álcool, o tabaco e certos medicamentos, deve centrar-se na prevenção de seu consumo abusivo.

[...]

Trata-se, em definitivo, de uma opção em favor da prevenção que, respeitando os espaços de liberdade que correspondem a todo cidadão adulto e consciente de seus atos

[...]

A via repressiva não faz mais do que incrementar a rentabilidade do grande negócio da droga.

Em sentido contrário, Greco Filho (op.cit) entende que *a lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de usar [...] A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa.*

O Professor Dotti (1980) ensina que *a ineficiência do poder punitivo estatal em não impor as medidas correspondentes às infrações penais e também o afrouxamento do sistema que muitas vezes não busca promover condignamente o ideal de equilíbrio entre a ofensa e a resposta, não constituem obstáculos ao reconhecimento de que a pena é essencialmente aflitiva e, como consequência, intimidativa.*

“Constitucionalidade do art. 16 da Lei dos Tóxicos.

...

3. É relativa a autonomia do cidadão, podendo ser editada lei restritiva de sua liberdade, desde que observados certos princípios (necessidade, adequação, proporcionalidade e respeito ao núcleo essencial da liberdade fundamental”.

⁴ Drogas: O Modelo Repressivo é Inútil.

No Brasil, diversos Projetos de Lei buscaram a liberação da maconha (*canabis sativa*) ou ao menos a redução de pena ao consumidor⁵.

O próprio Ministério da Saúde, conforme o Jornal Gazeta do Povo⁶, pretende o uso da maconha para fins medicinais. Quanto ao uso terapêutico dos entorpecentes (náuseas e vômitos, especialmente no tratamento de câncer), não há obstáculo legal, inclusive admitindo as normações internacionais que isso seja delimitado pelos países signatários. Basta que seja regulamentado o uso médico e observado o controle da droga para evitar o uso indevido como alucinógeno.⁷

Com projeto de lei ainda mais abrangente, conforme noticiou a Gazeta do Povo (op.cit.), o Deputado Federal Romeu Tuma irá *apresentar projeto de lei que pretende livrar o usuário de drogas das penas de cadeia. Trata-se de atentado contra a saúde do próprio cidadão, com possibilidade de reflexos na vida de terceiros* (parte final em negrito como comentário da redação do jornal).

Embora a questão seja discutida pelos meios de comunicação, por partidos políticos, organismos governamentais e não integrantes da estrutura estatal, e até mesmo pelo Judiciário⁸, inexistem pesquisas suficientemente abrangentes a demonstrar consenso popular em qualquer sentido.

Juridicamente o país possui relativa autonomia interna, já que pelos acordos internacionais obrigou-se o Brasil a não só controlar, mas a reprimir mesmo o consumo de entorpecentes.

A Convenção Única trata a mera posse como delito (art. 36). Não concordamos com Greco filho (op.cit.), quando diferencia na Convenção Única a posse da posse ilícita, como se permitida a posse para consumo. Na verdade a Convenção é clara ao mencionar como delito a posse de entorpecente, o que somente deixará de ocorrer se a posse for lícita; não porque para o consumo (que é justamente a posse ilícita), mas porque para fins terapêuticos ou industriais (fabricação de roupas, sapatos ...).

⁵ Vide subitem Projetos Legislativos que Alteram a Responsabilidade Criminal do Consumidor.

⁶ Gazeta do Povo, 4ª página, dia 24.07.95

⁷ Há Projeto de Lei no Senado Federal, nº 32/97, de autoria do Senador Osmar Dias, para regular "SOBRE O TRATAMENTO MEDICAMENTOSO DA DOR EM PACIENTES PORTADORES DE NEOPLASIAS COMPROVADAS, POR MEIO DE ENTORPECENTES, E DA OUTRAS PROVIDÊNCIAS".

O que admite a Convenção, é a substituição da condenação ou punição, pela medida de segurança.

Note-se que a Convenção Única admitiu apenas diminutas reservas pelos signatários, especificamente quanto ao consumo de maconha e ópio, somente no caso de ser prática tradicional no país e para aqueles registrados perante a autoridade, pelo período máximo de 25 anos⁹.

É de ser lembrado que também o Acordo Sul-americano, do qual o Brasil é também signatário, previu a aplicação de *medida de segurança curativa ou reeducativa [...] impondo esta antes ou depois de cumprida a pena restritiva de liberdade, ou ambas simultaneamente* (Alínea b, do item 4, do Capítulo I, do Primeiro Protocolo Adicional).

Assim, para liberar o consumo de alguns ou de todos entorpecentes, necessitará o Brasil denunciar diversos acordos internacionais, que prevêm a repressão criminal à posse ilícita de entorpecentes, ou negociar reservas específicas.

Particularmente, entendemos que o interesse social na repressão ao tráfico de entorpecentes exige o tratamento criminal do usuário.

A descriminalização do consumo não gera necessariamente a redução do tráfico. Aos argumentos de que a droga será fornecida pelo Estado, com padrões de segurança controlados, contrapõem-se os argumentos de que maior quantidade de pessoas virá a experimentar o lícito consumo, de que o uso liberado tenderá a fazer crescer a quantidade de droga necessária à satisfação pessoal ou a fazer a procura por novas drogas. Como o Estado certamente não fornecerá quantidade ilimitada de entorpecentes, nem os compostos alucinógenos mais danosos, permanecerá existindo o tráfico de entorpecentes, talvez até a um público maior de consumidores.

Por outro lado, o consumidor incentiva e mantém a delinqüência toxicológica, assim como o receptor incentiva a ocorrência dos crimes contra o patrimônio, devendo não obstante ser ele tratado com penas restritivas de direitos ou pecuniárias, evitando o desnecessário e degenerante convívio recluso com outros presos, salvo caso de reiteração consciente no crime.

Não se pode comparar a droga com o álcool ou tabaco, porque estas substâncias não estão entre aquelas de consumo proibido, embora comprovadamente de algum potenci-

⁸ Informativo do CEJ, Ano III, n° 2, Abr/Mai/Jun 1995.

⁹ Artigo 49, § 1º, combinado com o artigo 50, § 1º.

al danoso ao homem. O fabricante de bebidas ou cigarros não pratica crime; o traficante sim.

O tratamento médico deverá permanecer sendo imposto, já que então o autor age por compulsão. Não se pode considerar que inexista dolo, pois o dependente permanece consciente do crime e em regra é capaz de determinar-se. Podem ocorrer situações, incomuns, em que o agente perca a capacidade de autodeterminação pelo uso e necessidade sucessiva de novo consumo de drogas; será caso então, de inimputabilidade.

De todo modo, é plenamente salutar que a dependência mereça o tratamento de recuperação, independente do crime praticado (tráfico ou consumo), se necessário aliando-se outras modalidades de pena.

O Brasil deve manter-se no caminho orientado pelas normações internacionais, incriminando o consumo de entorpecentes, mesmo da maconha, mas fornecendo o tratamento médico aos viciados, que merecem penas diversas da privação da liberdade, ao par do necessário combate às causas sociais do vício.

4.2 PROJETOS LEGISLATIVOS QUE ALTERAM A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO CONSUMIDOR

A discussão sobre o tratamento ao dependente de tóxicos tem gerado inclusive reiterados projetos de lei para atenuação da responsabilidade criminal do usuário.

Houveram projetos de lei para excluir a figura criminal do consumo, outros atenuando-lhe a sanção penal e terceiros ainda mantendo o tratamento criminal mas melhorando as condições de sua recuperação, inclusive até com o fornecimento estatal dos entorpecentes durante esse período.

Pela descriminalização, propôs o Senador Francisco Rollemberg, como exemplo, em sucessivos Projetos de Lei, que o usuário de drogas não é criminoso, devendo ser tratado como doente e assim recebendo medidas médicas para sua recuperação psicossocial.¹⁰

¹⁰ PLS 00070/1988, AUTOR SENADOR : FRANCISCO ROLLEMBERG PMDB SE EMEN- TA ACRESCENTA ARTIGO AO CAPITULO II - 'DO TRATAMENTO E DA RECUPERAÇÃO' DA LEI 6368 DE 1976, QUE 'DISPÕE SOBRE MEDIDAS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO TRAFICO ILICITO E USO INDEVIDO DE SUBSTANCIAS ENTORPECENTES OU QUE DETERMINEM DEPENDENCIA FISICA OU PSIQUICA', SUPRIMINDO-LHE O ARTIGO 16, DO CAPITULO III - ' DOS CRIMES E DAS PENAS', DISCRIMINANDO O USUARIO DE DROGAS DEPENDENCIANTES

Outros projetos existiram em sentido mais restrito, como do Deputado Federal Fernando Gabeira, que ao invés de propor a descriminalização do consumo, pretendeu a liberação apenas da *canabis sativa*.

De outro lado, o Deputado Federal Elias Murad apresentou Projeto de Lei pretendendo atenuar a pena do viciado – era mantida a figura criminal, mas com pena reduzida. Previu o Projeto de Lei também, a criação de terceira figura criminal, intermediária entre o traficante e o usuário¹¹. No mesmo sentido o Projeto de Lei nº 0254/1992¹².

Finalmente, existiram propostas de alteração legislativa tão somente para propiciar melhor tratamento ao viciado, na sua recuperação.

E PREVENDO AS MEDIDAS CABIVEIS A SUA RECUPERAÇÃO PSICOSSOCIAL. ULTIMA AÇÃO ARQVD ARQUIVADA AO FINAL DA LEGISLATURA 17 12 1990 (SF) SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO (ATA-PLEN) ARQUIVADO NOS TERMOS DO ART. 332 DO REGIMENTO INTERNO. (PROCESSO ARQUIVADO EM 02 05 1991). Renovou a tentativa pelo PLS 203/91, arquivado em 24/04/97.

DEFERIDO REQUERIMENTO, DO DEP FERNANDO GABEIRA, SOLICITANDO A APENSAÇÃO DESTE AO PL. 4591/94

¹¹ NUMERO NA ORIGEM : PL. 01873 1991 CAMARA : PL. 01873 1991 AUTOR : DEPUTADO : ELIAS MURAD PSDB EMENTA DISPÕE SOBRE A PREVENÇÃO, O TRATAMENTO, A FISCALIZAÇÃO, O CONTROLE E A REPRESSÃO DO TRAFICO ILICITO E DO USO INDEVIDO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS E DA OUTRAS PROVIDENCIAS. ATENUANDO A SITUAÇÃO DO VICIADO E USUARIO, DEPENDENTE OU NÃO; CRIANDO A FIGURA INTERMEDIARIA ENTRE O USUARIO E O TRAFICANTE; DANDO MAIOR RIGOR NO TRATAMENTO LEGAL A SER DADO AO TRAFICANTE; E FIXANDO AS SANÇÕES PARA QUEM CULTIVA PLANTAS PSICOTROPICAS, REGULAMENTANDO O ARTIGO 243 DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ULTIMA AÇÃO RMSF - REMETIDO AO SENADO FEDERAL 12 12 1996 (CD) MESA - MESA REMESSA AO SF, ATRAVES DO OF PS-GSE/263/96
DESPACHO AO SENADO FEDERAL. PL. 1873-A/91. DCD 11 12 96 PAG 32699 COL 02.

¹² NUMERO NA ORIGEM : PL. 02454 1992 AUTOR : EXTERNO : CPI - NARCOTRÁFICO (CPINAR) CAMARA : PL. 02454 1991 EMENTA DISPÕE SOBRE A PREVENÇÃO, O TRATAMENTO, A FISCALIZAÇÃO, O CONTROLE E A REPRESSÃO DO TRAFICO ILICITO E DO USO INDEVIDO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS, E DA OUTRAS PROVIDENCIAS. ATENUANDO A SITUAÇÃO DO VICIADO E USUARIO, DEPENDENTE OU NÃO; CRIANDO A FIGURA INTERMEDIARIA ENTRE O USUARIO E O TRAFICANTE; DANDO MAIOR RIGOR NO TRATAMENTO LEGAL A SER DADO AO TRAFICANTE; E FIXANDO AS SANÇÕES PARA QUEM CULTIVA PLANTAS PSICOTROPICAS, REGULAMENTANDO O DISPOSTO NO ARTIGO 243 DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ULTIMA AÇÃO PRJDO - PREJUDICADO 10 12 1996 (CD) PLEN - PLENÁRIO PREJUDICADO, EM FACE DA APROVAÇÃO DO SUBSTITUTIVO DA CESP AO PL. 1873/91. DCD 11 12 96 PAG 32709 COL 01

O então Deputado Federal Jabes Rabelo, propôs a melhoria diretamente nas condições de recuperação médica do usuário, que precisariam cumprir efetiva função de reabilitação¹³.

Já o Deputado Federal Eduardo Jorge propôs em Projeto de Lei, ainda em tramitação no Congresso Nacional, o fornecimento estatal das substâncias entorpecentes aos viciados, mediante acompanhamento médico e providências para sua recuperação¹⁴. A idéia, então, é de afastar do caminho do tráfico os viciados que desejem liberar-se do vício.

Atualmente se encontra em forte discussão o Projeto de Lei nº. 1873/1991¹⁵, do já mencionado Deputado Federal Elias Murad, que acabou por reunir proposições de variados outros projetos de lei – apresentados por Deputados e Senadores - e assim também passou a concentrar o interesse de maior número de congressistas. Estabelece o Projeto, a redução nas sanções penais do consumidor e forte ampliação das condições médicas para sua reabilitação.

¹³ NUMERO NA ORIGEM : PL. 01163 1991 CAMARA : PL. 01163 1991 AUTOR : DEPUTADO : JABES RABELO PTB EMENTA DISPÕE SOBRE A ASSISTENCIA, ACOMPANHAMENTO E REABILITAÇÃO DOS DEPENDENTES DE SUBSTANCIAS ENTORPECENTES E DA OUTRAS PROVIDENCIAS. BUSCANDO SOLUCIONAR O GRAVE E COMPLEXO PROBLEMA DO CONSUMO DE DROGAS E DO NARCOTRAFICO). - PODER CONCLUSIVO DAS COMISSÕES - ARTIGO 24, INCISO II. CO-AUTOR: DEP JOÃO TEIXEIRA - PFL/MT. CO-AUTOR: DEP EDUARDO BRAGA - PDC/AM. CO-AUTOR: DEP PEDRO TASSIS - PMDB/MG. CO-AUTOR: DEP IRMA PASSONI - PT/SP. CO-AUTOR: DEP ARISTO HOLANDA - PSB/CE. ULTIMA AÇÃO RTPA - RETIRADO PELO AUTOR 26 06 1991 (CD) MESA - MESA DEFERIDO OF 298/91, DO AUTOR, SOLICITANDO A RETIRADA DESTE PROJETO.

¹⁴ PL. 01183 1999 CAMARA : PL. 01183 1999 AUTOR : DEPUTADO : EDUARDO JORGE PT EMENTA DISPÕE SOBRE O FORNECIMENTO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES AOS VICIADOS, O TRATAMENTO E ACOMPANHAMENTO MÉDICO DESTES E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ULTIMA AÇÃO AGUARD - AGUARDANDO DESPACHO 17 01 2000 (CD) MESA - MESA DEFERIDO OF 401/99-P DA CSSF, SOLICITANDO A DESAPENSAÇÃO DESTE DO PL. 80/99.

¹⁵ PLC 105/1996, de 18/09/1991
 CD PL. 1873/1991
 Ementa: DISPÕE SOBRE A PREVENÇÃO, O TRATAMENTO, A FISCALIZAÇÃO, O CONTROLE E A REPRESSÃO DO TRAFICO ILICITO E DO USO INDEVIDO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS, E DA OUTRAS PROVIDENCIAS.
 Autor: DEPUTADO - ELIAS MURAD (PSDB - MG)
 Última Ação
 Data: 18/03/1999 Local: (SF) CE - COMISSÃO DE EDUCAÇÃO
 Status: MATÉRIA COM A RELATORIA (RELATOR)
 Texto: REDISTRIBUIÇÃO AO SEN ARTUR DA TAVOLA.
 Encaminhado em 19/02/1999

5 O RITO NA LEI DE TÓXICOS

A Lei 6368/76 criou um procedimento especial para os crimes nela tratados.

Mesmo na fase indiciária, começa a diferenciação pelo prazo menor (cinco dias) para envio ao Juízo do inquérito policial (com o original do flagrante) de réu preso. No caso de flagrante, este somente será válido com a elaboração de laudo pericial provisório, de constatação da substância entorpecente.

O laudo de constatação da natureza da substância (art. 22, § 1º e § 2º), *é o exame preliminar e provisório que a lei exige se faça na substância apreendida* (Delmanto, 1982). É um exame perfunctório e rápido, como garantia inicial da existência do entorpecente e será mantido ou não quando da realização do exame definitivo. Será sempre obrigatória a realização do laudo toxicológico definitivo para a condenação, não sendo suficiente o mero laudo provisório de constatação. É a plena certeza de que a substância é um entorpecente ou assemelhado e que conserva suas propriedades, sob pena de tornar-se impossível o crime pela absoluta impropriedade do objeto.

Interessante é observar que o texto legal exige apenas um perito para o laudo de constatação, exatamente por seu caráter de provisoriedade, não sendo aplicável a Súmula 361 STF ou o novo art. 159 CPP.

Como no rito ordinário, aqui valem considerações rotineiras quanto à fiança, flagrante e busca domiciliar.

Para fins de fiança, cabível se não for caso de tráfico, a Autoridade Policial formula classificação preliminar do delito ocorrido. Evidente que a tipificação dada pela Autoridade Policial não vincula ao Juiz, que poderá entender de forma diferente e diretamente conceder a fiança.

Embora muito se discuta a Súmula 145 do STF¹, tem prevalecido o entendimento de que nulo é apenas o flagrante quando a polícia tenha interferido para a realização do

¹ Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

crime, já que então se tenta praticar a infração exatamente por interferência de quem por dever havia de impedi-lo².

Aplicando concretamente a idéia, têm os tribunais entendido que embora inexistente crime e flagrante válido quando o policial solicita a venda futura de droga – porque então se daria o crime provocado – o mesmo não se daria quando a solicitação do policial fosse de compra imediata, pois então embora provocada a venda, estaria o tráfico já consumado pela posse prévia do entorpecente.

Parece-nos, com a devida vênia, que faz-se mera tergiversação para evitar a impunidade de encontrar traficante com droga para a venda e não poder responsabilizá-lo criminalmente. Se realmente a posse de entorpecente não foi provocada, de outro lado resta certo que o Estado somente tomou dela conhecimento pela venda provocada (e sem efeitos criminais). Ora o Supremo Tribunal Federal – e daí a jurisprudência nacional – entendeu sem valor as provas conseqüentes daquelas viciadas³ e nesse caso está sendo dado valor a prova de posse decorrente exclusivamente de prova nula (venda provocada por policial). Não poderia, em que pesem as fortes razões de política criminal e de proteção social, ser admitida a prova conseqüente de posse de entorpecente.

Quanto à atividade de busca domiciliar, esta exige mandado judicial (art. 5º, XI, da CF), estando revogada nesse aspecto a competência da Autoridade Policial (art. 241 CPP).

No prazo de cinco dias deve ser remetido ao Juízo o flagrante e peças já providenciadas (no mínimo o laudo de constatação). Se solto o indiciado, o prazo para envio dos autos a Juízo é de 30 dias. Mesmo após o envio do inquérito, prossegue a Autoridade Policial com outras eventuais diligências, que deverão ser juntadas ao processo até a audiência de instrução e julgamento (art. 25).

² RT 570/317 e 581/311.

³ “HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA.

1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”.

2. Inexistência de prova autônoma.

3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB.

4. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.” (HC nº 74116/SP, 2ª T, empate, deferido, Rel. p/ ac. MAURICIO CORREA, DJ 14-03-97 PP-06903).

Do recebimento desses documentos indiciários, o Ministério Público tem três dias para o oferecimento da denúncia (art. 22), esteja o réu preso ou solto, devendo já constar dos autos o laudo de constatação.

Recebida a denúncia, deverá ser realizado o interrogatório do réu em cinco dias (art. 22 § 3º). Quanto ao interrogatório, é interessante lembrar o art. 22, § 5º:

No interrogatório, o juiz indagará do réu sobre eventual dependência, advertindo-o das conseqüências de suas declarações.

A indagação sobre a dependência é obrigatória sempre que houver nos autos a menção ao vício, independente do crime praticado⁴. Sendo afirmativa a resposta, segue-se o exame de dependência, que poderá conduzir à substituição da pena privativa de liberdade por uma medida de segurança.

Não concordamos com a obrigatoriedade da pergunta na totalidade dos casos. A pergunta é obrigatória apenas se houver algum indício da dependência; não havendo qualquer indício e nem sendo depois alegado pelo defensor o vício, inexistirá a obrigação de questionar sobre a dependência.

Quando a resposta for pela dependência, entendemos que aplica-se idêntico raciocínio ao formulado no incidente de insanidade mental. Alegada a insanidade (aqui dependência), segue-se o exame pericial, salvo se o magistrado estiver certo da inverdade da alegação. Não é demais lembrar, contudo, que o Juiz corre então o sério risco de entender plenamente capaz (não viciado) quem em verdade o seja, por não demonstrar essa condição a nível de aparência, além de não ser o Juiz especialista em sanidade ou toxicologia.

Ultrapassado o interrogatório, a defesa prévia tem o prazo de três dias (art. 22, § 6º), no que é igual ao rito ordinário. Pode inclusive na defesa prévia ser alegada a dependência, que pode não ter sido questionada pelo Juiz, decorrendo a realização do exame.

⁴ Embora haja algumas opiniões em contrário, reputamos indispensável a pergunta, que deve ser formulada em todos os casos de crimes de tóxicos, e não apenas nas hipóteses do art. 16. Neste sentido: “MESMO EM SE TRATANDO DO CRIME PREVISTO NO ART. 12 DA LEI N. 6.368-76, FAZ-SE NECESSARIA A INDAGACAO SOBRE A EVENTUAL DEPENDENCIA FISICA OU PSQUICA, PREVISTA NO ART. 22, PARAGRAFO 5., DO MESMO DIPLOMA LEGAL. RECURSO PROVIDO, EM PARTE, PARA QUE O PACIENTE SEJA SUBMETIDO A NOVO INTERROGATORIO, ANTES DO JULGAMENTO DA APELACAO, MANTIDA A PRISAO DECORRENTE DO FLAGRANTE.” (RHC N°: 66773/RJ 1ªT, UN, Rel. OCTAVIO GALLOTTI, DJ 07-10-88 PG-25711).

Após a defesa prévia, que é peça de apresentação facultativa ao defensor constituído e, conforme a maior parte da jurisprudência, de apresentação obrigatória ao defensor dativo, segue o feito com o despacho saneador em 48 horas (art. 23):

o juiz proferirá despacho saneador, em 48 (quarenta e oito) horas, no qual ordenará as diligências indispensáveis ao julgamento do feito e designará, para um dos 8 (oito) dias seguintes, audiência de instrução e julgamento, notificando-se o réu e as testemunhas que nela devam prestar depoimento, intimando-se o defensor e o Ministério Público, bem como cientificando-se a autoridade policial e os órgão dos quais dependa a remessa de peças ainda não constantes dos autos.

Não concordamos com Nogueira (op.cit), quando afirma ser irrecorrível o despacho saneador, por ser meramente ordinatório. Na verdade estabelece o texto legal que neste momento será decidido sobre a prova produzida e assim poderá existir gravame pelo indeferimento de provas. Havendo prejuízo, deve o processo comportar recurso e se, como na espécie, não há recurso específico, cria a jurisprudência o meio de ataque, como pelo *habeas corpus*, pela correição parcial ou pelo mandado de segurança.

A fundamentação de ser mero ato ordinatório (Delmanto e Nogueira, op.cit) decorre do entendimento de que saneador não seria tal despacho, porque as questões analisadas não gerariam preclusão, podendo ser rediscutidas e novamente apreciadas. Também essa argumentação deve ser vista com cuidado. Realmente não há a preclusão de preliminares, já que definido o mérito delas apenas na sentença. Quanto às provas, porém, há sim definição, que pode inclusive causar prejuízo, como acima visto.

Ainda quanto ao saneador, deve-se recordar que o Juiz deve solicitar a remessa das peças faltantes, porque antes da audiência devem estar todos os documentos de investigação no processo, na forma do art. 25 da lei de tóxicos.

Nos oito dias seguintes ao saneador, ocorre a audiência de instrução e julgamento (art. 23, § 3º), com a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, debates orais e sentença (que deveria ser proferida na audiência, mas poderá acontecer até 5 dias após).

De se notar, que nesse rito especial o número máximo de testemunhas por fato e réu, é de cinco, assim como ocorre no procedimento sumário. Esta redução do número de testemunhas (no rito ordinário o número é de oito), constitui a principal restrição à defesa no procedimento dos tóxicos.

Somando-se os prazos acima, tem-se o prazo para conclusão do processo de tóxicos para réu preso. Como bem lembra Nogueira (1992), devem ser *intercalados dez dias como prazo destinado ao escrivão para fazer a movimentação do processo, já que dispõe de dois dias para fazer a conclusão ou vista, conforme previsto no art. 799 do C. P. Penal*. Pelo correto, também deve ser considerado o prazo de 24 horas que tem o Juiz para receber a denúncia. Daí a divergência jurisprudencial, que acontece mesmo no rito ordinário, quanto à definição do prazo total, variando de 34⁵, 35⁶, 38⁷, 42⁸ e 43⁹ dias.

No caso de réu solto os prazos são os mesmos, salvo quanto ao envio das peças investigatórias, que para o indiciado solto é de trinta dias, enquanto que ao preso o prazo é de cinco dias.

Ainda sobre prazos, a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) acrescentou parágrafo único ao art. 35 da Lei 6368:

os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14.

Será reavaliada a questão quando do exame das alterações da Lei de Crimes Hediondos, mas desde logo adiantamos que o prazo dobrado deve ser aplicado tão somente no caso de tráfico, diretamente (art. 12), pelos instrumentos ao tráfico (art. 13) e pela associação para o tráfico (art. 14).

Em sendo determinada a realização do exame de dependência, o prazo é aumentado de trinta dias (art. 23, § 1º).

Ainda quanto ao rito dos tóxicos, é de ser mencionado o sigilo das peças de investigação (art. 26), e somente dessas, mesmo assim sendo assegurado o acesso aos profissionais que necessitem dos autos para o exercício de seu mister, especialmente quanto ao advogado, que deve ter assegurada condição de vista a quaisquer documentos pertinentes à

⁵ Franceschini, Tóxicos, 1980, n° 244)

⁶ RT 525/391

⁷ RT 548/335, 538/379.

⁸ RT 537/281.

⁹ Nogueira, Leis Especiais, 1992.

investigação de seu cliente.

Finalmente, o art. 28 prevê que no caso de concurso objetivo de lides (conexão ou continência), prevalece o rito da infração mais grave, ressalvada a competência do Júri e jurisdições especiais. Pena mais grave é aquela cominada em abstrato com pena maior; se igual, vê-se o mínimo das penas e, se ainda, igual, pela reclusão sobre a detenção.

Como as sanções na Lei 6368 são de pena mínima elevada, normalmente a reunião de lides traria o processamento para o procedimento especial desta lei. Haverá então prejuízo à defesa, que na grande parte das infrações teria o rito ordinário (com maiores prazos e condições de produzir provas) e passa a ter restringida a produção de prova pela prevalência do rito especial. Por esta razão, Greco Filho (op.cit.) chega a considerar tal dispositivo inconstitucional, sugerindo como melhor:

o processo será o previsto para a infração que tiver o procedimento mais amplo, ressalvados os casos da competência do júri e das jurisdições especiais.

De todo precedente a sugestão de Greco Filho, já que mais favorável à defesa o rito ordinário e porque na prática já se verificou que o rito especial de tóxicos não gera maior celeridade aos feitos.

Veja-se que os princípios constitucionais podem ser antagônicos (como o direito de informação da imprensa e o direito à privacidade do cidadão) e então necessariamente conciliáveis, através de balanceamento feito pelo intérprete ou diretamente pelo legislador. Poderia então o legislador dar maior celeridade ao processamento dos crimes de tóxicos, mesmo com suas altas penas, priorizando a rapidez em detrimento da amplitude de provas; ou seja, balancear o princípio constitucional da ampla defesa com o princípio do devido processo legal e da proteção social contra os entorpecentes.

A discussão da inconstitucionalidade reside, porém, em reduzir a constitucional amplitude da prova por conexão ou continência, que é matéria de lei. Ou seja, o roubo qualificado teria rito ordinário em seu Juízo Natural, mas pela conexão processual passaria ao rito mais gravoso dos tóxicos.

É interessante a argumentação, mas com ela não concordamos.

Não há direito constitucional ao rito e não nos parece ser ele decorrência necessária do Juiz Natural. Há o direito ao devido processo legal e do Juízo Constitucional, mas tal

continua assegurado por quaisquer dos ritos assegurados em lei. Na verdade, a constituição não trata dos procedimentos aplicáveis aos crimes, sendo essa matéria deixada à norma legal que, assim, pode pela conexão alterar esses mesmos procedimentos legais.

Pelo exposto, havendo conexão com outros crimes, o legislador da Lei 6368 balanceou os princípios constitucionais e fez prevalecer o rito célere dos tóxicos sempre que o outro crime conexo não seja até mais grave (pela quantidade da pena em abstrato). O prejuízo que tem alguém, por exemplo, que pratica lesão corporal grave (processada no rito ordinário) e pela conexão com tráfico passa a ter o processo no rito dos tóxicos, é compreensível porque tão somente pelo tráfico (apenado mais gravemente) já teria esse rito mais célere.

De toda forma, não foi o art. 28 tido pela jurisprudência como inconstitucional¹⁰, embora se deva alertar que alguns julgados entenderam como pena mais grave aquela que enseje o procedimento mais amplo¹¹, o ordinário prevalecendo. Foram julgados de minoria na jurisprudência nacional, prevalecendo o sentido expresso na Lei Antitóxicos, o que faz com que a grande parte dos casos de reunião de lides trará os casos criminais para o rito dos tóxicos, que já no consumo e especialmente no tráfico, têm penas consideráveis.

Quanto à competência, formas de apenamento e considerações pertinentes, a matéria merecerá o devido exame nos capítulos seguintes.

¹⁰ “...C) EM CASO DE CONEXÃO OU CONTINENCIA COM CRIMES DA LEI DE TÓXICOS, APLICA-SE O DISPOSTO NO ART. 28 DA LEI N. 6.368/76: O PROCEDIMENTO PASSA A SER O DO CRIME (TÓXICO) DA PENA MAIS GRAVE.” (RHC 1722/RJ, T6, UN, Rel. ADHEMAR MACIEL, DJ 05/12/1994 PG:33589).

¹¹ O que por via oblíqua retira a eficácia pretendida pelo art. 28 da Lei nº 6.368. Exemplo seria a determinação de que se daria o rito ordinário quando houvesse conexão entre o roubo qualificado e o tráfico de entorpecentes (RT 639/302), afastando o devido rito dos tóxicos.

6 O TRÁFICO DE DROGAS E OS CRIMES HEDIONDOS

6.1 DEFINIÇÃO DA CONDUTA HEDIONDA

A Constituição Federal de 1988, através de seu art. 5º, inciso XLIII, e posteriormente a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos) trataram dos crimes hediondos, trazendo o tráfico de entorpecentes como figura equiparada, nos conceitos e conseqüências criminais (artigo 2º).

Interessante inicialmente é observar que a Lei de Crimes Hediondos não definiu essa categoria, que decorre da expressa previsão dos tipos penais nela enquadrados. De um lado, essa forma impede a insegurança da subjetiva classificação de condutas socialmente abjetas, o que possibilitaria que “um juiz "de esquerda" poderia considerar hediondo o roubo do salário de um operário humilde que trabalhou o mês inteiro para ganhá-lo. Já o de "direita" poderia considerar sórdido o sujeito que teve o desprazer de, em artigo de imprensa, atacar as Forças Armadas ou o Judiciário.”¹

Não nos parece ter sido a melhor solução. O risco do subjetivismo faz parte do sistema de julgamento pela persuasão racional e cabe à competente seleção dos Juizes e ao duplo grau de jurisdição, impedirem o mau enquadramento das condutas criminosas. A eleição de tipos penais acarreta certas injustiças. Note-se que o atentado violento ao pudor é em tese delito que pode ser tido como de grave ofensa social, hediondo, mas poderá ele configurar-se até mesmo por um roçar de corpos lascivo, o que já certamente não mereceria a mesma caracterização de gravidade – até maior do que a de um homicídio simples. Melhor seria deixar ao julgador enquadrar a conduta concreta como hedionda ou não.²

Hediondo é o crime concretizado, cuja repulsa social seja em grau muito elevado, o que motivaria diferente e mais gravoso tratamento em sua persecução. O tipo penal, como

¹ Alberto Zacharias Toron. R. CEJ, Brasília, n.7, p. 32 a 39, jan./abr. 1999

² Nesse sentido, Alberto Silva Franco, no seu Crimes hediondos, anotando que o projeto dessa lei previa uma definição do que seria o crime hediondo, critica o fato de o legislador não ter explicitado o que seria a hediondez do crime (FRANCO, 1994. p. 45).

previsão abstrata de conduta, faz induzir diferentes formas de culpa social, mas é a prática delituosa quem realmente define a hediondez do crime. Assim, parece-nos que ou seria o crime hediondo deixado como forma de caracterização pelo julgador, a partir de conceitos legais, ou deveria a lei elencar tipos penais onde seria possível o exame – e não como condição única – da abjeção.

A falta de razoabilidade nos critérios de eleição do crime hediondo e o impedimento à completa individualização da pena – com o exame do regime inicial de seu cumprimento – têm gerado diversas manifestações de inconstitucionalidade da Lei 8.072³, embora mantenha o Supremo Tribunal Federal o uníssono entendimento de ser constitucional esse diploma legal⁴. Na realidade do foro, acabam não raras vezes os Juízes postergando o julgamento dos delitos aparentemente menores, ou fazem propositais “enganos” ao fixar o regime fechado como inicial (e não toda a pena).

Quanto ao tráfico, o artigo 2º da Lei nº 8.072/90 prevê tratamento criminal idêntico ao crime hediondo. Já discutimos neste trabalho o alcance do termo tráfico⁵, onde demonstramos que a noção etimológica de comércio não se coaduna com a tipologia criminal, onde quaisquer das condutas do art. 12 da Lei nº 6.368 geram a reprovação social grave de traficância.

Assim, embora concordemos com Miguel Reale Jr.⁶, quando afirma ser necessária a interpretação restritiva das figuras criminais, porque limitadoras dos direitos funda-

³ Exemplo é o trabalho do Procurador da República João Gualberto Garcez Ramos, em Textos selecionados: A inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror". Curitiba: Juruá, 1991. v. 3. 96 p.

⁴ Decisão pelo Tribunal Pleno, por maioria, onde foi relator o Min. PAULO BROSSARD: "HABEAS-CORPUS". CRIME HEDIONDO.

Condenação por infração do art. 12, PAR. 2. II, da Lei n. 6.368/76. Caracterização.

REGIME PRISIONAL. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2. PAR. 1., da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa Ao art. 5., XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. INDIVIDUALIZACAO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crime hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida.”
(HC N°: 69603, DJ 23-04-93 PP-06922)

⁵ Capítulo 3.0 – Questões Controvertidas do Tráfico.

mentais, entendemos que a conduta de tráfico da Lei nº 6.368 abrange todas as condutas de seu art. 12 e figuras equiparadas, cabendo então na aplicação da Lei de Crimes Hediondos manter o entendimento de que aplica-se ela a todas as condutas trazidas pela lei como de traficância. Havendo lei específica – de tóxicos – capaz de gerar interpretação jurídica sobre a categoria de tráfico, não deve a mera menção em lei diversa permitir criação de diferente sentido, por mera interpretação léxica.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal ser o “tráfico, tipificado no art. 12, único daquele diploma a que se aplica a Lei dos Crimes Hediondos⁷”. Nesta decisão, contudo, a Corte Suprema restringiu até por demais o sentido do tráfico⁸, já que o maquinário de preparo do tóxico (art. 13) é figura equiparada ao tráfico, em objeto e risco social, o mesmo se sucedendo com a quadrilha para o tráfico (art. 14), que expressamente aplica-se na associação para os crimes dos arts. 12 e 13 – reiterando o sentido de equiparação. Mais, parece-nos absurda, com a devida vênia, a aplicação dos gravames de crime hediondo ao tráfico e deixar de lado a associação para esse fim, potencialmente mais perigosa pela organização criminosa para a prática do tráfico.

6.2 LIBERDADE PROVISÓRIA

A Constituição Federal previu em seu art. 5º que “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de 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.*”

A primeira discussão reside em que enquanto a Constituição vedava a fiança, veio a Lei 8072 a também proibir a liberdade provisória.

Não obstante exista corrente que defenda a inconstitucionalidade pelo excesso da lei⁹, ao incluir a vedação à liberdade provisória, os tribunais têm em regra aceito essa restri-

⁶ Citado por Alberto Zacharias Toron. R. CEJ, Brasília, n.7, p. 32 a 39, jan./abr. 1999

⁷ HC 0077489/98-SP, 1ª T., UN, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, DJ 19-06-98 P 02.

⁸ Excluindo expressamente a aplicação ao art. 14 da Lei nº 6.368.

⁹ Por exemplo, Rios (o.c.) e Ramos (o. c.).

ção legal¹⁰. Nem poderia ser diferente, já que o Direito Penal tem reserva legal e não constitucional, podendo sim a lei vir a restringir o direito de fiança ou liberdade provisória. Os direitos constitucionais de presunção de inocência, ampla defesa e devido processo legal não impedem a prisão provisória, sendo razoável que o legislador estabeleça diferentes limites (até a vedação) em razão das diferentes espécies de delitos.

Assim aconteceu com a Lei 8.035, de 27.04.90, que estabeleceu valores aumentados para a fiança e impediu a liberdade provisória independente de fiança, do art. 310, parágrafo único, do CPP.

Portanto, o tráfico de entorpecentes, aqui encarado com o alcance antes definido para o tráfico, tem atualmente vedada a concessão de fiança ou liberdade provisória. Nesse sentido manifestou-se o Supremo Tribunal Federal¹¹ e mesmo o Superior Tribunal de Justiça, que após divergência inicial, acompanhou o entendimento da Corte Suprema¹².

¹⁰ Concluindo, pois, este trabalho, entendemos que o n. II, do art. 2º, da Lei 8.072/90, não é inconstitucional e, ante a possibilidade da desclassificação da conduta de tráfico de entorpecentes para o delito previsto no art. 16, da Lei 6.368/76, inexistente óbice legal para que o Juiz conceda benefício da Liberdade Provisória, nos termos do art. 310, CPP. (RT 697/249).

¹¹ "DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE. MAJORAÇÃO DA PENA (ARTIGOS 12, 14 E 18, III, DA LEI Nº 6.368/76). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO (LEIS NºS. 8.072/90, ART. 1º, E 9.455, DE 07.04.1997, ART. 1º, § 7º). ART. 5º, XLIII, DA C.F. "HABEAS CORPUS".

Alegações de:

- a) falta de fundamentação no acréscimo da pena-base;
- b) indevida incidência da majorante do art. 18, III, da Lei de Entorpecente;
- c) descabimento do regime integralmente fechado, no cumprimento da pena.

Não procede a alegação de falta de fundamentação no acréscimo da pena-base, pois o aresto, para isso, levou em consideração a "grande quantidade" de cocaína, objeto do tráfico, o que, naturalmente, evidencia a periculosidade dos agentes, pondo a coletividade em risco muito maior do que se tratasse de apenas algumas gramas de tóxico. Precedentes.

Ressaltou, igualmente, o julgado que, no veículo utilizado, havia "um compartimento preparado para o transporte", o que mostra o propósito de se dificultar sua localização e, conseqüentemente, a apuração do delito, circunstância judicial igualmente considerável.

É de se concluir, portanto, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, mas com fundamentação adequada.

Improcede, igualmente, a alegação de que a majorante do art. 18, III, da Lei de Entorpecentes, não poderia ter sido aplicada à espécie.

O acórdão fundamentou-a corretamente, pois, se não houve o crime autônomo de associação, como previsto no art. 14, caracterizou-se, pelo menos, o concurso de agentes de que trata o inciso em questão. Precedentes.

Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado.

A Constituição Federal, no inc. XLIII do art. 5º, estabeleceu: "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".

A restrição é para qualquer forma de liberação em substituição à prisão provisória do flagrante, assim compreendendo a proibição do art. 310 e parágrafo único do CPP, como também a liberdade daqueles que se livram soltos (art. 321 CPP), já que também é forma de substituir a prisão provisória. Esse último aspecto se comenta para definir o alcance da vedação legal, embora de fato nenhum crime hediondo possa enquadrar-se entre aqueles em que o autor se livra solto.

Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena.

A Lei nº 8.072, de 26.07.1990, aponta, no art. 1º, os crimes que considera hediondos (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e genocídio; tentados ou consumados).

No art. 2º acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º, esclarece: “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.

Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

5- De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave. A Constituição Federal, no art. 5º, inc. XLIII, ao considerar 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, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.

Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado.

Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade.

“H.C.” indeferido.”

HC Nº: 76543, 1ª T., Mai, Rel. SYDNEY SANCHES, DJ 17-04-98 PP-00006)

¹²⁴A teor do disposto no § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90, não têm direito de recorrer em liberdade pacientes que, presos em flagrante pela prática de crime hediondo (tráfico ilícito de entorpecentes), assim permaneceram até a sentença condenatória.” (STJ, HC 8288/SC, 5ª T., UN, Rel. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 07/06/1999 PG:00110)

A proibição à liberação provisória, trouxe novo aspecto de importância ao enquadramento penal do delito ocorrido. Se é tráfico, pelo art. 12 ou 13, é vedada a liberdade; se é consumo ou outras das formas de crimes previstos na lei de tóxicos, são admitidas todas as formas de liberdade provisória.

O art. 37 da Lei 6368 prevê caracteres diferenciadores entre os crimes de tóxicos, levando-se em consideração a *natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.*

A definição do crime dada pela Autoridade Policial somente a ela vincula, podendo o Ministério Público denunciar por outro crime e o Juiz entender presente ainda um terceiro. Para os fins de liberdade, o Delegado classifica o delito para definir se cabe fiança e, independente de sua decisão, o Juiz poderá revê-la, inclusive procedendo a enquadramento provisório para fins de analisar o direito à liberdade. Por exemplo, o Delegado nega fiança por entender que é caso de tráfico; o Juiz recebe a comunicação do flagrante e expõe que considera existir só o delito de consumo (art. 16), de ofício então concedendo fiança ou liberdade provisória¹³.

6.3 RECURSO EM LIBERDADE

Embora tenha a Lei 8072 vedado a liberdade provisória aos crimes hediondos, e por equiparação também ao tráfico de entorpecentes, seu art. 2º, § 2º estabeleceu que o Juiz é quem decidirá sobre o direito do réu apelar em liberdade.

É curiosa a situação criada pelo legislador. O réu, presumivelmente inocente, tem a prisão certa durante a investigação policial e instrução criminal mas, após a sentença condenatória, quando o estado de inocência é sem dúvida menor, poderá ser colocado em liberdade; é prender possível inocente, para soltar provável culpado.

¹³ Frederico Marques expressa: “A qualificação do fato delituoso na denúncia, só por si, não basta para autorizar a prisão obrigatória. Se o juiz entender que esse fato se enquadra em norma penal que não autoriza a prisão preventiva compulsória, só será decretada custódia cautelar se presente também algum dos pressupostos do art. 313, caput, pertinentes ao periculum in mora.” (1951, p. 51)

Não obstante, é o que previu a Lei 8072, tão questionada que Garcez Ramos (1991) considerou-a inconstitucional quanto aos aumentos de pena nela cominados¹⁴.

Dando tratamento mais equânime, a Corte Suprema decidiu inaplicável a liberdade para recorrer àquele que preso já se encontrava¹⁵, seguindo em rumo interpretativo discutível mas coerente com o posicionamento já firmado em idêntico sentido para o apelo em liberdade do réu primário e de bons antecedentes¹⁶. Trata-se, ainda assim, de presunção de periculosidade; situação perigosa, por ser legalmente presumido risco que poderia o julgador entender ausente, e que assim poderia gerar a soltura. O fundamento da liberdade provisória – substituir a nefasta restrição de liberdade por alternativa medida acautelatória do processo – pode dar-se enquanto inaplicável a pena definitiva e desse modo seria de todo recomendável que ao condenar quem preso se encontrava, também fosse o Juiz obrigado a examinar a necessidade de manter ou não essa prisão.

Ainda em preliminar, é interessante alertar que os tribunais superiores já declararam ser a prisão decorrente de sentença condenatória (art. 594 CPP) exigência que não afeta a presunção de inocência de que trata a Constituição Federal (Súmula nº 09, do STJ).

Acrescentou a Lei 8.072:

§ 2º - Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

¹⁴ A parte especial do Código Penal é um sistema de penas, sendo que cada uma delas deve guardar, entre si, proporcionalidade. Uma lei que interfere na Parte Especial do Código Penal, para aumentar ou diminuir as penas de crimes (e não de todos) sem acrescentar elementares que justifiquem uma maior ou menor censurabilidade – e de conseqüência, maior ou menor apenamento – das condutas, é inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade das penas.

Os artigos da Lei 8.072, de 25 de Julho de 1990, que alteraram as penas da parte especial do Código Penal são inconstitucionais.

¹⁵ “PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". CRIME HEDIONDO. APELAÇÃO. NECESSIDADE DE O REU RECOLHER-SE A PRISÃO. ARTS. 12 E 35 DA LEI 6.368/76 (LEI DE TOXICOS), C/C ART. 2., PAR. 2., DA LEI 8.072/90 (CRIMES HEDIONDOS).

- Necessidade de o réu recolher-se a prisão para apelar.

- Não se aplica o disposto no art. 2., par. 2., da Lei 8.072/90, se o réu já se encontrava preso quando da sentença condenatória.

- A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória - C.F., art. 5., LVII – não revogou o art. 594 do C.P.P..

- H.C. indeferido.”

(STF, HC Nº: 71889/SP, 2ª T., Un, Rel. CARLOS VELLOSO, DJ 24-02-95 PP-03678)

¹⁶ Artigo 594 CPP.

Criou-se o impasse, porque de outro lado, a Lei 6368 já dispunha que *o réu condenado por infração dos arts. 12 ou 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão* (art. 35 da Lei 6368).

Assim, enquanto o recurso em liberdade era vedado ao traficante pela Lei de Tóxicos, a nova Lei de Crimes Hediondos (pretensamente mais gravosa) tornou possível a liberdade para apelar.

Para piorar o impasse, a própria Lei 8.072 expressou no art. 10 que *o art. 35 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único* (parágrafo dobrando o prazo do rito em caso de tráfico e associação), ou seja, manifestou que o art. 35 continuava em vigor.

Como solução, vários julgados propuseram a vigência plena do art. 35 da Lei 6368, não se aplicando a inovação da Lei 8072, porque incompatível e por ser a Lei Antitóxicos norma especial – princípio da especialidade. Essa posição é por alguns mantida até hoje:

ENTORPECENTE - Tráfico - Direito de apelar em liberdade expressamente vedado pelo art. 35 da Lei 6.368/76 - Inaplicabilidade a tal delito do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 (crimes hediondos), que dispõe sobre possibilidade de concessão de liberdade provisória, em face da norma expressa de seu art. 10, que mantém a redação do "caput" do dispositivo proibidor da Lei Antitóxicos.

Se a Lei 8.072/90 pretendesse conceder o direito de apelar em liberdade aos condenados por tráfico de entorpecente não teria ela disposição expressa (art. 10) mantendo a redação do art. 35 da Lei 6.368/76, que proíbe o apelo em liberdade aos condenados por infração dos seus arts. 12 ou 13.

Resulta óbvio, portanto, que o art. 2º, caput, da Lei 8.072/90 restringiu os direitos processuais dos agentes envolvidos nos crimes que relaciona, entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. E que o estatuído no seu § 2º, que dispõe sobre a possibilidade de concessão de liberdade provisória, não se aplica a este último delito.

HC 102.270-3 - 2ª C. Férias - j. 9.1.91 - Rel. Des. Vanderlei Borges, RT 668/279.

O Supremo Tribunal Federal, porém, entendeu conciliáveis os dispositivos em aparente confronto. A regra geral é da vedação ao recurso em liberdade, como previsto pelo

art. 35 da Lei nº 6.368/76, podendo o Juiz motivadamente excepcionar essa condição recursal, na forma da Lei 8.072:

Da conjugação dos artigos 35 da Lei 6.368/76 e do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 8.072/90, resulta que a proibição absoluta imposta por aquele foi parcialmente alterada por este (o que importa derrogação e não abrogação), transformando-se em proibição relativa, já que admite que a regra - que é a proibição de apelar solto - seja afastada (o que é exceção) por decisão fundamentada do Juiz em sentido contrário.

(STF, HC nº 69.667-8/RJ, maioria, Rel. Moreira Alves, DJU 26.02.93, p. 2357)

No mesmo sentido¹⁷:

Condenação pelos artigo 12 da Lei 6368. Apelação não conhecida ao argumento de que, negado o benefício da liberdade, o réu não se recolhera à prisão para recorrer. Compatibilidade entre o encarceramento compulsório e o princípio da presunção de inocência. O artigo 2º- §2º da Lei de Crimes Hediondos, ao facultar a apelação em liberdade desde que fundamentada, opera como exceção à regra do artigo 35 da Lei de Tóxicos, impositiva da custódia para apelar.

Habeas corpus indeferido.

STF, HC 69.901-4/GO, un., Rel. Min. Francisco Rezek, DJU 26.03.93, p. 5005.

Embora adotando aparente solução similar, em verdade o Superior Tribunal de Justiça (STJ) veio a exigir a motivação em quaisquer das situações para recorrer, seja em liberdade, seja para manter a prisão processual:

Continua em vigor a exigência de recolhimento do sentenciado à prisão, por força da Lei nº 6.368/76. Entretanto, a Lei 8.072/90, em seu art. 2º, § 2º, admitiu a liberalidade, desde que justificada pelo Juiz. A contrario sensu, a jurisprudência passou a considerar que, uma vez suavizada a exigência do art. 35, da Lei 6.368/76, o recolhimento do acusado, como medida prévia para o juiz receber a sua

¹⁷ TFR 4ª REGIÃO, HC 92.04.33771-0/RS, maioria, Rel. Juíza Ellen Gracie Northfleet, DJU 17.3.93, p.8355.

apelação, deve ser, também, justificado na sentença condenatória.

STJ, 6ª T, RHC 1985-6/SP, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, un., DJU 06.12.93, p. 26676.

Posteriormente, acolheu o Superior Tribunal de Justiça a orientação do Supremo¹⁸, também entendendo assim ser o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos exceção à regra geral do art. 35 da Lei de Tóxicos, ainda de eficácia plena, quando tratar-se de condenado que respondera preso ao processo.

No trato de condenados ao tráfico que se encontravam então soltos, permanece o STJ, não obstante, a recusar validade ao art. 35 da Lei 6368, já que necessária fundamentação para restringir a liberdade do cidadão, cuja periculosidade não pode decorrer de presunção legal incondicionada e imotivada:

“ PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PRISÃO PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS.

- EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, QUE PRECONIZA O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PRESUMIDA, A PRISÃO PROCESSUAL SOMENTE É CABÍVEL SE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA, EM FACE DA PRESENÇA DE UMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS INSCRITAS NO ART. 312, DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL.

- O ART. 35, DA LEI 6368/1976, QUE NEGA O DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE AOS CONDENADOS PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, NÃO FOI RECEPCIONADO PELA CARTA DE 1988, SENDO CERTO QUE A JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA TEM PROCLAMADO O ENTENDIMENTO DE SER DESCABIDO O RECOLHIMENTO DO REU À PRISÃO EM FACE DA SENTENÇA,

¹⁸ “ MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME HEDIONDO. DECISÃO FUNDAMENTADA CONCESSIVA DO DIREITO DE O RÉU APELAR EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL (ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90). MITIGAÇÃO DO ÓBICE INSTITUÍDO PELA LEI 6.368/76, ART. 35. Compatibilização desse art. 35 com o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, de forma que continua vigorando a regra proibitiva de recorrer em liberdade, cabendo, porém, excepcionalmente e desde que justificada, a permissão para apelação em liberdade. Inocorrência, no caso, de ilegalidade ou abuso na medida judicial adotada, reparável pelo "writ". Recurso conhecido e desprovido.”
STJ, ROMS 9325/SP, 5ª T., UN, Rel. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

SE O MESMO PERMANECEU EM LIBERDADE DURANTE O CURSO DA AÇÃO.”

- (STJ, RHC 5565/SP, T6, UN, Rel. VICENTE LEAL, DJ 30/09/1996 PG:36652)¹⁹

Entendemos mais coerente com os princípios constitucionais do processo penal, a posição do Superior Tribunal de Justiça, especialmente aquela adotada claramente no início dos debates: toda decisão negatória ao apelo em liberdade deve ser motivada. A necessidade de fundamentar as decisões é princípio da jurisdição, erigido a nível de constitucional²⁰ e tratando-se da mais grave restrição a direito individual – a liberdade – deveria dar-se sempre motivadamente. Manter-se a prisão de quem respondeu ao processo nessa condição, é inverter a presunção de inocência em presunção de periculosidade por tipo penal infringido (que pode absolutamente não corresponder à periculosidade concreta verificada²¹). Pior ainda, prender quem solto se encontrava durante o feito criminal, sem a necessidade de fundamentação e embasado apenas em presunção legal de periculosidade, é negar princípios básicos da responsabilidade subjetiva, de individualização da resposta criminal e do livre convencimento motivado.

Mais, note-se que existe diferença fundamental entre a liberdade no apelo do art. 594 CPP e a liberdade no apelo do traficante: apenas a primeira possui condições e é de exame obrigatório. Entende o Código de Processo Penal ser presumida a periculosidade e risco de fuga do condenado que não seja primário ou não tenha bons antecedentes – condi-

¹⁹ Em sentido semelhante, exigindo a motivação, embora sem expressar a negativa de vigência ao art. 35 da Lei nº 6.368/76, também decidiu a 5ª Turma do STJ, por unanimidade: “PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS” SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. APELO EM LIBERDADE. DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA. RÉ QUE SE DEFENDEU SOLTA. ARTS. 35 DA LEI Nº 6.368/76 E 2º, § 2º DA LEI Nº 8.072/90.

Embora o princípio da inocência não seja incompatível com a exigência da prisão provisória na fase de apelação (Súmula nº 09/STJ), é bem de ver que a segregação antecipada aí deve ser concretamente fundamentada quando se trata de sentenciada que respondeu o feito em liberdade.” (HC 8062/SP, T5, UN, Rel. FELIX FISCHER, DJ 22/02/1999 PG:00115)

²⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

²¹ Exemplo extremo seria daquele condenado ao tráfico por ter plantado um pé de maconha por curiosidade.

ções necessariamente examinadas na sentença. Presentes essas condições, que deverá o Juiz examinar²², é direito subjetivo do condenado ver seu apelo em liberdade.

Não pode ser admitida prisão, especialmente cautelar, sem fundamentação específica para o risco em concreto. Injusta e inconstitucional é a presunção legal de periculosidade pelo delito cometido e a dispensa de fundamentação para a prisão provisória, ainda que decorrente de sentença condenatória e mesmo por crimes hediondos.

6.4 EXECUÇÃO DA PENA

6.4.1 REGIME FECHADO

A Lei dos Crimes hediondos previu também restrição especial ao cumprimento da pena: sempre em regime fechado²³.

Trata-se de restrição generalizadora e certa causadora de injustiças. Como já se expôs, as restrições não geradas a partir de fatos concretos, acabam punindo mais fortemente delitos graves cometidos de forma menos reprovável e deixam de lado delitos potencialmente menores, mas de grande comoção e reprovação social. Exemplo sempre citado é do caso de atentado violento ao pudor decorrente até de um mero roçar de corpos, mas mesmo nessa situação um crime hediondo, com pena cumprida integralmente em regime fechado; se homicídio simples fosse, não teria essa restrição.

Deve ser reconhecida a maior potencialidade lesiva dos crimes hediondos e especialmente do tráfico, objeto deste trabalho. A escolha do regime prisional e a possibilidade de progressão, porém, não constituem pena – cuja definição apresenta limites pelo crime em abstrato – mas sua individualização, não sendo devido afastar o exame do caso concreto para melhor escolha da forma de seu cumprimento.

Sendo constitucional o direito à individualização da pena, não poderia a lei excluir do critério judicial a escolha do regime inicial e os critérios de progressão. Dessa for-

²² Tem a jurisprudência até manifestado que a defeituosa ausência do exame dessas condições faz presumi-las, em favor do condenado, como presentes.

²³ Art. 2º. § 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

ma, resta considerar inconstitucionais as Leis de Crimes Hediondos e do Crime Organizado, que previram o regime inicial fechado, sem admitir ao Juiz excepcionar a regra²⁴, especialmente a primeira (dos crimes hediondos), que ainda impede a progressão de regimes.

Neste sentido, bem esclareceu Franco²⁵, Dotti e outros, sendo também o entendimento inicial do Superior Tribunal de Justiça, especialmente por seu Ministro Vicente Cernicchiaro²⁶.

Reiteradamente, porém, decidiu o Supremo Tribunal Federal que era constitucional²⁷ a restrição da pena ao regime fechado, o que acabou por orientar toda jurisprudência nacional, inclusive com alteração de posicionamento pelo STJ²⁸. Parecem surgir então, em-

²⁴ No Código Penal há também critérios orientadores do regime inicial, mas o § 3º, do art. 33, expressamente determina a observância das circunstâncias judiciais, definidoras da pena-base, de onde se admite (inclusive jurisprudencialmente) a escolha por regimes diversos daqueles orientados pela regra geral

²⁵ Alberto Silva Franco, pp. 140 ss.

²⁶ “RHC - EXECUÇÃO DA PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMPREENDE A COMINAÇÃO, APLICAÇÃO E EXECUÇÃO. NÃO É POSSÍVEL, ENTÃO, DE MODO INFLEXÍVEL IMPOR O REGIME FECHADO DURANTE TODO O CUMPRIMENTO. NÃO É, ENTRETANTO, EXIGIR A PRISÃO DOMICILIAR, SOMENTE PORQUE NÃO HÁ ESTABELECIMENTO ADEQUADO. HÁ OUTRAS FORMAS ALTERNATIVAS QUE ATENDAM A FINALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL.” (RHC 5106/RN, T6, UN, Rel. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ 17/02/1997 PG:02171)

²⁷ CRIME HEDIONDO. Condenação por infração do art. 12, § 2º, II, da lei nº 6.368/76. Caracterização.

REGIME PRISIONAL. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição.

Inconstitucionalidade não caracterizada. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

A lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida.

STF, HC 69.603-1/SP, maioria, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 23.04.93, p. 6922.

²⁸ “HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 2º, § 1º. DERROGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM FACE DA LEI 9.455/97. IMPOSSIBILIDADE.

A teor do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, a pena imposta pela prática de atentado violento ao pudor, crime considerado hediondo, deve ser cumprida integralmente em regime fechado.

Prevedo a Lei 9.455/97 a possibilidade de progressão de regime especificamente para o crime de tortura, não há que se falar em derrogação tácita do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, para se estender aquela possibilidade de progressão aos outros delitos elencados neste diploma legal.

bora não seja esse o fundamento expresso das decisões, novas modalidades de pena: a privativa de liberdade em estabelecimento de segurança média ou máxima, e a privativa de liberdade **iniciada** em estabelecimento de segurança média ou máxima. Não se trata da mera pena de reclusão, que por princípio teria o regime inicial e sua progressão como fatores de individualização da pena; mas de reclusão em regime fechado ou iniciada em regime fechado – assim, penas novas.

Com as Leis do Crime Organizado e de Tortura, ficou estabelecido o regime inicial fechado²⁹ e considerando a similaridade sempre adotada com os crimes hediondos e o tráfico, e até que este pode ser em tese considerado delito mais grave, novamente doutrina³⁰ e jurisprudência³¹ manifestaram que não mais seria admitida a pena integralmente em regime fechado, aplicando-se a alteração contida nas leis novas.

O Supremo Tribunal Federal definiu então que a Lei de Crimes Hediondos não foi alterada pelas leis novas, que teriam aplicação específica aos delitos por ela tratados, não alterando o tratamento especial dos crimes hediondos e do tráfico³². No Superior Tribunal de Justiça, permanece a questão ainda sem entendimento uniforme, a Quinta Turma

Ordem denegada.”

HC 8166-RS, 5T, Mai, Rel. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 31/05/1999 PG:00156)

²⁹ Art. 10 da Lei 9.034/95 (crime organizado) e art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97.

³⁰ Como Delmanto (Código Penal Comentado, p. 65) e Toron (1999, p. 34/35).

³¹ Especialmente no Superior Tribunal de Justiça, relata Delmanto (op.cit.) Ter sido decidido que “a Constituição e a Lei nº 8.072/90 conferiram tratamento unitário aos delitos que relacionam”, os quais “têm, por isso, nessa extensão, a mesma disciplina normativa” (RESP 140.617-GO, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T.).

³² “Vide nota 11.

acompanha o entendimento do Supremo³³, enquanto a Sexta Turma ainda permanece considerando derogada a restrição à progressão de regimes prisionais³⁴.

É interessante observar, ao final, que outro aspecto surge do regime integralmente fechado para o tráfico internacional: a competência do processo de execução é integralmente da Justiça Comum Estadual. Isto se dá pela inexistência até hoje de presídios federais – embora constitucionalmente autorizados – de forma que toda pena em regime fechado ou semi-aberto será executada em estabelecimento sob a jurisdição estadual, que passa a ser competente para os incidentes da execução³⁵, de condenados por qualquer Poder Jurisdicional.

6.4.2 ANISTIA, GRAÇA e INDULTO.

Também na execução é de ser lembrada a alteração do art. 2º, inciso II, da Lei de Crimes Hediondos, que veda: *anistia, graça e indulto*. Tendo a Constituição proibido tão

³³ “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORIGINÁRIO. MUDANÇA DO REGIME FECHADO PARA O SEMI-ABERTO. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. REVISÃO DA SENTENÇA.

“Em razão de tratar a Lei nº 9.455/97 especificamente do crime de tortura, não pode seu texto servir à revogação total de dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, que regula uma gama maior de condutas delituosas.” Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal (HC 77.001/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, in DJ de 21/08/98). A atenuante da menoridade já foi considerada quando da fixação da pena. Ordem denegada.”

HC 8755-MG, 5ª T., UN, Rel. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 28/06/1999 PG:00130.

³⁴ “RHC - PENAL - CRIME HEDIONDO - PENA - EXECUÇÃO - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - CONSTITUCIONAL - PENAL - EXECUÇÃO DA PENA - CRIMES HEDIONDOS (LEI N. 8.072/90) - TORTURA (LEI N. 9.455/97) - EXECUÇÃO - REGIME FECHADO

A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os 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. A Lei n. 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (art. 2º, § 1º). A Lei n. 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º - 7º: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei n. 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei n. 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes. Matéria solucionável no âmbito da legislação infraconstitucional.”

RHC 8520- MG, 6ª T., Mai, Rel. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ 21/06/1999 PG:00203.

³⁵ Neste sentido, RT 657, p. 283.

somente a graça e a anistia (art. 5º, XLIII), surge como acréscimo da lei a restrição ao indulto.

Anistia é a modificação pelo Legislativo, que deixar de considerar como crime fato até então delituoso, retirando todos efeitos de processo e eventual condenação. É a única das três formas que atinge o autor do crime mesmo antes da fase de execução da pena.

A graça e o indulto constituem-se em perdão concedido pelo Executivo; a primeira individual e a pedido, e o segundo geralmente coletivo e independente de requerimento. Ambas antecipam a liberdade do condenado, aplicando-se apenas na fase de execução da pena.

A restrição ao perdão público – graça e indulto – pode ser compreendida como limite à discricionariedade do administrador e passível de controle limitador da lei ou da própria Constituição. Tendo a Lei Maior proibido até mesmo a anistia e no mesmo sentido vedado o indulto individual (graça), resta coerente e razoável a restrição legal – até explicativa – de que também o indulto coletivo seria vedado nos crimes hediondos³⁶.

Quanto à anistia, Entendemos impossível ao legislador ordinário prever o impedimento de que novas leis – não se tratando de norma de vigência temporária - (e mesmo a Constituição) venham a abolir a tipicidade de condutas. Tendo essa restrição foro constitucional, porém, torna-se possível admitir que o constituinte tenha vedado ao poder constituído legislar anistiando determinados crimes.

É de se notar que a Lei de Tortura vedou tão somente a graça e a anistia³⁷, como na Constituição, deixando de proibir o indulto. Trata-se de lei especial, cuja aplicação será restrita aos crimes de tortura³⁸.

Interessante é discutir, agora, se é possível o indulto (coletivo) de crimes de tortura. Sem restrição legal, a princípio seria cabível favor administrativo em benefício do condenado. Já alertamos sinteticamente, contudo, que parece-nos até interpretativa a Lei nº 8.072/90, porque não é razoável a restrição constitucional ao indulto individual e mesmo em maior sentido à anistia, sendo não obstante admitido o indulto coletivo. Reconhecemos

³⁶ Há divergência doutrinária a respeito. Em sentido contrário, Themístocles Cavalcanti, 1986, p. 164.

³⁷ Art. 1º, § 6º, da Lei nº 9.455/97.

³⁸ Valem as mesmas considerações de especialidade da norma, objeto de decisão pelo STF e aqui mencionadas em nota anterior.

que será restrição sem fundamento exposto em lei, bem como que o objetivo e peculiaridades do indulto coletivo não se confundem com a anistia e a graça, mas não nos parece razoável vedar ao legislador a abolição do crime, vedar ao Administrador o perdão da pena de uma pessoa (com circunstâncias certamente muito favoráveis) e admitir que possa esse administrador perdoar a todo um grupo de autores de crimes hediondos.

Sendo vedada a categoria jurídica de alcance maior (anistia) e a de menor (graça), não é razoável interpretar-se como possível a similar categoria intermediária, do indulto.

6.5 SUBSTITUTIVOS AO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

6.5.1 SUBSTITUIÇÃO POR PENAS ALTERNATIVAS

A Constituição Federal e a lei de crimes hediondos nada mencionaram quanto à possibilidade ou não de ser a pena restritiva de liberdade substituída por penas alternativas – nova e elogiável tendência do sistema penal, que pretende recompor os danos do crime (à sociedade e ao criminoso) sem as malélicas e normalmente inúteis conseqüências da privação da liberdade.

De um lado, tem-se a necessidade de serem protegidos os direitos individuais, cuja restrição necessita de fundamento legal e de razoabilidade, ao que deve ser somada a edição da Lei de Penas Alternativas³⁹. De outro ângulo, deve ser reconhecida a clara tendência de ser restringida a liberdade do traficante e autor de crime hediondo, seja a liberdade em fase provisória, seja especialmente em fase de execução da pena – daí parecerem inadmissíveis as penas alternativas.

No primeiro sentido, admitindo a aplicação da Lei de Penas Alternativas aos crimes hediondos e fazendo com que possa o magistrado no caso concreto examinar o cabimento ou não da substituição, veio o Superior Tribunal de Justiça, por sua 6ª Turma, a prolatar a seguinte decisão:

³⁹ Art. 44 da Lei nº 9.714/98.

“HC - PENAL - PENA SUBSTITUTIVA - LEI Nº 9.714/98 - CRIME HEDIONDO -

- A Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal brasileiro. O art. 44 relaciona as condições: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Reclamam-se, pois, condições objetiva e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exhaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44).

(HC 8753/RJ, 6ª T., UN, Rel. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ 17/05/1999 PG:00244)

Além da força dos argumentos expendidos, deve ser observada a grande influência nos julgados criminais pelo então Min. Vicente Cernicchiaro e a clara tendência deste em atenuar o forte caráter restritivo do controle judicial da pena, em todos os aspectos já antes examinados – de regime inicial, progressão de regime, aplicação mais benéfica das leis novas. Em regra, esse posicionamento inicial, não obstante a força de seus argumentos, não restou acolhido pela Corte Suprema, vindo o próprio Superior Tribunal de Justiça a reverter seu entendimento⁴⁰.

Em sentido oposto, vedando a aplicação das penas substitutivas – e especialmente das restritivas de direitos – aos crimes hediondos e ao tráfico, manifestou-se o Des. Luiz

⁴⁰ Vejam-se a respeito os comentários sobre os itens de regime inicial e progressão de regimes na execução da pena, bem como quanto à aplicação da lei de tortura nos casos de anistia, indulto e liberdade provisória.

Carlos Peçanha (1999)⁴¹, seguindo posicionamento que cita da 5ª Turma do mesmo Superior Tribunal de Justiça, e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

"Recurso em habeas corpus. Penal e processo penal. Paciente que respondeu ao processo sob custódia. Condenação no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Direito de apelar em liberdade, Vedação legal. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei nº 9.714/1998. Crime equiparado a hediondo. impossibilidade. - Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão. Precedentes.

- Firme jurisprudência desta Corte no sentido de que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, razão pela qual é insuscetível de determinados benefícios, dentre os quais o de recorrer em liberdade, a teor do art. 20, *caput*, da Lei nº 8.072/90. À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela "Lei das Penas Alternativas" (Lei nº 9.714/1998) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei nº 8.072/90 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 12, do art. 20-, da Lei nº 8.072/90).

- Inteligência da Súm. 171-STJ.

- Recurso desprovido.

(STJ, RHC 8.620/PR, 5ª T, UN, Rel. José Arnaldo da Fonseca, DJ 16/8/99 - P. 80)

"Tráfico ilícito de entorpecente Substituição da pena. Pena restritiva de direitos. Prestação de serviços à comunidade. Impossibilidade. Lei nº 9.714, de 1998. Inaplicabilidade. Crime de tráfico de drogas. Decisão que substitui pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e restrições de direitos, constitui, além de flagrante ilegalidade, carência de bom senso, à medida que possibilita ao traficante dar continuidade à sua delatéria em hospitais, escolas e orfanatos, 'ex vi' do artigo 46 do Código Penal. Inaplicabilidade da Lei nº 9.714/98 aos crimes hediondos ou a eles assemelhados. Provimento do recurso ministerial, (LCR)

(TJRJ, Acrim 1771/99, 4ª CCrim, Rel. Menna Barreto - Julg.: 22/ 06/1999).

⁴¹ AMAERJ notícias n.º 46, p. 22/23.

Temos manifestado nos itens anteriores que compreendemos como clara a intenção restritiva de liberdade do constituinte e legislador da criminalidade hedionda. Assim, parece-nos desarrazoado pretender aplicar a genérica Lei de Penas Alternativas aos crimes hediondos e ao tráfico, que sequer admitem início em regime que não seja o fechado. Seria interpretar como possível prestar serviços à comunidade o traficante que deve ter sua pena integral em local de segurança média ou máxima e não pode receber anistia ou indulto. Sendo interpretação que conduz ao absurdo, não deve ser ela admitida, especialmente com base em lei nova de caráter genérico, que sequer menciona os crimes tratados de forma específica e diferenciada das condições comuns do Código Penal.

6.5.2 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.

Assim, como ocorre no item anterior, a Constituição Federal e a lei de crimes hediondos também nada expressam quanto ao cabimento da suspensão condicional da pena – o *sursis*.

Tem-se, então, as mesmas considerações de que pode a questão ser interpretada em favor do réu, protegendo o direito individual de liberdade, cuja restrição necessita expressa e razoável restrição legal. Pode, também, ser admitida a impossibilidade pela desarrazoada suspensão de pena a quem pratica crime hediondo, cujas restrições à liberdade já se verificam na fase processual e ainda mais fortemente em execução da pena.

Franco (1994)⁴² expressa que deve ser concedido o *sursis* em crimes hediondos, porque “presentes todos os requisitos exigidos para a substituição da pena privativa de liberdade, não fica ao talante do juiz concedê-la ou não. A substituição torna-se obrigatória”. No mesmo sentido decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que “Desde que preenchidos os requisitos legais, a serem verificados via de cognição mais ampla, o "sursis" pode ser concedido em caso de ilícito penal qualificado de hediondo. Precedentes.”⁴³

⁴² Franco, 1994, p. 157.

⁴³ HC 7919/SP, 5ª T., Un, Rel. FELIX FISCHER, DJ 22/02/1999 PG:00114.

Já a 5ª Turma do STJ entendeu que “ o regime prisional fechado integral é incompatível com o instituto da suspensão da pena”⁴⁴.

Em se tratando de conflito dos mesmos pontos já examinados em itens anteriores, reiteramos ser clara a intenção restritiva de liberdade do constituinte e legislador da criminalidade hedionda. Assim, parece-nos desarrazoado pretender aplicar a genérica suspensão condicional de pena que em verdade deverá dar-se exclusivamente no regime fechado. Seria interpretar como possível deixar o traficante solto por período de prova, em que inclusive preste serviços à comunidade, quando lei especial determina sua pena em local de segurança média ou máxima e não pode sequer receber anistia ou indulto. Sendo interpretação que conduz ao absurdo, não deve ser ela admitida, especialmente com base em lei de caráter genérico.

6.6 QUADRILHA NO TRÁFICO

O art. 8º da Lei de Crimes Hediondos prevê o crime de quadrilha para crimes hediondos⁴⁵, o que gerou impasse em relação ao correspondente crime de associação, específico da Lei de Tóxicos.

Inicialmente, houve divergência jurisprudencial, com julgados entendendo revogado o art. 14 da Lei nº 6.368/76⁴⁶.

No mesmo sentido, Silva Franco (1991) e Silva Júnior (op.cit.), entendem que *a redação do caput do artigo 8º afasta a incidência do art. 14. O esforço de conjugá-las a nosso ver, fere princípios elementares de hermenêutica.*

⁴⁴ STJ, RESP 91852/MG, 6ª T., UN, Rel. Vicente Leal, DJ 05/05/1997 PG:17139.

⁴⁵ Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

⁴⁶ O artigo 8º da Lei nº 8.072/90, revogou o artigo 14 da Lei nº 6.368/76, por isso, a associação criminosa é tipificada pelo art. 288 do Código Penal, que exige que o vínculo associativa não seja esporádico, mas tenha caráter estável, o que não ficou provado nos autos.

(Recurso Criminal nº 94.04.46568-2-RS, Juiz Jardim de Camargo, Rel. p/ ac., DJU 08.03.95, p. 11881)

Em sentido contrário, Nogueira (1992) leciona:

Teria o artigo 8º, da lei dos crimes hediondos revogado o artigo 14 da lei antitóxicos, quanto à pena a ser aplicada em bando ou quadrilha de traficante?

Entendemos que deva prevalecer a pena prevista no art. 14 da lei antitóxicos, que visa justamente reprimir com mais rigor o tráfico de entorpecentes ou drogas afins, tendo havido um cochilo dos legisladores crimes hediondos, que, aliás, deveria ter aumentado, como fez com outros crimes, a pena do tráfico e do bando de traficantes para não ficar aquém da pena de associação.

Não concordamos com a abrogação do art. 14 porque o art. 8º não tratou por completo da situação do tráfico e nem parece ter pretendido retirar a aplicação do art. 14.

De outro lado, temos que considerar razoável o critério de justiça do magistrado Nogueira, já que ilógico a lei que veio para aumentar a repressão a delitos graves venha a beneficiar traficantes.

Solução alternativa, mas perigosa por criar nova norma jurídica, seria caminhar no sentido apresentado pelo Supremo Tribunal Federal quando do exame do recurso em liberdade do traficante⁴⁷: mantém-se a validade do art. 14 da Lei 6368, que é norma especial e contém peculiaridade de número mínimo de dois participantes, mas com a pena do art. 8º da Lei 8072, porque embora injusta (uma lei que pretendia aumentar penas vem a reduzir na associação para tráfico), é lei nova a prever pena diversa, mais benéfica aos réus, que deve ter aplicação.

Essa efetivamente foi a posição de nossa Corte Suprema, a realizar interpretação corretiva, entendendo aplicáveis ambas as normas legais⁴⁸. A conduta delituosa permanece

⁴⁷ Item 7.4.

⁴⁸ PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ASSOCIACAO PARA O TRAFICO DE ENTORPECENTES. Lei 6.368/76, art. 14. Lei 8.072/90, art. 8º.
I. - Tratando-se de associação para o tráfico de drogas, prevalece a tipificação do art. 14 da Lei 6.368/76, vale dizer, a associação de duas ou mais pessoas, para praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas, tipifica o delito do art. 14 da Lei 6.368/76. A pena a ser aplicada será a prevista no art. 8º da Lei 8.072/90, isto é, reclusão de três a seis anos. Precedentes do STF.
II- A absolvição de um dos réus do crime de associação para a pratica do trafico de drogas não modifica a situação dos outros dois réus, que também haviam sido condenados como incurso no art. 14 da Lei 6.368/76.
III. H.C. indeferido.
(HC Nº: 73119-SP, T2, UN, Rel. CARLOS VELLOSO, DJ 19-04-96 PP-12215)

como descrita no art. 14 da Lei nº 6.368/76, mas a pena aplicável foi alterada pela Lei nº 8.072/90:

Com efeito, atendendo-se a que o artigo 8º da Lei nº 8.072/90 se dirige à pena e a que o artigo 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como em vigor o tipo delituoso previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação ab-rogante - que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciliabilidade absoluta - será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade.

(HC Nº: 68793/RJ, 1ª T., Maioria, Rel. p/ ac. MOREIRA ALVES, DJ 27-06-97 PP-30287)

Deve ser reconhecido o risco de interpretar conjugando normas legais diferentes, pela grave possibilidade de criar terceira (e jamais legislada) norma jurídica. Entendeu o Supremo, porém, que a lei nova não pretendeu alterar a conduta da quadrilha no tráfico, mas acabou (certamente sem perceber o legislador) reduzindo sua pena, em derrogação parcial da antiga norma. No mesmo sentido, caminharam Mirabete e Evangelista de Jesus (1990).

Por derradeiro, deve ser salientada a criação pela Lei nº 8.072/90, de nova causa especial de diminuição de pena da quadrilha: a delação. Trata-se de interessante instrumento para o incentivo à solução dos crimes e que na quadrilha dos crimes hediondos veio com exigência de resultado específico: *desmantelamento da quadrilha*.

Assim, além do ato de delatar, de indicar outros integrantes da quadrilha, há necessidade de que como consequência desse ato deixe de atuar a organização criminosa. Interessante é observar que esse resultado não depende apenas da delação, mas da eficiência policial (que pode deixar criminosos escaparem) e mesmo de fatores diversos (maior facilidade ou não nas buscas, mudança da quadrilha ...). Como o resultado é exigido, a vontade do agente em colaborar para o desmantelamento da quadrilha não é suficiente para aplica-

ção da minorante, devendo então – quando o resultado não for obtido por razões alheias à vontade do delator – servir como causa atenuante genérica⁴⁹.

Do mesmo modo que a atenuante da confissão espontânea, não é exigível na delação a voluntariedade, ou seja, caberá a causa especial ainda que movida a delação por insistência da polícia ou tão somente pelo móvel (até vil) de obter a redução da pena.

6.7 PRAZOS DIFERENCIADOS

Para melhor poderem ser investigados os crimes hediondos e o tráfico, estabeleceu a Lei nº 8.072/90 prazo especial para a prisão temporária: 30 dias⁵⁰. Dos cinco dias de prisão temporária, da Lei nº 7.960/89, aumentou-se o prazo em seis vezes. Não deixa de ser questionável um aumento sêxtuplo para crimes que poderão ou não justificar essa necessidade de especial tratamento mais gravoso – voltam aqui os comentários já feitos ao recriar a escolha de crimes hediondos independente do fato concretizado. Não obstante, é justificável o prazo maior pelo potencial ofensivo dos crimes hediondos e porque tende a sociedade a aceitar maiores restrições individuais em crimes que lhe afetem mais fortemente, para propiciar melhor resposta criminal⁵¹.

Tratando-se de matéria compatível com a lei ordinária, inexistem maiores discussões de constitucionalidade dessa ampliação do prazo de prisão cautelar, na forma temporária.

Há, ainda, interessante alteração para o dobro nos prazos do procedimento criminal nos delitos dos arts. 12, 13 e 14 da Lei de Tóxicos⁵². Trata-se de medida útil para a me-

⁴⁹ Art. 66 do Código Penal.

⁵⁰ Art. 2º

...
§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

⁵¹ Veja-se a respeito o Capítulo Tráfico e o Crime Organizado.

⁵² Art. 10 - O art. 35 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:
Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14.

lhora persecução criminal dos delitos de tráfico; a restrição maior ao direito à rápida conclusão do feito criminal, cede ao interesse social de serem solucionados os delitos hediondos e de tráfico.

A disposição de que são dobrados os prazos constantes do capítulo IV, que compreende os seguintes prazos: comunicado da prisão em flagrante, remessa desses autos ao Juízo, oferta e recebimento da denúncia, citação e interrogatório, saneador, audiência, debates orais, sentença e reabilitação. Assim, não há prazo especial para a apelação ou em qualquer procedimento de segundo grau⁵³.

⁵³ “PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATORIA. TRAFICO DE DROGAS. APELAÇÃO. PRAZO. - O PRAZO PARA INTERPOR APELAÇÃO EM FACE DE SENTENÇA CONDENATORIA POR TRAFICO DE ENTORPECENTES E O PREVISTO NO ART. 593 DO CPP - 5 DIAS -, SENDO CERTO QUE O PAR. UNICO DO ART. 35 DA LEI 6.368/76 NÃO TEM APLICAÇÃO EM MATERIA RECURSAL. "HABEAS CORPUS" DENEGADO.”

7 TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS

7.1 TRÁFICO COM O EXTERIOR

Pune a Lei de Tóxicos como figura qualificada o “tráfico com o exterior”¹.

O conceito de tráfico já foi abordado em tópico específico, onde após exame dos diferentes entendimentos restou expressa nossa posição de que tráfico abrange as condutas dos arts. 12 e 13 da Lei nº 6.368. O art. 12 descreve condutas de traficância, ainda que preparatórias ou por assimilação, e constituem tráfico. O art. 13 trata da posse ou alienação de instrumento para o tráfico e como procedimento preparatório e unicamente tendente ao tráfico, com tipificação expressa, é atividade de traficância e como tráfico também deve ser considerado. Também a quadrilha, ainda, que embora não seja diretamente tráfico constitui delito realizado para esse fim, merece o mesmo tratamento processual.

Para o conceito de tráfico, deve ser levada em conta a idéia de transferência consciente da droga, ou os atos preparatórios típicos, pouco importando a forma (se por produção, importação ou venda), a habitualidade ou a intenção de lucro.

Não pode ser utilizado apenas o estudo semântico para entender o tráfico como comércio (habitual e com lucro), mas sua finalidade na norma em que se encontra inserido – onde constitui modalidade criminosa dos traficantes, configurada nos arts. 12, 13 e 14, em contraposição ao crime dos usuários – e no contexto das normas jurídicas. Observamos que, mesmo no plano das normas internacionais, resta esclarecido o alcance do termo tráfico para variadas formas de configuração, indo desde o cultivo, ao refino, porte e alienação².

¹ Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de um terço a dois terços:

I – no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal.

² Gomes (1982, p. 33), esclarece que os crimes relacionados com tóxicos não se resumem a essa única modalidade: a de tráfico [...] Basta ver o que diz a Convenção de N.Y., de 1961, que ao definir certos vocábulos disse-o: "Tráfico ilícito é o cultivo ou qualquer tráfico de entorpecentes que contrariem as disposições da presente Convenção" (Cláusula 1, letra l).

Na figura qualificada, pretendeu o legislador maior sanção pelo crime internacional de tráfico. Note-se que a expressão “tráfico internacional” é novamente utilizada no art. 27 da Lei nº 6.368/76, quando afirma a competência do foro federal. Ora, conjugando o art. 18, III com o art. 27, resta que o tráfico com o exterior será crime amoldável à competência da Justiça Federal.

A competência da Justiça Federal é absoluta – em razão da matéria – e constitucional – somente a Constituição poderá expressamente determinar as hipóteses do “crime federal”, não podendo a lei inovar nessa matéria, ressalvada a hipótese de competência delegada³.

Assim, como não pode a Lei Antitóxicos ter criado nova competência federal, resta entender que o tráfico com o exterior (previsto pelo legislador ordinário) se enquadra entre os crimes previstos no art. 109 da Constituição Federal. Nesse limite, tem-se como possível de ser amoldada apenas a situação do crime internacional previsto em tratados internacionais⁴.

Realmente, o controle dos entorpecentes e a repressão ao seu tráfico ilícito, é objeto de diversos tratados internacionais⁵ e, realizando-se parcela da conduta no Brasil, teremos o crime à distância.

Será tráfico com o exterior, pois, o crime de tráfico de entorpecentes (arts. 12/14 da Lei nº 6.368) realizado parcialmente no território brasileiro.

Primeiramente, observamos que será configurado o crime à distância pela tipificação no direito brasileiro (princípio da territorialidade), pouco importando que a parcela de conduta tenha ocorrido em outros países onde seja o fato atípico. O fato é crime para o Brasil, que o pune ainda que parcela apenas tenha ocorrido em nosso território (princípio da ubiqüidade). Essa noção será novamente salientada quando do exame da droga lança perfume⁶, pela incabível definição como essencial que julgados

³ Onde não seja sede de Vara Federal, poderá a lei criar hipótese de delegação da competência federal ao Juiz Estadual (art. 109, § 3º, da CF).

⁴ “Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

...

V- os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;”

⁵ Veja-se o Cap. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, subitem CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

⁶ Cap. TRÁFICO COM O EXTERIOR, subitem LANÇA PERFUME.

vêm dando à atipia da conduta no exterior. Insistimos, o crime em que parte de seus atos aconteça em território nacional é de interesse para a persecução criminal brasileira, com base na lei material brasileira, desinteressando à tipificação a correspondente tipicidade no estrangeiro.

Veja-se que ao prever a qualificadora, claramente demonstrou o legislador interesse em apenar mais gravemente essa conduta de tráfico internacional, não somente pelo dano - mesmo potencial - a terceiro país, mas também pela maior periculosidade e indiferença ao controle público demonstrados pelo crime através de fronteiras. O ataque a diferentes soberanias e povos, bem como a inferência de organização criminal, em nível internacional, tornam efetivamente recomendável a figura qualificada.

Exemplificando, a compra da droga no estrangeiro, com intenção de comerciá-la, é tráfico naquele país. Ao ser transposta a fronteira com o Brasil, iludindo o sistema de fiscalização e repressão, tem-se a posse da droga neste país. Há tráfico começado no estrangeiro e prosseguido no Brasil; há tráfico internacional.

Não obstante a aparente simplicidade, não tem sido aceito como critério maior a mera origem da droga.

O argumento é de que a excepcionalidade do aumento de pena e da competência judiciária federal, exigem efetiva ligação de traficância com o estrangeiro: é a atividade de tráfico que é internacional e não a droga.

Nesse sentido, explicitou o Supremo Tribunal Federal (STF) que *o fato de o entorpecente apreendido ser de origem estrangeira, e haver sido encontrado em hotel ou ruas de cidade brasileira, não significa, só por si, tráfico internacional*⁷.

Realmente, acaso fosse acolhida a tão só origem da droga para configurar a internacionalidade do tráfico, estaria o foro federal – que não deve constituir-se na regra de julgamento dos crimes – a julgar a grande parte dos crimes de tóxicos, com caracteres, interesses e conseqüências diretos no campo interno.

A exigência da atividade internacional para o tráfico, reduz a qualificadora aos limites da maior gravidade do crime e à excepcionalidade do foro federal. Melhor é, pois, a exigência da efetiva ligação, da cooperação internacional para o tráfico, afetando dois ou mais países.

Como já decidiu o pretório Excelso, não basta que o produto seja estrangeiro ou sua mera importação. Deve ocorrer o elo internacional, pela ligação entre o brasileiro

⁷ RHC 58.792, DJU 8.5.81, p. 4117, in Delmanto, op. cit).

e pessoa ou organização no estrangeiro ou por uma seqüência de atividades envolvendo países diversos, de forma que se possibilite a identificação de uma operação interligada de transação de drogas nesses diferentes países.

A jurisprudência pátria tem discutido a questão, posicionando-se em favor da tese aqui esposada:

“COMPETENCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE COOPERAÇÃO OU COMÉRCIO INTERNACIONAL.

- A INSTRUÇÃO CRIMINAL DEMONSTRA A INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO INTERNACIONAL, NO TRÁFICO DE ENTORPECENTE. ISSO É O BASTANTE PARA AFASTAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E RECONHECE-LA COMO DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

- CONFLITO CONHECIDO.”

(CC 18576/RS. S3, UN, Rel. WILLIAM PATTERSON, DJ 07/04/1997 PG:11051)

Tráfico internacional é a cooperação internacional na produção, circulação e comercialização do tóxico ou entorpecentes. Nesse sentido os precedentes do STF (HC 52.328/SP, RTJ 71/358; HC 56.883/AL, RTJ 89/449), sendo irrelevante a mera origem estrangeira da substância ou de que o tráfico tenha se exaurido anteriormente (RHC 58.775/RJ, RT 554/436).

Na dicção do Supremo Tribunal Federal, a repressão ao tráfico internacional (v. ACr 89.04.01658-4/PR, RTRF 4ª nº7 p. 118 e ss) deriva dos compromissos internacionais que o Brasil assumiu do ponto de vista penal, e não da mera importação de entorpecentes ou tóxicos.

Como a substância vulgarmente conhecida por "lança-perfume" (cloreto de etila - fl. 27) está incluída na relação das substâncias entorpecentes, o caso é de simples importação, ou tentativa, de tóxico, aliás como acertadamente opinou o parecer do M.P.F., mas não crime na modalidade de tráfico internacional, não obstante proviesse da Argentina...”

RTRF 4ª, nº 10, p. 410, ACr nº 92.04.04227-3/RS, voto vencido do Juiz Volkmer de Castilho.

Deve estar comprovada a ligação internacional para o tráfico. A origem estrangeira da droga é valor secundário e desinfluyente ante a gravidade do comércio interno de entorpecente. Para que a aquisição da droga no exterior seja relevante, há de estar

relacionada a outras atividades, definidoras de tráfico e potencialmente danosas ao país, como a falsificação de documentos, a oferta de propinas a servidores, o envolvimento de nacionais, etc.

7.2 TENTATIVA DE TRÁFICO INTERNACIONAL

É interessante observar a divergência a respeito da possibilidade do crime tentado. Embora seja em tese admissível a tentativa quando o ato material realizador do tipo possibilitar um *iter*, tal situação é de difícil caracterização no tráfico. Isto ocorre porque diversos atos preparatórios da conduta de tráfico, a este são equiparadas e penalmente tipificadas, de forma que o preparo para a venda já consistirá em tráfico pelas condutas de posse ou guarda.

Esta situação, comum aos crimes de tráfico, se dá também no tráfico com o exterior, com o detalhe de que então mesmo tentada a internacionalidade estará consumado o crime de tráfico, daí se aplicando a qualificadora. Em outras palavras, a consumação do crime qualificado depende apenas da ocorrência do tráfico, sendo a qualificadora da internacionalidade aplicada independente de realizar-se o resultado do crime à distância.

Nesse sentido, vêm decidindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao acolher que mesmo durante o transporte para o exterior, ou quando barrado o agente na alfândega, enfim pela mera intenção de remessa da droga ao estrangeiro (nem mesmo configurando tentativa, porque sequer iniciada a execução), já estará configurada a internacionalidade do tráfico – este sim consumado ao menos pela posse dos entorpecentes:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. ARTIGOS 12 E 18, I, DA LEI Nº 6.368, DE 21.10.1976. CRIME PROVOCADO. FLAGRANTE FORJADO OU PREPARADO. PENA: AUMENTO (ART. 18, I, DA LEI).

1. Não fica evidenciada hipótese de crime provocado, ou de flagrante forjado, se os agentes participam da obtenção, da guarda e do transporte de cocaína, que se destina ao exterior, consistindo a atividade da Polícia, apenas, em obter informações sobre o propósito deles e em acompanhar seus passos, até a apreensão da droga, em pleno

transporte, ainda no Brasil, seguida de prisão em flagrante.

2. Destinando-se a droga ao exterior, incide a majorante do inc. I do art. 18 da Lei nº 6.368, de 21.10.1976, ainda que aquela não chegue até lá, pois o que se quer punir, com maior severidade, mediante esse aumento de pena, é a atividade mais audaciosa dos agentes, que se animam a um tráfico internacional e adotam todas as providências para que ele se viabilize, como ocorreu no caso, apesar da frustração, ditada pela diligência da Polícia.

3. “Habeas Corpus” indeferido. Decisão unânime. (HC Nº: 74510, 1ª T., UN, Rel. SYDNEY SANCHES, DJ 22-11-96 PP-45690)⁸

⁸ Além de outros julgados, como “AGENTE QUE TRANSPORTA DROGA PARA O EXTERIOR E É DETIDO AINDA NO TERRITÓRIO NACIONAL. CARACTERIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.” (HC 64880, 2ª T., UN, Rel. FRANCISCO REZEK, DJ 29-05-87 PG-10521)

“TRAFICO DE ENTORPECENTE. COMPETENCIA DA JUSTICA FEDERAL (ART. 125, V, DA CONSTITUICAO). SE A INFRACAO FOI COMETIDA NO AMBITO ALFANDEGARIO, POR PESSOAS AQUI RESIDENTES, MAS COM IMPLICACOES INTERNACIONAIS, PORQUE PRODUZIRIAM EFEITOS EM OUTRO PAIS, CONSTITUI QUESTAO DE DIREITO PENAL INTERNACIONAL, CUJA COMPETENCIA E DA JUSTICA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.” (AGRAG Nº: 118218, 2ª T., Un, Rel. CARLOS MADEIRA, DJ 29-05-87 PG-10528

“PENAL. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA. APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LIMITE DE INCIDENCIA DAS ATENUANTES RECONHECIDAS.

I - SE O AGENTE, TRAZENDO CONSIGO OU TRANSPORTANDO A DROGA, È DETIDO QUANDO PRETENDIA EXPORTA-LA, O DELITO PREVISTO NO ART. 12 DA LEI N. 6.368/76 ESTA CONSUMADO, SENDO IRRELEVANTE, EM SEDE DE TIPIFICAÇÃO, A TENTATIVA DE EXPORTAÇÃO.

II - A MAJORANTE DO ART. 18, INCISO I DA LEI DE TOXICOS ALCANÇA AS HIPOTHESES DE "TRAZER CONSIGO" OU DO "TRANSPORTE DA DROGA" VISTO QUE SE CONSIDEROU DEMONSTRADO O "TRAFICO COM O EXTERIOR".

...”
(RESP nº 146056-RS, T5, UN, Rel.: FELIX FISCHER, DJ 10/11/1997 PG:57830)

“PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. APREENSÃO NA ZONA DE FRONTEIRA BRASILEIRA. CRIME CONSUMADO. ARTS. 12 E 28, I, DA LEI 6368/76.

- O crime definido no art. 12 da Lei nº 6368/76 compreende dezoito ações identificadas pelos diversos verbos ou expressões ali inscritas, em face do que tal delito se consuma apenas a prática de qualquer daquelas ações arroladas no tipo penal.

- Tendo sido o réu surpreendido pela fiscalização portando drogas no momento em que ingressava na Zona de fronteira do País, consumou-se o delito sob a forma de transportar ou trazer consigo substância entorpecente.

- Recurso especial conhecido e provido.”
(RESP 144737/PR, T6, UN, Rel. VICENTE LEAL, DJ 24/08/1998 PG:00112)

Interessante argumento é a aplicação da teoria finalista da ação, adotada na Reforma da Parte Geral do Código Penal, punindo-se o agente não com base nos atos físicos realizados, mas pela conduta voluntariamente dirigida a um fim⁹ – no caso, a traficância internacional.

Na doutrina, porém, é normalmente distingüida a consumação do crime de tráfico, da consumação do crime de tráfico com o exterior. Assim, (Tucci- 1992) explica que “o início de execução do cometimento delituoso relacionado com tóxico implica a sua consumação, de sorte a esgotar e exaurir a modalidade criminosa” (Tucci- 1992). O mesmo Tucci, porém, entende, inclusive apoiando-se no escólio de Greco Filho (1992), que o início da execução do tráfico internacional “deve corresponder a efetiva caminhada ou trasladação do agente para o veículo ou outro meio de transporte que o faça ultrapassar as nossas fronteiras[...] Enquanto isso não acontecer, ou seja, na mera expectativa do momento de entrar ou sair do país, cinge-se sua ação, obviamente, a *ato* ou *atos preparatórios*,...”.

Nossa posição coincide em tese com aquela dos tribunais superiores. Não vemos razão a Tucci, porque em verdade baseia-se no raciocínio de consumação independente para o tráfico internacional, como se este configurasse novo crime, quando é mera causa qualificadora do crime único de tráfico. Assim, realmente a aplicação da qualificadora depende da consumação do tráfico (crime ocorrido), bastando que tenha sido tentada a internacionalização do crime.

Ressaltamos a concordância em tese, porém, porque algumas ementas fazem crer em aplicação da internacionalidade com base em presunções e até esse ponto não poderá ser acolhida a qualificadora. Não é cabível a responsabilização criminal por qualquer conduta – mesmo pela conduta qualificada ou agravada – enquanto não tenha ela sequer tido iniciada a execução. Assim, o tráfico será punido como qualificado pela internacionalidade quando houver sido ao menos iniciada a conexão internacional, com a exteriorização da conduta tráfico com o exterior. Residindo apenas na intenção dos agentes a exportação/importação da droga – fase ainda cognitiva – o crime cometido circunscreve-se ao executado tráfico interno.

⁹ Como ocorre na hipótese do roubo impróprio: “LATROCÍNIO – TENTATIVA – CONFIGURAÇÃO. Frente à teoria finalista, descabe falar em tentativa de roubo quando o agente havia tentado subtrair certo bem da vítima cuja morte foi objetivada mediante disparos de arma de fogo – Precedente: habeas-corpus nº 48.952/SP, relatado pelo Ministro Antonio Neder perante a Segunda Turma, com acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 61/321.” (HC 73924/SP, T2, UN, Rel. MARCO AURÉLIO, DJ 20-09-96, p. 34537)

Se basta o tráfico consumado e o crime à distância tentado, para tornar-se típica a qualificadora do tráfico com o exterior, deve ser a internacionalidade ao menos percebida por atos concretos de conexão internacional para o crime à distância – não só pelo transporte da droga, como também pela formação da atividade internacional de tráfico. Antes de iniciada a execução do tráfico em mais de um país, têm-se meros atos de cognição ou preparatórios, atípicos e assim irrelevantes ao direito penal¹⁰.

7.3 LANÇA PERFUME

Interessantes discussões surgem a partir da situação de importação do lança-perfume, o que justifica inclusive o exame em separado ora feito da questão. Para o posicionamento quanto ao tema, é necessário desenvolver considerações sobre o caráter de substância entorpecente, o confronto entre contrabando e tráfico pela importação de entorpecente, a caracterização de crime internacional e a competência.

O lança-perfume é um aromatizador, à base de cloreto de etila, antes muito comum em nossos carnavais, que provoca sensação semelhante à embriaguez.

Um detalhe curioso e importante na análise do tema, é que a Argentina produz e comercializa livremente o produto, não estando o cloreto de etila classificado naquele país como substância alucinógena.

Ocorre que o cloreto de etila passou a ser considerado substância entorpecente no Brasil, constando da Relação nº 28, de 13.11.86, da DIMED e posteriormente da Portaria nº 344/1998 - SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. Assim, constando na norma de complemento, é hoje o lança-perfume tóxico e como tal tratado pela Lei nº 6.368/76.

É de ser observado, apenas, que em pequenos períodos o lança-perfume foi excluído do rol do DIMED, acarretando sua não caracterização então como entorpecente, por atipicidade (não cabendo a acusação para prova no processo de que se tratava

¹⁰ Entender-se de outro modo poderia configurar, permissa venia, o absurdo de vislumbrar tentativa no ato de viajar o agente para o exterior com a intenção de trazer, na volta, entorpecente (TUCCI, 1992,).

de substância com poder alucinógeno) e a *abolitio criminis* de casos penais anteriores – já que retroage então a lei nova para beneficiar réus e condenados por fatos anteriores¹¹.

Já se expôs neste trabalho¹² que até a Lei nº 6.368 entendia a jurisprudência que o poder toxicológico da substância seria examinado no processo, caso a caso. Com o art. 36 dessa lei, contudo, houve radical mudança, passando pela norma a ser exigida a caracterização como entorpecente, a inclusão prévia em relação do Ministério da Saúde – a norma complementar do tipo penal em branco¹³.

Não obstante, periódicas teses jurídicas são esboçadas pelo inconformismo em ver punidos com as graves penas do tráfico aqueles que importam algo antes tão comum e até legal em outros países.

7.3.1 LANÇA PERFUME É ENTORPECENTE

Sustenta uma primeira tese, que o lança-perfume não se constituiria em substância entorpecente, tomando como justificativa o art. 37 da Lei de Tóxicos:

Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta Lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da pri-

¹¹ Deve ser acrescentado que o complemento pelo DIMED não pode ser tido como tabela ou norma temporária, a gerar ultra-atividade. Constitui-se em elenco, com intenção de permanência, das substâncias entorpecentes.

¹² Capítulo ASPECTOS CRIMINAIS DA LEI ANTITÓXICO, subitem crimes tipificados.

¹³ Os Tribunais superiores já expressaram o entendimento de ser a Lei Antitóxicos hipótese de norma penal em branco:

“PENAL. TRAFICO ILICITO DE SUBSTANCIA ENTORPECENTE. LEI 6368/76, ARTIGO 36. NORMA PENAL EM BRANCO. PORTARIA DO DIMED, DO MINISTERIO DA SAUDE, CONTENEDORA DA LISTA DE SUBSTANCIAS PROSCRITAS. LANCA-PERFUME: CLORETO DE ETILA.” (HC Nº: 68904-SP, 2ªT, UN, Rel. CARLOS VELLOSO, DJ 03-04-92 PP-04290).

“PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LEI DE TÓXICOS. NORMA PENAL EM BRANCO DE COMPLEMENTAÇÃO HETERÓLOGA. CLORETO DE ETILA.” (HC 7511/SP, T5, Mai, Rel. p/ Ac. FELIX FISCHER, DJ 09/11/1998 PG:00122)

são, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.
(grifou-se)

Pretende-se então demonstrar que pela situação de injusto tratamento ao importador desse aromatizante, mereceria ele a exclusão da lei de tóxicos.

Nesse sentido já decidiu inclusive o Superior Tribunal de Justiça, excluindo o crime de tráfico por entender que o lança-perfume não causa dependência:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CLORETO DE ETILA (LANÇA-PERFUME). DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA. AUSÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DELITO.

- O CLORETO DE ETILA, POR NÃO CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA, NÃO PODE SER CLASSIFICADO COMO DROGA DE TRÁFICO E USO CONDENADO NAS SANÇÕES DA LEI NUM. 6.368/76.

- O MENCIONADO PRODUTO, DE FABRICAÇÃO ARGENTINA, É DE IMPORTAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E USO PROIBIDOS NO BRASIL, ENQUADRANDO-SE O DESRESPEITO A TAIS VEDAÇÕES O CRIME PREVISTO NO ART. 334, DO CÓDIGO PENAL, DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

- PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL (CC NUM. 10.590/PR E CC NUM. 16.251/PR).

- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

RESP 147972/MG, T6, UN, Rel. VICENTE LEAL, DJ 23/03/1998 PG:00192

Não concordamos com tal entendimento, já inclusive alterado naquela egrégia Corte.

Primeiro, o art. 37 da Lei nº 6.368 é fonte de distinção entre crimes da lei de tóxicos e não forma de verificar se há crime de tóxicos.

Segundo, a substância deve ser ou não considerada entorpecente de acordo com a norma de complemento - a Relação do Ministério da Saúde. Não cabe a discussão em cada caso concreto, como se pudéssemos rediscutir em cada processo se a maconha causa ou não dependência física ou psicológica - é a *canabis sativa* substância entorpecente porque a norma de complemento a arrolou como tal de forma razoável. O mesmo deve ser entendido quanto ao lança perfume.

Note-se que não fica impedido o exame da toxidade da substância apreendida – pode a maconha estar tão misturada ou velha que não mais contenha potencial estupefaciente, tornando o crime impossível. O que não se admite é discutir se maconha é entorpecente, porque seu enquadramento como tal é imposto por lei.

Sendo entorpecente o lança-perfume, a importação desse produto caracteriza o tráfico com origem estrangeira da droga – o que pode ou não gerar tráfico internacional.

Assim, embora exista um tratamento não de todo coerente, porque tratadas em tese como iguais condutas de absolutamente diverso potencial ofensivo¹⁴, não pode o julgador deixar-se levar ao perigoso risco de ditatorialmente impor seu justo individual em detrimento do justo coletivo - a princípio contido no conteúdo certo de lei emanada do poder competente. Caberá ao magistrado, no momento da dosagem da pena, dar o tratamento diferenciado entre o traficante típico e aquele que por vezes sequer tem o intento de levar a droga para final consumo.

Conforme já visto na abordagem do desnecessário dolo de mercancia do tráfico, outras situações muito mais injustas do que a importação de lança-perfume são enquadradas como tráfico, por exemplo o cultivo para consumo próprio, a guarda para fins didáticos, etc.

Em síntese, será considerada droga a substância com poder entorpecente contida em rol do competente órgão do Ministério da Saúde e como o cloreto de etila ali consta, como tóxico deve ser tratado¹⁵.

¹⁴ Incoerência esta já analisada no Capítulo LEI ANTITÓXICOS, na análise do crime de tráfico, bem como no Subtítulo QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO TRÁFICO, no elemento Dolo de Mercancia, que surge da tipificação do tráfico - art. 12 - onde não é exigida a intenção de comércio, bastando o dolo de realizar uma de suas condutas tipificadoras.

¹⁵ Nesse sentido :

“HABEAS-CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE: "LANÇA-PERFUME" (CLORETO DE ETILA). LEI Nº 6.368/76. PORTARIAS DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. O tráfico ilícito de cloreto de etila, ainda que como componente químico do produto denominado "lança-perfume", uma vez especificado pelo Ministério da Saúde como substância estupefaciente, configura crime punível segundo a Lei nº 6.368/76.

2. Não há como censurar-se a decisão condenatória decorrente da prisão em flagrante do paciente e a apreensão de frascos de "lança-perfume" com ele encontrados quando vigentes normas legais que especificam o cloreto de etila como substância proscrita.

3. Habeas-corpus indeferido.”

(HC Nº: 77879/MA, 2T, UN, Rel. MAURICIO CORREA, DJ 12-02-99 PP-00002)

7.3.2 IMPORTAÇÃO DE LANÇA PERFUME COMO CONTRABANDO

Pretende uma segunda tese que a importação de lança perfume, seja por não constituir-se em substância entorpecente (vide tópico anterior), seja por não comparar-se aos efeitos do tráfico, constituiria em verdade a importação de produto proibido no Brasil, ou seja, crime de contrabando.

A vantagem dessa posição é tratar menos gravemente a importação de lança perfume e ainda assim manter seu caráter de crime e a competência no foro federal. Tecnicamente, porém, não pode a posição ser sustentada.

Como já exposto, o justo coletivo – traduzido na norma jurídica razoável – deve prevalecer sobre o entendimento pessoal de justiça do magistrado, que deverá aplicar a norma criminal como expressada, no caso tornando-se irrelevante o menor potencial ofensivo do tráfico de lança perfume.

De outro lado e mais importante, a proibição ao lança perfume é por ser ele substância considerada entorpecente pelo Ministério da Saúde, complementando os tipos penais da Lei de Tóxicos e assim configurando o crime de tráfico.

Finalmente, o tráfico constitui-se em figura criminal específica, prevalente sobre a norma genérica de contrabando, aplicando-se então o princípio da especialidade nesse conflito aparente de normas criminais. Ingressar no país com produtos proibidos é contrabando, mas se esse produto for entorpecente se dará o tipo específico de tráfico.

O Superior Tribunal de Justiça chegou por cerca de dois anos a considerar contrabando o ingresso no país de lança perfume. O fundamento era a não caracteriza-

ção dessa substância como entorpecente¹⁶, ou simplesmente que enquadrava-se a conduta como contrabando¹⁷.

Posteriormente, a 3ª Seção acabou firmando entendimento no sentido aqui esposado, de que “O cloreto de etila continua sendo, tal como, v.g., a cocaína, a heroína e a canabis sativa, substância proibida pela Lei nº 6.368/76”. (HC 7.511-SP, Rel. Min. Felix Fischer)¹⁸. No mesmo sentido manifestou o Supremo Tribunal Federal que “O tráfico ilícito de cloreto de etila, ainda que como componente químico do produto denominado “lança-perfume”, uma vez especificado pelo Ministério da Saúde como substância estupefaciente, configura crime punível segundo a Lei nº 6.368/76.” (HC Nº: 77879/MA, 2T, UN, Rel. MAURICIO CORREA, DJ 12-02-99 PP-00002)¹⁹

¹⁶ PENAL. TRAFICO DE ENTORPECENTES. CLORETO DE ETILA (LANÇA-PERFUME). DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA. AUSÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DELITO.

O CLORETO DE ETILA, POR NÃO CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA, NÃO PODE SER CLASSIFICADO COMO DROGA DE TRÁFICO E USO CONDENADO NAS SANÇÕES DA LEI NUM. 6.368/76.

O MENCIONADO PRODUTO, DE FABRICAÇÃO ARGENTINA, É DE IMPORTAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E USO PROIBIDOS NO BRASIL, ENQUADRANDO-SE O DESRESPEITO A TAIS VEDAÇÕES O CRIME PREVISTO NO ART. 334, DO CÓDIGO PENAL, DE COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL (CC NUM. 10.590/PR E CC NUM. 16.251/PR).

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.”

(RESP 147972/MG, T6, UN, Rel. VICENTE LEAL, DJ 23/03/1998 PG:00192)

¹⁷ PENAL. PROCESSUAL. IMPORTAÇÃO DE LANÇA-PERFUME. CONTRABANDO. COMPETENCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

A IMPORTAÇÃO DE LANÇA-PERFUME, PRODUTO DE COMERCIALIZAÇÃO E USO PROIBIDO NO BRASIL, NÃO CONFIGURA CRIME PREVISTO NA LEI DE TOXICOS, ENQUADRANDO-SE NO TIPO PREVISTO NO ART. 334, DO CP.

CONFLITO CONHECIDO. COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.”

(CC 20340/MT, S3, UN, Rel. VICENTE LEAL, DJ 06/04/1998 PG:00014)

¹⁸ A 3ª Seção já havia, por maioria, também decidido “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAL E ESTADUAL. “CLORETO DE ETILA”. TRÁFICO DE DROGAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I - O “cloreto de etila”, vulgarmente conhecido como “lança-perfume”, continua sendo substância proibida pela Lei de Tóxicos, restando configurada, por consequência, a competência da justiça estadual para o processo e julgamento de feito visando à apuração da prática, em tese, de delito caracterizado como tráfico interno de entorpecentes.

II - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de São Miguel de Iguazu - PR, o suscitado.

(CC 23986/PR, 3ª Seção, Maioria, Rel. GILSON DIPP, DJ 24/05/1999 PG:00092)

¹⁹ Vide nota 14.

7.3.3 IMPORTAÇÃO DE LANÇA PERFUME É TRÁFICO INTERNO.

Outra tese, muito mais interessante, é a que pretende excluir o crime internacional da importação de lança-perfume.

Inicialmente cabe lembrar que a competência da Justiça Federal decorre do que neste trabalho denominamos crime internacional, que abrange a origem normativa internacional (tratado ou convenção) mais a concretização de crime à distância (com parcelas do crime em diferentes países): *os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente* (art. 109, inciso VI, da CF).

Essa conclusão e limites se impõem porque ao prever o art. 27 da Lei nº 6.368 a competência delegada da Justiça Federal para o crime de tráfico com o exterior, somente poderia estar-se referindo a competência já prevista na Carta Magna. É que a competência da Justiça Federal é competência absoluta (em razão da matéria) e constitucional; não pode a lei criar ou retirar competências federais. Assim, a previsão da Lei de Tóxicos deveria enquadrar-se nas competências criminais da Justiça Federal e a única possível é a mencionada no inciso VI, do art. 109, da Constituição Federal.

Repetimos então: crime à distância, previsto em norma internacional. Nessa situação enquadra-se o tráfico com o exterior.

O Brasil há décadas é signatário de tratados de controle e repressão aos entorpecentes (fonte jurídica do crime é de direito internacional) e ocorrendo parcela do crime em outro país fora o Brasil (crime à distância), estará caracterizada a categoria de crime internacional e competente será a Justiça Federal.

Esse foi o sentido do famoso conflito de jurisdição 4.067/GB (já citado), onde o STF acolheu a tese do Min. Evandro Lins: *quando houver cooperação internacional entre os agentes do crime, ou quando este se estenda, na sua prática e nos seus efeitos, a mais de um país a competência, a meu ver, deve ser da Justiça Federal, pelo seu caráter Nacional.*

Definidos os limites do crime internacional, passemos a considerar a tese de que não se configura a internacionalidade.

Entendem os partidários dois caminhos para excluir a internacionalidade.

Primeiro, afastam o crime à distância. O entendimento é de que o crime à distância pressupõe dano ou perigo (conforme a modalidade do) em mais de um país.

Como na Argentina o produto não é considerado entorpecente, inexistente dano naquele país, afastando em consequência o crime à distância e a internacionalidade do tráfico²⁰.

Outro ponto entendido como capaz de afastar a internacionalidade do tráfico, é a ausência de norma internacional – não quanto à repressão aos entorpecentes, é claro, mas quanto à toxidade do lança perfume. Assim, ausente a norma internacional, também faltaria requisito necessário ao crime de tráfico internacional²¹.

Atualmente é esta classificação, a de tráfico interno, a que prevalece na jurisprudência nacional.

²⁰ “CC - PENAL - CRIME - TRAFICO INTERNACIONAL - DENTRE OS REQUISITOS DE - RESULTADO - DE CRIME COLOCA-SE O DANO, OU PERIGO AO BEM JURIDICAMENTE TUTELADO. O FATO, POR ISSO, DEVE SER DEFINIDO COMO INFRAÇÃO PENAL EM MAIS DE UM PAIS. ADEMAIS, TRAFICO INTERNACIONAL REPRESENTA O FLUXO DOS ATOS DA CONDUITA DELITUOSA EM MAIS DE UM ESTADO. NÃO BASTA O SIMPLES TRANSPOR A FRONTEIRA.”
(CC 15900/PR, S3, UN, Rel. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ 25/08/1997 PG:39292).

²¹ “CC - TRAFICO - CLORETO DE ETILA.
- NÃO CONSTITUI TRAFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE A INTRODUÇÃO DE LANÇA-PERFUME NO TERRITORIO NACIONAL, POR NÃO CONSTAR NAS LISTAS ANEXAS A CONVENÇÃO FIRMADA ENTRE O BRASIL E A ARGENTINA E NÃO SER CONSIDERADA COMO SUBSTANCIA ENTORPECENTE NO PAIS VIZINHO. OCORRENCIA DO CRIME DOART. 334 DO CP. COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.”
(CC 16251/PR, S3, UN, Rel. CID FLAQUER SCARTEZZINI, DJ 01/09/1997 PG:40726)

“PENAL. COMPETENCIA. CLORETO DE ETILA. INSUFICIENTE A ORIGEM ESTRANGEIRA DA SUBSTANCIA DE USO PROSCRITO NO BRASIL. TRAFICO INTERNO DE COMPETENCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO.
1. O CLORETO DE ETILA, SUBSTANCIA DE USO PROSCRITO NO PAIS, NÃO VEM ELENCADE EM NENHUMA DAS LISTAS DE PSICOTROPICOS ANEXAS AO COMPROMISSO FIRMADO ENTRE O BRASIL E OS GOVERNOS ESTRANGEIROS, CONVENÇÃO UNICA SOBRE ENTORPECENTES DE 1961, SUBSCRITA PELA NAÇÕES UNIDAS.
PARA QUE SE ESTABELEÇA A RELAÇÃO DE TRAFICO COM O EXTERIOR, EXIGE-SE A AÇÃO CONJUNTA DE TRAFICANTES, BEM COMO, ESTAR A MERCADORIA ARROLADA COMO SUBSTANCIA ENTORPECENTE NAS LISTAGENS ANEXAS A CONVENÇÃO SUBSCRITA PELAS ALTAS PARTES CONTRATANTES. AFASTADO O CRIME DE CONTRABANDO PREVISTO NO CODIGO PENAL PELO PRINCIPIO DA ESPECIALIDADE, ACOLHE-SE A CONDUITA NOTICIADA COMO O DELITO PREVISTO NA LEI ANTITOXICOS.
PRESENTE NA RELAÇÃO EMITIDA ATRAVES DA PORTARIA PRT-28 DO DIMED, A SUBSTANCIA ENTORPECENTE CONTIDA NO LANÇA PERFUME, TEM SEU USO VEDADO NO BRASIL, SENDO PUNIVEL O SEU TRAFICO INTERNO PELA LEI-6368/76, EM SEU ART-12, SENDO O PROCESSO E JULGAMENTO, DE COMPETENCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO.
(TR4, ACR 462426-3/97-RS, T2, UN, Rel. JUIZA TANIA ESCOBAR, DJ 23-09-98 PG:547)

7.3.4 IMPORTAÇÃO DE LANÇA PERFUME É TRÁFICO INTERNACIONAL.

Não obstante as fortes razões das diversas teses excludentes da internacionalidade do tráfico de lança-perfume, entendemos que a autonomia concedida pelas normas internacionais, especialmente para tratamentos mais gravosos, admite a internacionalidade.

Já ressaltamos que a configuração do tráfico internacional exige crime à distância, previsto por norma internacional.

Deve ser lembrado que a Convenção Única de 1961 previu que existindo efeitos de um crime em vários Estados, haverá tratamento como crime distinto em cada um dos países (artigo 36, §2º, a, [i]). Dessa forma, pode o Brasil tratar dos efeitos do crime no seu território atingido, de ingresso de lança-perfume, independente do eventual caráter delituoso da conduta na Argentina.

Ainda garantindo a soberania dos entes, que é reiterada em várias oportunidades do tratado, previu o artigo 39 da Convenção que poderá o signatário aplicar *medidas de fiscalização mais rígidas ou mais rigorosas que as previstas na presente Convenção [...] se, em sua opinião, seja isto necessário ou conveniente*. Aliás, admite-se que *quaisquer outros atos* sejam considerados delituosos (Artigo 36, § 1º, a), o que pode ser feito ao par da notificação à ONU para incluir item nas listas de fiscalização e controle (art. 3º). É a admissão expressa de tratamentos mais gravosos no controle ao tráfico, da possibilidade dos países delimitarem substâncias entorpecentes e preconizarem controles e punições não admitidos em outros países. Daí ser competente o Brasil para estipular o apenamento ao lança-perfume como tráfico.

A norma jurídica internacional encontra-se presente pelos inúmeros tratados de repressão e controle de entorpecentes de que o Brasil é signatário. Esse o primeiro aspecto caracterizador do tráfico com o exterior.

Observamos que não há necessidade de encontrar-se em norma internacional a substância entorpecente. Ao contrário, como acima visto, é plena a soberania dos países em acrescer no seu controle outras substâncias que considere causadoras de dependência física ou psicológica.

Imaginar como pretendem alguns julgados²², que seria necessária previsão internacional da substância, tornaria o tráfico com o exterior crime autônomo, quando em verdade se trata do mesmo crime de tóxico, com a diferença apenas de ser voltado ao exterior.

Quando examinamos a tentativa do tráfico internacional, tornamos claro que o crime único ocorrido é de tráfico e que mera intenção de internacionalidade iniciada e exteriorizada bastaria à configuração do crime majorado. Tratam-se das mesmas condutas típicas e das mesmas substâncias, que tipificam o tráfico interno. Pretender diferenciar as substâncias entorpecentes – para o tráfico internacional exigindo norma específica e internacional – é indevidamente tratar a majorante como crime autônomo.

O segundo requisito necessário ao tráfico internacional, por sua integração ao art. 109, VI, da CF, é a realização de crime à distância.

Já expusemos ao início deste capítulo que o crime, único, será tipificado na forma definida pela lei brasileira e assim mesmo o crime à distância (ocorrida parcela em diverso país) terá exame sob nossa legislação (princípio da territorialidade) – a que processa o fato internacional. Não se pune o fato como delegação de jurisdição estrangeira, mas como fato típico brasileiro e porque parcela do crime tocando nosso território faz gerar a persecução penal no Brasil (princípio da ubiqüidade).

Considerando que o lança perfume configura delito de tráfico – por ser substância tipificada como entorpecente pela norma de complemento, conforme antes visto - e que parcela dessa tráfico tenha ocorrido ou devesse ter ocorrido (desde que exteriorizada a conexão internacional, ao menos iniciada) no estrangeiro, resta então como certo o crime à distância. Presente pois, também, o segundo requisito de competência federal: crime à distância.

Dessa forma, incabível definição como essencial que julgados vêm dando à atipia da conduta no exterior, talvez explicável pela falsa impressão de crime internacional como constituindo-se em autônoma conduta delitiva prevista em norma internacional. Ao contrário, no Brasil o crime sempre será examinado pelas normas exclusivamente internas (ainda que incorporadas do direito internacional) e estas constituirão seu limite.

Insistimos, o crime em que parte de seus atos aconteça em território nacional é de interesse para a persecução criminal brasileira, com base na lei material brasileira

²² Vide nota 20.

(que por normas internacionais se encontra autorizado a punir mais gravemente ou por substâncias específicas), desinteressando à tipificação a correspondente tipicidade no estrangeiro.

Mesmo pelo princípio finalístico da norma não se afasta este entendimento. A majorante confere maior restrição não somente ao dano - mesmo potencial - a terceiro país, mas também à maior periculosidade e indiferença ao controle público demonstrados pelo crime através de fronteiras.

Assim, para o Brasil há crime à distância quando parcela do tráfico de entorpecentes ocorre na Argentina mesmo que esse não tipifique tal conduta. Seria situação similar à do tráfico de escravas brancas, reprimido por acordos internacionais mas não aceito em todos países; haverá o crime, para o Brasil, ainda que parcela dele se dê no estrangeiro, em local onde não constitua esse fato fundamento de crime.

Ou mesmo poderia ocorrer da parcela de tráfico dar-se em país que não seja signatário do tratado internacional de repressão. Ainda assim existe a parcela do crime (assim entendido pelo Brasil) no estrangeiro e existirá a internacionalidade. Como bem esclarece Gomes (op.cit., p. 48), *se na cadeia de países se insere um que não seja signatário da Convenção, nem por isso se descaracteriza a internacionalidade do tráfico proibido.*

No caso do tráfico de lança-perfume, o cloreto de etila é para nós tóxico, a repressão ao tóxico tem origem em acordos internacionais (não é necessária a prévia presença da substância nos acordos internacionais, conforme acima visto pela autonomia dos países, especialmente para tratamentos mais gravosos) e ocorrendo parcela do crime no estrangeiro (colaboração internacional para condutas de tráfico do lança-perfume), restará configurado o crime internacional. Irrelevante à configuração do crime é a atipia no outro país atingido pelo crime à distância.

Ocorrida a conduta de tráfico (que por si já é prevista em normas internacionais), com parcela fora do país (ao menos iniciada), será essa conduta tipificada, processada e punida exclusivamente pela norma interna brasileira: é crime de tráfico majorado por sua realização com o exterior.

7.3.5 O ELO INTERNACIONAL NA IMPORTAÇÃO DE LANÇA PERFUME.

Restou definido, pelos itens anteriores, que o tráfico de lança perfume, assim como de maconha, cocaína ou qualquer outra substância entorpecente, gera a majorante da internacionalidade quando parcela dessa conduta se dê fora do país.

Ocorre que a internacionalidade não será definida apenas pela origem da droga, conforme já explicitado ao início deste capítulo. Trata-se a origem da droga de fator acessório, mero indício e não determinante do crime internacional. Exige-se efetiva ligação de traficância com o estrangeiro, a atividade de tráfico é que é internacional e não a droga.

Assim é que explicitou o Supremo Tribunal Federal (STF) que *o fato de o entorpecente apreendido ser de origem estrangeira, e haver sido encontrado em hotel ou ruas de cidade brasileira, não significa, só por si, tráfico internacional*²³.

Nesse aspecto, efetivamente a mera importação de lança-perfume não torna o crime internacional, exigindo-se a colaboração internacional para o tráfico, que poderá ou não ocorrer no caso concreto.

Na grande parte dos processos, especialmente pela atipia no país de origem da droga, provavelmente inexistirá a conexão internacional para o tráfico. Desnecessária se torna a formação de contatos no estrangeiro, a burla de fiscalização e o ataque a instituições internacionais, porque a conduta é então lícita naquele país.

Poderá eventualmente, porém, dar-se de fato o tráfico internacional do entorpecente lança-perfume (à base de cloreto de etila) se existir na Argentina ligação, colaboração para o tráfico (pela nossa lei), por exemplo se for montada uma rede de colaboradores a fim de auxiliar o brasileiro a criar compartimentos escondidos em um carro para ali colocar os frascos desse *aromatizante*, colaborando também para que esse brasileiro ultrapasse a fronteira.

Concluindo, o lança-perfume é entorpecente no Brasil e nessa inovação não reside ilegalidade ou abuso internacional; por ser entorpecente, o contato com essa substância tipifica tráfico; para o tráfico com o exterior basta que parcela da conduta não se dê no Brasil, ainda que no estrangeiro seja a conduta atípica; a mera origem estrangeira do lança-perfume não configura tráfico internacional; para a internacionalida-

²³ RHC 58.792, DJU 8.5.81, p. 4117, in Delmanto, op. cit).

de, deverão acontecer no país vizinho atividades colaboradoras ao que para nós é tráfico.

7.4 A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

Prevê o art. 27 da Lei nº 6.368, que *“O processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior caberão à justiça estadual com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos.”*

Trata-se de hipótese legal de competência federal delegada.

Sendo a competência federal absoluta e constitucional, como já salientado em vários momentos neste capítulo, é necessário permissivo na Carta Magna para a delegação, o que efetivamente ocorre no art. 109, § 3º: *“Serão processadas e julgadas na justiça estadual, [...] sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”*.

Entre as outras causas onde seria possível a delegação, ficou recepcionada a Lei Antitóxicos com a hipótese do tráfico com o exterior.

Já na Constituição Federal de 1969 o art. 126 previa que outras ações poderiam ser delegadas à Justiça Estadual, quando no interior fosse o domicílio da parte. Revelando-se aí a autorização ao legislador infraconstitucional para delegar competência nos casos de economia processual – maior proximidade da prova – como se dá no art. 27 da Lei nº 6.368²⁴.

²⁴ O Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, já havia conferido constitucionalidade a essa delegação para o processo do tráfico com o exterior:

“ENTORPECENTE. ART. 20 DA LEI N 5.726/71. REJEICAO DA ARGUICAO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE.

A REGRA DO ART. 20, AO ESTABELECEER QUE A ACAO PENAL, NOS CRIMES DEFINIDOS NO ART. 281 E SEUS PARAGRAFOS DO CODIGO PENAL, OCORRIDOS EM MUNICIPIO QUE NAO SEJA SEDE DE VARA FEDERAL, DEVERAO SER PROCESSADOS E JULGADOS PELA JUSTICA ESTADUAL, NAO VIOLA A CONSTITUICAO, MAS, AO CONTRARIO, ADOTA A SOLUCAO PRECONIZADA NO SEU ART. 126, TENDO EM VISTA A EFICACIA E A RAPIDEZ DA ACAO REPRESSIVA DOS DELITOS A QUE SE REFERE A CONVENCAO UNICA SOBRE ENTORPECENTES, FIRMADA EM NOVA YORK, EM 1961. CONFLITO DE JURISDICAO CONHECIDO, CABENDO AO T F R O JULGAMENTO DO PEDIDO DE HABEAS CORPUS.”

(CJ Nº: 5976/MG, TP, UN, Rel. BILAC PINTO, DJ 20-02-76, RTJ VOL-00076-02 PP-00425)

Observamos que se trata de competência em razão do lugar, territorial e assim relativa. Não argüida a exceção de incompetência do juízo" (art. 95, II, do CPP), consuma-se a preclusão para a parte, restando sanada a irregularidade²⁵.

Poderá, dessa forma, dar-se processo na Vara Federal mesmo tendo o crime ocorrido fora da sede de seu município, desde que inexistente regular exceção. A respeito já existia inclusive Súmula do Tribunal Federal de Recursos (nº 252)²⁶.

Ao juiz, de todo modo, sempre será possível de ofício argüir essa incompetência, já que no processo penal a incompetência relativa também pode ser reconhecida por impulso oficial do magistrado.

²⁵ "Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Jurisdição. Competência. Justiça Federal. Justiça Estadual. Tráfico internacional de entorpecentes. Artigo 109, V e IX da C.F. e art. 27 da Lei n. 6.368, de 21.10.1976.

Em se tratando de tráfico internacional de entorpecente, a jurisdição criminal e atribuída, em princípio, a Juiz federal, em face do disposto nos incisos V e IX do art. 109 da Constituição Federal. Se o lugar em que tiver sido praticado o delito for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, o processo e julgamento caberão a Justiça estadual, com recurso, hoje, para o Tribunal Regional Federal (v. art. 27 da Lei n. 6.368, de 21.10.1976 e art. 108, inc. II, da C.F.).

A jurisdição prestada, nessa hipótese, por Juiz estadual e, também, jurisdição federal, embora excepcional. E sua competência territorial e relativa, não excluindo, em caráter absoluto, a do Juiz federal com jurisdição na circunscrição judiciária.

Sendo este último incompetente apenas relativamente (e não absolutamente), essa incompetência induz a nulidade relativa, que, não argüida oportunamente, mediante "exceção de incompetência de juízo" (art. 95, II, do C.P.Penal), fica sanada, pela preclusão.

Nulidade absoluta não caracterizada. Nulidade relativa sanada.

"H.C." conhecido, mas, indeferido."

(HC Nº: 70627, 1ª T., UN, UN, Rel. SYDNEY SANCHES, DJ 18-11-94 PP-31391)

²⁶ "O § 3º do art. 125 da Constituição Federal institui hipótese de competência relativa, pelo que não elide a competência concorrente da Justiça Federal".

8 PROCESSO DO TRÁFICO INTERNACIONAL

8.1 FUNDAMENTOS DE COMPETÊNCIA

A categoria competência tradicionalmente adveio do limite ou extensão da jurisdição, daí o dizer de que competência é a medida da jurisdição.

Ainda com origem nesse caminho, Chiovenda (1965) conceituou competência pelo *conjunto das causas nas quais pode ele exercer, segundo a lei, sua jurisdição; e, num segundo sentido, entende-se por competência essa faculdade do tribunal considerada nos limites em que lhe é atribuída.*

Diversos autores, porém, vieram a contestar essa repartição da função jurisdicional, como Rubianes (1978), o qual afirmou que *o poder jurisdicional não é fracionável, no sentido de que conserva toda sua força, qualquer que seja o juiz que o exerça*¹. Ou como Lascano, que afirmou que *com isso desejamos ter estabelecido a distinção entre jurisdição e competência, que não corresponde a um critério de quantidade e sim de matéria ou qualidade. É dizer que a competência não é uma porção ou parte da jurisdição, como alguns tem sustentado, mas sim algo distinto. Tecnicamente a jurisdição é uma função, e a competência, a aptidão para exercê-la. Aquela supõe uma atividade, esta uma faculdade ou, se preferir-se, um poder para desenvolvê-la*².

Assim, atualmente tende-se a afirmar a unicidade da jurisdição, mas com exercício repartido entre os julgadores, ou seja, a competência como critério de repartição do trabalho jurisdicional.

¹ La potestad jurisdiccional no es fracionable, en el sentido de que conserva toda su fuerza, cualquiera sea el juez que la ejerza.

⁴ Apud Tourinho Filho (Processo Penal, vol 2, 12a. Ed, p. 53)

⁵ CC ;....

² Con ello dejamos establecido la distinción entre jurisdicción y competencia, que no responde a un criterio de cantidad, sino de sustancia o calidad. Es decir que la competencia no es una porción o parte de la jurisdicción, como algunos han sostenido, sino que es una cosa distinta. Técnicamente la jurisdicción es una función, Y la competencia, la aptitud para ejercerla. Aquella supone una actividad, ésta una facultad o, si se quiere, un poder para desarrollarla.

O exame da competência é fundamental na legislação de tóxicos, pela diferente competência constitucional do crime de tráfico com o exterior³, que a delimitação da competência inicial e a eventual perda dessa competência, como não poderia deixar de ser, usam dos princípios pertinentes à competência e até mesmo à jurisdição. Daí a importância do tema na definição do Juízo Natural para o tráfico internacional.

Examinaremos sinteticamente os princípios mais usados, que são da improrrogabilidade de jurisdição e do juiz natural.

Pelo princípio da improrrogabilidade da competência, segundo Espinola Filho⁷ *não é lícito, mesmo mediante acordo dos interessados, submeter uma causa à apreciação de uma autoridade que não tenha, para isto, jurisdição e competência próprias*. Tourinho Filho prossegue ensinando que *o Juiz somente pode exercer a função dentro dos limites que lhe são traçados por lei... Em suma: o Juiz não pode invadir jurisdição alheia, seja qual for o pretexto*.

Note-se que a prorrogação da competência, conforme o Código de Processo Penal, somente ocorre em restritas situações legais, como na conexão/continência (76, 77 e 79 CPP), no desaforamento (424 CPP), na desclassificação para infração de competência de Juiz com jurisdição inferior (art. 74, §2º, segunda parte CPP), e na admissão da exceção da verdade (art. 85 CPP). Em nenhuma dessas situações se encontra o Juízo Federal para prorrogar sua competência e analisar o tráfico interno.

Quanto ao Juízo Natural, trata-se de princípio fundamental, que "constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da justiça" (Tourinho Filho, op.cit.). É o Juiz natural, Juiz competente ou Juiz constitucional, aquele "cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar".

Salienta Tourinho que nenhum órgão, por mais importante que seja, poderá exercer validamente o poder jurisdicional, se não tiver o poder de julgar assentado na lei Maior.

Ambos princípios, da improrrogabilidade e do Juiz Natural, serão fundamentadores da impossibilidade do Juiz Federal continuar julgamento quando reconheça inexistente a causa federal (no caso, o tráfico internacional de entorpecentes).

³ Capítulo TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS.

8.2 CUMULAÇÃO DE AÇÕES NA JUSTIÇA FEDERAL

Podem os casos criminais⁴ ser reunidos em único processo, desde que verificado crime único, ainda que por ficção legal⁵ – situações de continência⁶ – ou pela reunião de diferentes crimes quando seus autores venham a realizá-los simultaneamente, por concurso de vontades, ou reciprocamente (conexões intersubjetivas), ou quando os crimes possuam entre si relação de finalidade (conexão objetiva), ou ainda se a prova das circunstâncias de um crime constituir-se em elementar do outro (conexão probatória)⁷.

Sobre a continência, sintetiza Delmanto (op.cit):

Na conexão, embora as infrações penais sejam distintas, as pretensões penais juntam-se processualmente, em razão de determinados pontos comuns (CPP, art. 76). Por sua vez, há continência quando uma causa penal está contida em outra, ou por ser uma única infração, ou por haver mais de uma infração imputada ao mesmo acusado (CPP, art. 77).⁸

O fundamento é a economia processual, evitando multiplicar a dilação probatória em diferentes feitos, e como reflexo a instrução e julgamento único, evitando julgamentos contraditórios – até possíveis juridicamente⁹, mas evitáveis.

⁴ Usando a feliz expressão “caso penal”, de COUTINHO (1989), que a propõe em substituição à comum lide ou lide penal, especialmente pela diversidade de objeto verificada para com o processo civil.

⁵ Crime continuado, concurso formal e hipóteses de erro.

⁶ Art. 77 CPP.

⁷ Art. 76 e seus incisos – CPP.

⁸ Já Tourinho Filho (op. Cit) ensina:

“A conexão existe quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por um vínculo, por um nexo, um liame que aconselha a junção dos processos, propiciando, assim, ao julgador perfeita visão do quadro probatório e, de conseqüência, melhor conhecimento dos fatos, de todos os fatos, de molde a poder entregar a prestação jurisdicional com firmeza e justiça.

...

Na continência, uma causa está contida na outra, não sendo possível a cisão... conclui-se que, como o fato pe o mesmo (no caso de co-autoria e participação) ou a conduta é uma só (é a hipótese do concurso formal), podemos afirmar que a continência está em função da identidade da **causa petendi** ou da **unidade de conduta**.”

⁹ Como na hipótese de foros constitucionais, onde separados os julgamentos de co-autores (em razão de função ou em hipóteses do Júri), poderão as decisões serem absolutamente divergentes e até incompatíveis, e ainda aceitáveis juridicamente.

Ao par da economia inegável em reunir num único feito cinco réus que realizaram lesões recíprocas (conexão intersubjetiva por reciprocidade), evitando a ouvida em diferentes processos dos mesmos envolvidos e testemunhas, a prova também restará mais completa e uniforme reunida no processo único.

A consequência de julgamento único evita a contrariedade que haveria de pessoas na mesma situação terem diferentes respostas jurisdicionais, um por exemplo sendo condenado e ao outro afirmando o juiz que sequer ilícito aconteceu.

Não obstante, a conexão pode vir a ser desfeita, impedindo a segurança do julgamento único. Mesmo sem levar-se em conta possíveis erros do Juiz, pode a continência de co-autores, por exemplo, ter separados os processos porque um deles foi acometido de doença mental, ou é rito do Júri por crime inafiançável e um dos réus torna-se foragido; nessas situações, o interesse processual da economia e segurança cedem ante o interesse maior na conclusão do feito. Poderá ocorrer, também, como têm decidido os tribunais, da remessa do co-réu sem função especial ao juízo de primeiro grau, ou ainda a separação dos processos por terem ambos os réus funções com direito a diverso foro especial.

À Justiça Federal, situação que particularmente nos interessa no estudo dos tóxicos, aplicam-se na plenitude as causas de conexão ou continência, com a particularidade inclusive de que tem a jurisprudência entendido que em relação à justiça estadual, é a jurisdição federal especializada. Em consequência, havendo conexão ou continência entre crime da competência da justiça federal e um ou mais crimes da justiça estadual, por força da Súmula 52 do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) prevalece o foro da Justiça Federal, atraindo para julgamento único as demais infrações.

Essa posição não é aceita por Tourinho Filho, que entende ocorrer ampliação inconstitucional dos limites de competência previstos para a Justiça Federal pela Lei Maior. É interessante o argumento, porque a competência da Justiça Federal realmente tem origem constitucional, taxativa no art. 109 CF, que não pode ser aplicada a situações análogas ou mesmo alargada por via de lei. Como a súmula tem sido aceita pelos tribunais pátrios¹⁰, porém, embora tecnicamente perfeita a proposição de Tourinho, tem sido ela relegada.

¹⁰ “...II. Conexão: concurso de crimes, um deles da competência da Justiça Federal: força atrativa desta que cessa quando já exista condenação.

É firme na jurisprudência do STF que, na hipótese de concurso de infrações penais, a competência da Justiça Federal para uma delas arrasta por conexão a competência para o processo das demais (v.g., HC 68.399, Perence, 19.2.91, RTJ, 135/672);

...”

Assim, na conexão de crimes de competência estadual e federal, o processo e julgamento conjunto dão-se no foro federal - Súmula 52/TFR. Vindo após a ocorrência, ou desclassificação do crime de interesse federal para outro da competência do Juiz Estadual, quanto aos outros crimes conexos (ainda que todos os crimes restantes sejam da alçada da Justiça Estadual) prorroga-se a competência ¹¹do Juiz Federal¹².

8.3 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Já se abordou neste trabalho¹³ a natureza da competência federal: é competência absoluta (em razão da matéria) e assim improrrogável, com fundamento exclusivo na Constituição Federal (CF), especificamente no seu art. 109 – ressalvada a exceção do juízo federal delegado, cuja previsão será ao nível de lei¹⁴.

A primeira indicação de competência é quanto a crimes que, pelas pessoas vitimadas ou pela presunção (*iure et de iure*) do interesse nacional, terão processo e julgamento na Justiça Federal:

*Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:
IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.*

(HC N°: 74788, T1, UN, Rel. SEPULVEDA PERTENCE, DJ 12-09-97 PP-43714)

¹¹ “*HABEAS CORPUS. COMPETENCIA: 'PERPETUATIO JURISDICTIONIS.'*
DENUNCIADO O REU POR DELITOS SUJEITOS A JURISDICAÇÃO FEDERAL E ESTADUAL, A COMPETENCIA DO MAGISTRADO DA UNIAO NAO SE EXAURE PELA ABSOLVICAÇÃO DOS CRIMES QUE ATRAEM A COMPETENCIA DA JUSTICA FEDERAL.
INCIDENCIA DO DISPOSTO NO ART. 81 DO CPP. ORDEM DENEGADA.”
(HC N°: 67874/BA, TP, UN, Rel. CELIO BORJA, DJ 16-03-90 PG-01869)

¹² Situação absolutamente diversa daquela onde o fato é da competência federal, sendo após desclassificado para delito fora dessa competência - conforme será examinado no Subitem Competência Alterada por Superveniente Afastamento da Internacionalidade.

¹³ Capítulo TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS.

¹⁴ Porque presente expresse permissivo constitucional nesse limite (art. 109, § 3º CF).

Deve existir interesse concreto, pela ocorrência de dano efetivo e não meras suposições ou interesse apenas de acompanhar a causa criminal. Nota-se pelo artigo, que as sociedades de economia mista não têm foro federal. As fundações, se de direito público (como hoje é a regra) são consideradas como entidades autárquicas e gozam do foro especial na Justiça Federal.

Crimes políticos são aqueles que afrontam à ordem constitucional, à organização do Estado ou de seus poderes, à forma de governo, à soberania nacional, aos direitos e garantias individuais (Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira - RT 390, p. 7/15). Estão localizados especialmente na Lei de Segurança Nacional e assim são julgados pela Justiça Federal, e não mais no foro militar, como na constituição anterior ocorria.

Havendo prejuízos por crime à União, às autarquias (e fundações públicas) ou empresas públicas, há competência da Justiça Federal. Aqui não importa a espécie do crime (são ressaltadas as contravenções), valendo como único requisito a ocorrência de dano concreto ao ente federal.

As contravenções serão julgadas sempre na Justiça estadual, ainda que contra patrimônio da União, salvo conexão ou continência com algum crime de competência federal.

Os crimes militares e eleitorais serão sempre processados por essas justiças especializadas, mantendo-se a separação de processos mesmo ante conexão ou continência com crime federal.

Foi constitucionalmente definida, após, a competência em razão do aqui chamado crime internacional:

V- os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

A idéia de crime federal já foi discutida neste trabalho¹⁵, tendo restado certo que se trata do mesmo tipo penal do direito interno, porém com duas peculiaridades que confe-

¹⁵ Cap. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES.

rem o interesse federal: fundamento em norma internacional (Tratados ou Convenções Internacionais) e crime à distância (parcela do delito em diverso país)¹⁶.

Prossegue a Norma Maior estabelecendo no inciso VI “*os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e ordem econômico-financeira*”.

A organização do trabalho somente gerará o interesse federal quando a amplitude dos danos afete o interesse de grande quantidade de população (com vítimas indeterminadas), em diferentes estados da federação. Não são da competência federal as lesões individualizáveis de greves ou atentados ao livre trabalho¹⁷.

No caso dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7492/86), seu art. 26 cumpre o requisito constitucional de lei indicadora da competência federal. Em outras leis que tratem da ordem econômico-financeira, porém, haverá necessidade de ser demonstrado o dano concreto ao ente federal para que corra o processo na Justiça Federal.

Os *habeas corpus* (inciso VII) e mandado de segurança (inciso VIII) geram a competência da Justiça Federal quando ataquem atos de autoridades ocupantes de funções federais, autoridades federais, salvo se sujeitos a jurisdição especial ou funcional.

Também *os crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar* (inciso IX) competem à Justiça Federal. Assim, qualquer crime ocorrido em embarcações brasileiras será da competência Federal. Quanto à aplicação da lei penal, valem as normas específicas: navio ou avião (não importa a nacionalidade) no território brasileiro, competência brasileira, na Justiça Federal; navio em alto mar, competência federal brasileira somente se a bandeira do navio é brasileira; finalmente, se o navio ou avião está em território estrangeiro, a lei brasileira será aplicável subsidiariamente, na forma do art. 7º, II, c, do CP.

Tratando-se de navios ou aviões militares, competente é a Justiça Militar, já que constituem-se em sede de unidade militar.

Finalmente, o inciso X, do art. 109, da Constituição Federal, trata da competência para os processos *de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de*

¹⁶ Crime à distância é aquele em que parte do crime ocorreu no território brasileiro e parte restante em um ou mais países. É o previsto no art. 6º do Código Penal, de que a lei penal brasileira é aplicável ao crime cometido no todo ou em parte no território nacional, ou ao que nele, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado (Tourinho Filho, op.cit.).

¹⁷ Piquetes em firmas certas e em localidades dentro de um Estado-membro.

carta rogatória, após o exequatur, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização.

Em processos criminais, pois, é competente a Justiça Federal para os crimes de estrangeiro, de ingresso ou permanência irregular no país (art. 338 CP e art. 125 da Lei 65.815/80).

As cartas rogatórias e sentenças estrangeiras, terão cumprimento na Justiça Federal, independente do crime nesses processos tratado, após a devida determinação de cumprimento do STF.

8.4 CONFLITO DE COMPETÊNCIA SOBRE O INTERESSE FEDERAL

Em matérias cíveis já definiu o STJ que somente ao Juiz Federal compete decidir sobre a existência do interesse federal. Com a decisão federal, não poderá o Juiz Estadual inconformar-se para suscitar conflito de competência. Não é evidentemente questão de hierarquia, mas de competência para decidir sobre o interesse federal, matéria exclusiva da Justiça Federal.

Embora entendamos que se aplica idêntico raciocínio na questão federal penal, no processo criminal ainda resta confusa a questão. Existem julgados manifestando que os crimes federais são decididos pelo Juízo Federal, não cabendo ao juiz estadual rever essas decisões, mesmo porque lhe faltaria para tal competência¹⁸, seguem os tribunais superiores, porém, a admitir conflito de competência em matéria criminal.

¹⁸ "*Habeas corpus*". Falsificação de recibos de quitação de direitos trabalhistas e sua utilização, contra o empregado, na Justiça do Trabalho. configura-se, no caso, concurso formal de crimes (os previstos nos artigos 299 e 203 do Código Penal), e não concurso aparente de normas penais. Se, porém, como sucedeu na hipótese, a Justiça Federal, que era a competente para julgar o concurso formal, acolheu o pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, por entender que não se configurava o crime do artigo 203 do Código Penal, e remeteu os autos a Justiça estadual Comum para julgar o crime remanescente (o de falsidade, artigo 299 do mesmo Código), e esta competente para a apreciação do fato com relação apenas a este delito. Inexistência de conflito de jurisdição. Recurso ordinário a que se nega provimento (HC N°: 56355/ SP, Rel. MOREIRA ALVES, julgado em 01/09/78)

Ora, ou é exclusivo do julgador federal o exame da caracterização do crime federal e não pode haver o conflito de competência – tese que apoiamos - ou cabe o conflito por se tratar de matéria passível de revisão pelas duas jurisdições.

Se é lógico que em matérias cíveis a competência exclusiva para definir o interesse federal é da Justiça Federal (AMS 106.842-SP, DJU 19-12-86, p. 23718; CC 7410-SP, DJU 01-10-87, p. 20949; CC 5477-PA, DJU 9-4-87, p. 6265 ...), o mesmo deve ser aplicado no foro criminal¹⁹, não constituindo as peculiaridades desses processos – cível e crime – em fundamento diferenciador na espécie.

Dessa forma, parece-nos ser a questão da internacionalidade do tráfico matéria de competência exclusiva da Justiça Federal. Tal decisão faz então coisa julgada e não pode ser reexaminada por jurisdição diversa, nem mesmo para suscitação de eventual conflito de competência. Reiteramos, tratam-se de diferentes competências de atuação.

Em decorrência do exposto, se iniciado o processo em Juízo Estadual e este entender presentes indícios de tráfico com o exterior, os autos são enviados ao Juízo Federal que, em qualquer momento vindo a julgar inexistente a internacionalidade do tráfico, deverá devolver os autos ao Juízo Estadual, o qual prosseguirá no julgamento dos delitos restantes (sem questionar o aspecto da internacionalidade, por incompetência para isso e por preclusão da matéria).

Ao contrário, se iniciado o processo no Juízo Federal, vier este a desclassificar a majorante, excluindo a internacionalidade, remeterá os autos ao Juízo Estadual para exame do evento tráfico interno, não sendo devido a este magistrado retornar à discussão da majorante - por incompetência e preclusão.

O Ministro Costa Leite afirmou na ocasião a tese de que tecnicamente não havia conflito, embora tenha sido por celeridade o julgamento como conflito de competência, para devolver os autos de imediato ao Tribunal de Justiça.

¹⁹ E também nas decisões sobre o crime militar e eleitoral, por suas respectivas jurisdições especializadas.

8.5 FONTE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL

É curioso observar que no Brasil a definição da competência para o tráfico internacional foi bem distinguida antes pelo Judiciário, do que pelas normas legais.

O Supremo Tribunal Federal decidiu:

TRIBUNAL PLENO - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - ENTORPECENTE - (MACONHA) - A ação delictuosa restrita ao âmbito nacional deve ser julgada pela justiça local. A competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes previstos em tratados ou convenção internacional verifica-se nos casos em que houver cooperação internacional entre os agentes do crime, ou quando este se estenda, na sua prática e nos seus efeitos, a mais de um país. Interpretação do art. 119, V da Constituição, Conflito de Jurisdição julgado procedente para declarar a competência da justiça estadual.”

(CJ 4.067/GB, Plenário do STF, un., Rel. Min. Evandro Lins, RTJ 43/117)

Essa decisão deu rumos à definição da competência do “crime internacional”, ou seja, com origem normativa internacional e execução de crime à distância (parcela do crime em outros países).

Seguindo a posição jurisprudencial é que veio após a Lei nº 5.726, de 29.11.71, a prever em seu art. 20:

Quando o crime definido no art. 281 e seus parágrafos do Código Penal for daqueles de competência da Justiça Federal e o lugar em que tiver ocorrido for Município que não seja sede de Vara Federal, o processo e julgamento caberão à Justiça Estadual com interveniência do Ministério Público Local.

Complementou, também, no seu art. 22:

O caput do art. 81 do Decreto-lei 941, de 13.10.1969, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 81 - Tratando-se de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, a expulsão poderá ser feita mediante investigação

sumária que não poderá exceder de 5 (cinco) dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa.

Posteriormente a Constituição Federal adaptou-se à noção de crime internacional, que ainda hoje mantém (art. 109, inciso V da Constituição Federal), e finalmente a Lei 6368/76 manteve igual diferenciação.

Dentro do enquadramento constitucional – inciso V, o art. 109 – exigem-se os muitas vezes mencionados requisitos: fundamento em norma internacional e crime à distância. Quanto ao primeiro requisito, é interessante acrescentar que não necessita a norma internacional ser fonte direta de apenamento, mesmo porque em regra os países a ratificam por normas internas, que lhe dão complemento e executoriedade.

Para o direito penal, onde vigem como essenciais à segurança os princípios da legalidade e especialmente da tipicidade, a existência do crime surge com a delimitação expressa dos elementos de seu conteúdo pela norma interna.

Ocorrendo, pois, um crime oriundo do direito internacional (ainda que como fonte remota), praticado à distância, será competente o foro federal.

É o caso do tráfico com o exterior. O Brasil há décadas é signatário de tratados de controle e repressão aos entorpecentes (fonte do crime é de direito internacional) e ocorrendo parcela do crime em outro país afora o Brasil (crime à distância), haverá a categoria de crime internacional e competente será a Justiça Federal.

Da Súmula 522-STF à Constituição Federal e às leis ordinárias, foi mantida a competência federal para os crimes à distância, com origem em normas internacionais. Seguindo o mesmo caminho, definiu o art. 27 da Lei 6368:

Art. 27. O processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior caberão à justiça estadual com a interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos.

É a aceitação de que o crime internacional de tráfico com o exterior é da competência da Justiça Federal, com a econômica delegação aos Juizes de Direito para o processo e julgamento nas suas Comarcas, salvo se sedes de Varas Federais²⁰.

A medida da delegação já ocorria até por decisões jurisprudenciais e justificava-se especial ante a centralização de Varas Federais, quase que exclusivamente nas capitais dos Estados.

Atualmente há crescente interiorização da Justiça Federal e paulatinamente reduz-se o número de processos de tráfico internacional no foro estadual.

Por agir em jurisdição federal delegada, os recursos nesses processos em andamento na Justiça Estadual, são decididos pelo competente Tribunal Regional Federal.

É interessante observar que o momento consumativo do tráfico é fundamental para definição da competência, como de resto acontece em todo processo penal²¹.

Já analisamos a consumação do tráfico²² e verificamos que tem prevalecido nos tribunais a prevalência do princípio de economia processual, de que a consumação dá-se onde vier a ser preso o traficante, no mínimo pela posse, que é crime permanente.

Assim, se a prisão ocorre em município que não é sede de Vara Federal, por exemplo Piraquara/PR, o feito correrá perante o Juiz de Direito da Comarca de Piraquara. Mesmo sendo Piraquara município integrante da região metropolitana de Curitiba/PR, não pode o Juiz Federal de Curitiba processar o feito – embora se trate então de nulidade relativa e sanável. Não é caso de incompetência absoluta, em razão da matéria, porque exercerão ambos os Juízos em conflito a devida competência federal – original ou por delegação -, ambos estarão agindo dentro da competência material, divergindo apenas quanto ao território competente.

Também é de ser alertado que embora se trate de delegação (de jurisdição federal), não pode o foro federal pretender avocar a competência delegada, já que definida a delegação pela Constituição Federal e não por ato discricionário do administrador-juiz. Sabe-se que por princípio a função jurisdicional é indelegável, mas nas exceções legais como da carta precatória (do Juiz Substituto) pode o Juiz desistir da delegação e eventualmente até realizar direta e pessoalmente o ato que seria delegado (como o interrogatório do

²⁰ A respeito da delegação federal, vide Capítulo TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, Subitem A Delegação de Competência.

²¹ Art. 70 CPP.

réu). Na delegação da jurisdição federal para o tráfico com o exterior, não há como resolver a delegação.

8.6 O INTERESSE FEDERAL

Há necessidade da proteção federal na repressão internacional à traficância de entorpecentes. Presente o interesse federal – pelos reflexos aos entes federados, representados pela União -, há competência da Justiça Federal.

A União representa no direito público interno os interesses assumidos pelo país no plano internacional e, no caso do tráfico com o exterior, a União atuará pela preservação dos tratados de repressão às drogas, sempre que houver parcela do crime no estrangeiro.

Gomes (op.cit., p. 32/33) relaciona como pressupostos identificadores da internacionalidade:

- a) tráfico com o exterior ou sua internacionalidade;
- b) soberania nacional;
- c) segurança nacional;
- d) preexistência de tratados ou convênios internacionais;
- e) cooperação internacional entre os agentes do crime;
- f) quando a infração abarque, na prática ou nos seus efeitos, a mais de um país signatário das convenções internacionais.

Preferimos resumir os requisitos do crime internacional às condições legais de crime à distância, com fonte normativa internacional. De todo modo, é interessante didaticamente examinar a sistematização de GOMES, para o entendimento do tema.

O primeiro dos pressupostos de internacionalidade é a existência de tráfico com o exterior, que já foi analisada²³ neste trabalho. É determinante e necessária a ligação de atividades ou pessoas com o estrangeiro, para a ocorrência da internacionalidade do tráfico.

A soberania, como poder de auto-governo, com plenos poderes de administração, de elaboração legislativa e de foro judicial, é decorrência da prerrogativa de ente internacional. Mesmo com a aquiescência às normas internacionais de controle ao uso e destinação

²² Capítulo A LEI ANTITÓXICOS, subtítulo Crimes Tipificados.

²³ Ver TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, Subtítulo TRÁFICO COM O EXTERIOR.

indevidos de entorpecentes, permanece o país com capacidade de tratar de forma particularizada aos transgressores. É decorrência da soberania dos entes internacionais, respeitada até mesmo pela Convenção²⁴. O interesse de exercer a soberania é representado internamente pela União, que no Brasil possui foro específico na Justiça Federal.

Devemos ver com reservas o fundamento da soberania. Primeiramente, há universal tendência ao apenamento por qualquer país dos crimes com grave potencial ofensivo a vários países, os crimes transnacionais ou multinacionais, e também aos crimes contra os direitos humanos – pela ofensa coletiva infligida à humanidade.

De outro lado, é a soberania fundamento de repressão a todos os crimes ocorridos no país e não apenas aos crimes internacionais, o que não poderia justificar a atração para o foro federal de todas as causas criminais – ao contrário, trata-se de foro excepcional. Voltamos daí aos requisitos de crime internacional para gerar a competência federal, crime à distância e origem derivada de normas internacionais.

A segurança nacional, outro pressuposto abordado, é mais noção que conceito, tendo a Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, formulado definição genérica e repleta de elementos subjetivos e imprecisos:

Art. 2º - Segurança Nacional é o estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente.

Art. 3º - A Segurança Nacional envolve medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a preservação e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

A Constituição Federal de 1988 reservou à Justiça Federal o julgamento dos crimes políticos²⁵, como tal considerando-se a ofensa à ordem constitucional, à organização do Estado ou de seus poderes, à forma de governo, à soberania nacional, aos direitos e garantias individuais (Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira - RT 390, p. 7/15). Assim, atualmente a Lei de Segurança Nacional, que de fato define crimes genuinamente políticos, tem julgamento perante o foro federal.

Certamente os crimes de tóxicos afetam gravemente direitos humanos e podem vir pela organização criminosa a atingir instituições do governo, configurando o pressu-

²⁴ Art. 109, IV

²⁵ Art. 109, IV

posto de segurança nacional, ainda que não contida a conduta toxicológica na Lei de Segurança Nacional – ressalvada a tipificação no Decreto-lei 975, de 20.10.69, do transporte de entorpecentes em aeronaves²⁶.

Na verdade, tanto a soberania como a segurança nacional são caracteres secundários, indiciários do interesse federal já considerado pelo legislador ao regular a competência pelo tráfico internacional. Há efetivamente interesse da União em assegurar a segurança e soberania nacionais, mas em todos os crimes; o que define, em assegurar o cumprimento da lei, é a ocorrência de situação de competência expressa em lei.

A existência de tratados ou convenções internacionais é prevista pela Constituição Federal como definidora da competência material da Justiça Federal²⁷, *quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente*. Modificando o dispositivo semelhante da Constituição de 1969²⁸, a atual Carta Magna exige parte do crime no estrangeiro. Veio a Constituição, assim, a acatar a orientação da súmula 522-STF, o que já tinha sido feito pelo próprio art. 27 da Lei 6368: não basta a origem de norma internacional, há que existir efetivo dano à União, no caso pela porção internacional do crime.

A cooperação internacional de agentes, pressuposto também indicado, é realmente o fator preponderante para a caracterização do tráfico internacional. No famoso conflito de jurisdição 4.067/GB, o STF acolheu a tese do Min. Evandro Lins: *quando houver cooperação internacional entre os agentes do crime, ou quando este se estenda, na sua prática e nos seus efeitos, a mais de um país a competência, a meu ver, deve ser da Justiça Federal, pelo seu caráter Nacional*²⁹.

Deve estar provado que o tráfico aconteceu afetando dois ou mais países, pela atuação de agentes que conscientemente realizaram atividades direcionadas ao favorecimento do tráfico nas diferentes soberanias. Então não restará dúvida da ofensa a interesses protegidos no Brasil e no estrangeiro, e patente restará a internacionalidade do delito.

²⁵ Art. 1º, e inciso III.

²⁷ Art. 109, V

²⁸ Art. 125, V e 126
crimes que constituem objeto de tratado ou convenção internacional.

²⁹ In Gomes, op.cit., p. 46/47, acórdão de 29.07.67.

Pela mesma tese do Min. Evandro Lins percebe-se a necessidade de envolvimento de dois ou mais países signatários na repressão, o que foi aceito expressamente pelo art. 109, V da Constituição Federal de 1988. Ocorrendo ou devendo ocorrer (caso de crime tentado) parcela do crime no Brasil e no estrangeiro, o crime previsto pela norma internacional será julgado no país pela Justiça Federal.

Interessante questão resulta de ocorrer parcela do tráfico em país que não seja signatário do tratado internacional de repressão. Ainda assim haverá a parcela de crime (como entendido no Brasil) no estrangeiro e existirá a internacionalidade. Como bem esclarece Gomes (op.cit., p. 48), *se na cadeia de países se insere um que não seja signatário da Convenção, nem por isso se descaracteriza a internacionalidade do tráfico proibido*.

Entendemos, inclusive, que a substância pode ser tida como entorpecente apenas no Brasil (e não no outro país envolvido), que ainda assim haverá tipicidade do tráfico, pela independência e soberania do ente internacional, e a internacionalidade decorrente da parcela de crime no estrangeiro. O tema será objeto de melhor análise quando do exame da introdução no Brasil de "lança-perfume"³⁰.

Do exposto, confirma-se o interesse na classificação de Gomes apenas como forma de estudo, já que apenas os dois últimos pressupostos (norma internacional e crime à distância) serão aspectos diferenciadores dos crimes de interesse federal.

A soberania e a segurança nacional constituem-se apenas em indicativos do interesse federal, analisados como premissas do legislador constituinte. Premissas *iure et de iure*.

A preexistência de tratados ou convenções internacionais igualmente já foi premissa do legislador (décadas antes da Lei de Tóxicos já o Brasil era signatário de tratados internacionais), mas ainda assim é aspecto relevante porque pode-se imaginar a hipótese de deixar o Brasil de ser signatário dos tratados internacionais de repressão aos entorpecentes, o que retiraria o fundamento de validade da competência federal prevista pela Lei 6368. Décadas antes da Lei de Tóxicos já o Brasil era signatário de tratados internacionais.

A cooperação internacional entre agentes e o envolvimento de mais de um país são formas de concretização da internacionalidade do tráfico pela parcela de atividade cri-

³⁰ Vide Cap. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, Subitem Lança perfume.

minosa no estrangeiro. O tráfico com o exterior, finalmente, não é pressuposto, mas o próprio crime tipificado.

Em suma, o tráfico internacional segue os exatos limites e rumos do que podemos chamar de crime internacional. Há internacionalidade do crime pela cumulação de origem normativa (tratados internacionais) e parcial atividade criminosa no estrangeiro. Somente estando presentes a origem e a atividade internacionais, haverá o crime internacional, de competência da Justiça Federal, como é exatamente o caso do tráfico com o exterior.

8.7 MOMENTOS DE DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA

Define-se a competência da Justiça Federal pelo enfrentamento da internacionalidade do tráfico. Pode se dar por um momento positivo, de afirmação da internacionalidade, ou por um momento negativo – excluindo essa condição internacional.

O momento positivo determinador da competência Federal se dá em regra pela denúncia, quando o Ministério Público Federal acusa a ocorrência do tráfico com o exterior. Poderá, eventualmente, também surgir a afirmação dessa conduta apenas pela sentença.

Pela via normal³¹, surgirá a competência federal quando do oferecimento da denúncia que contenha o fato de tráfico com o exterior³².

Não importa se o processo corre em Vara Federal ou perante Juiz de Direito, com a apresentação da denúncia por tráfico internacional fica fixada a competência federal.

Ainda que não venha a ser recebida a denúncia pelo Juiz, o que será após analisado como momento negativo de fixação da competência, a rediscussão recursal dessa re-

³¹ Inquérito Policial

³² “RHC. TRAFICO DE ENTORPECENTES. INTERNACIONALIDADE. COMPETENCIA. 1. A CARACTERIZAÇÃO DA INTERNACIONALIDADE DO TRAFICO DE ENTORPECENTES NÃO SE PRENDE UNICAMENTE A PROCEDENCIA OU DESTINAÇÃO DA DROGA, MAS NA ABRANGENCIA DE MAIS DE UM PAIS NA PRATICA DA TRAFICANCIA OU DO CRIME. 2. SUSCITA COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL A EXPRESSA REFERENCIA DA DENUNCIA AO ART. 18, I, DA LEI NUM. 6.368/1976.” (RHC 5749/SP, T6, UN, Rel. FERNANDO GONÇALVES, DJ 14/10/1996 PG:39038)

jeição caberá por recurso em sentido estrito³³ ao Tribunal Regional Federal, foro recursal competente para o exame da questão federal.

Além da denúncia, somente pela sentença poderá surgir a questão federal, quando durante a instrução criminal encontrarem-se provas dessa internacionalidade. Ocorrerá então necessidade de alteração da denúncia - *mutatio libelli*, do parágrafo único do art. 384 CPP - onde o Juiz deverá propiciar o aditamento da denúncia para incluir o elemento essencial do crime internacional³⁴. Exemplo comum é da denúncia por tráfico interno e durante o processo descobre-se que a venda interna fazia parte de ação organizada internacionalmente. Como o tráfico com o exterior não constava, sequer implicitamente, da denúncia, será propiciado o aditamento da denúncia e sobre essa nova acusação (a internacionalidade do tráfico) poderá a defesa em seguida produzir prova.

Note-se que não poderá o Juiz condenar diretamente pela internacionalidade, porque dela não se defendeu o réu (não era fato da denúncia). Tampouco será obrigado o Ministério Público a vincular-se à decisão do magistrado, podendo recusar-se ao aditamento por este pretendido (age-se por analogia, então, na forma do art. 28 CPP)³⁵. É de ser também lembrada a impossibilidade do tribunal exercer a *mutatio libelli* em segundo grau de jurisdição.

Haverá, por outro lado, a definição como momento negativo de competência da Justiça Federal, quando excluído o interesse federal. Inexistindo o interesse federal, não havendo crime internacional, a matéria não se inclui no rol taxativo de competência do Juiz Federal.

Assim como no momento positivo de fixação da competência, também para o momento negativo as fases de decisão ocorrem na denúncia (seu recebimento) e quando da sentença.

Rejeitando o Juiz aquela denúncia que continha o tráfico internacional, por qualquer das razões do art. 43 CPP, e isto transitando em julgado, o processo será retirado da

³³ Art. 581, I, CPP

³⁴ Não poderá dar-se a "*emendatio libelli*" porque se já constante da denúncia os caracteres da internacionalidade, mesmo ausente a tipificação pela majorante caberá o direto julgamento do feito pelo crime internacional, constituindo-se a denúncia dessa forma como o momento afirmativo do crime - a acusação circunscreve-se aos fatos acusatórios.

³⁵ Tourinho Filho, op.cit, p. 161

competência federal. Como será após analisado³⁶, pode o processo ficar arquivado (no todo ou em parte), pode por um recurso em sentido estrito gerar a continuidade na Justiça Federal, e ainda pode vir a ser ofertada nova denúncia contendo ou não a internacionalidade do tráfico.

No afastamento da jurisdição federal pela sentença, o Juiz Federal deverá como decisão de mérito inicial analisar se há a internacionalidade no tráfico e, embora diversas manifestações existam em sentido contrário, entendemos que reconhecendo o Juiz nesse momento que não há a questão federal, deverá sustar o julgamento, para que prossigam os autos na Justiça Estadual. A matéria também será examinada após³⁷.

8.8 CASOS ESPECÍFICOS

Para melhor esclarecer os momentos fixadores da competência ou incompetência, passaremos a examinar situações processuais específicas e muito comuns no processamento dos tóxicos, com as conseqüências de competência no foro federal.

A competência, como já exposto nos capítulos anteriores, é da Justiça Federal para processar e julgar o tráfico com o exterior, enquanto é a Justiça Estadual o foro para os demais delitos de entorpecentes.

Inicialmente deve ser esclarecido que a polícia judiciária federal, como órgão auxiliar do Poder Judiciário Federal, é responsável pela investigação apenas do tráfico se internacional. Ao contrário, a Polícia Civil, auxiliar da Justiça Estadual, possui atribuição de investigar os crimes de entorpecentes dentro do país. É comum, porém, a atuação das forças policiais em duplicidade e o processamento do inquérito policial pela polícia judiciária incompetente, o que é compreensível até mesmo pela dificuldade inicial de definir a internacionalidade ou não do crime de tráfico que se começa a investigar.

Da noticiada extrapolação de funções não advêm, porém, vícios processuais, pois se trata o inquérito policial de peça informativa, sem o poder de acarretar nulidade ao se-

³⁶ Subitem Competência Alterada por Superveniente Afastamento da Internacionalidade.

³⁷ Subitem Competência Alterada por Superveniente Afastamento da Internacionalidade.

qüente processo - salvo no caso de perícias nulas ou quanto aos efeitos da prisão, que deve ser relaxada por ilegal³⁸.

Concluído o inquérito policial, o Ministério Público proporá e o Juiz decidirá, sobre a competência, encaminhando-se o inquérito ao correspondente órgão judiciário.

Embora já se tenha afirmado não resultar nulidade da investigação por órgão policial sem atribuição, deve-se reconhecer que há abuso e constrangimento ilegal ao investigado. Por essa razão, os tribunais têm reconhecido a falta de atribuição da autoridade policial, e concedido o *habeas corpus* para o trancamento dessa peça investigatória. Nada impede, por óbvio, o prosseguimento das investigações pela polícia vinculada ao Juízo competente.

Passando agora à ação penal, esta terá a competência firmada pelos fatos da denúncia. Pouco importa o enquadramento (indevido) indicado pela autoridade policial ou mesmo pelo Ministério Público (na denúncia). O réu se defende dos fatos e estes delimitam a causa penal de pedir.

Se como fato da denúncia constar a operação internacional para o tráfico, haverá o crime internacional e competente para a análise da denúncia será o foro federal.

Concordando o Juiz com a existência de indícios mínimos de prova e plausibilidade do tráfico com o exterior, e estando tecnicamente correta a denúncia³⁹, receberá a peça acusatória, iniciando a ação penal em foro federal.

Em entendendo o Juiz que houve omissão quanto à internacionalidade, deverá proceder na forma do art. 28 CPP, já que o não oferecimento da denúncia quanto ao crime internacional constitui seu arquivamento implícito. Ao final, a decisão do chefe do Ministé-

³⁸ “*HABEAS CORPUS*’.RELAXAMENTO DA PRISAO POR TRIBUNAL QUE VEIO A SE JULGAR INCOMPETENTE. ‘HABEAS CORPUS’ ORIGINARIO, EM SUBSTITUICAO A RECURSO. IMPOSSIBILIDADE: ART. 119, II, ‘C’, DA C.F. TENDO O TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO CONCEDIDO A LIBERDADE DO PACIENTE, MAS VINDO, A SEGUIR, A JULGAR-SE INCOMPETENTE, FICOU SEM EFEITO AQUELA DECISAO, PELO QUE, AO T.F.R., QUE SE CONSIDEROU COMPETENTE, CABE APRECIAR DECIDIR SOBRE O PEDIDO DE QUE PERMANECA SOLTO O PACIENTE. NOS PONTOS EM QUE O C. TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS INDEFERIU O ‘WRIT’ INTERPOSTO PERANTE AQUELA CORTE, NAO E DE CONHECER-SE DA IMPETRACAO, POIS NAO E ADMISSIVEL A SUBSTITUICAO DO RECURSO POR ‘HABEAS CORPUS’ ORIGINARIO, PERANTE O S.T.F., ANTE O DISPOSTO NO ART. 119, II, LETRA ‘C’, DA C.F. ‘HABEAS CORPUS’ CONHECIDO APENAS EM PARTE, E NESSA PARTE DEFERIDO, PARA QUE O T.F.R. DECIDA QUANTO A LIBERDADE DO PACIENTE.” (HC Nº: 64081/PR, T2, UN, Rel. ALDIR PASSARINHO, DJ 27-03-87 PG-05162)

³⁹ Arts. 41 e 43 CPP.

rio Público quanto à omissão da denúncia, definirá a competência, já que não poderá o magistrado obrigar o processamento de fato não aceito pelo órgão acusatório, sob pena do Judiciário tornar-se autor da ação penal (pela exigência de denunciar).

Finalmente, pode a denúncia ser rejeitada, por entender o magistrado certa a inexistência de tráfico com o exterior. Caberá ao Ministério Público, então, o recurso em sentido estrito.

Tendo iniciado a ação penal, poderá o Juiz a todo tempo reconhecer sua incompetência, remetendo os autos ao foro devido⁴⁰, já que a competência é pressuposto processual e no caso da Justiça Federal é ainda causa de nulidade absoluta (competência em razão da matéria).

As partes, por seu turno, podem igualmente opor exceção de incompetência⁴¹, mas muito difícil será conseguir a defesa que seja afastado o Juízo Federal. A verificação da ligação internacional para o tráfico exige prova, que ainda está sendo produzida na instrução criminal e nessa fase a existência de meros indícios (verificados pelo recebimento da denúncia) será decisiva para determinar o prosseguimento do feito, em favor da sociedade. Somente ante prova plena da inexistência do tráfico internacional é que poderá ser reconhecida a incompetência da Justiça Federal.

Como raramente será durante o processo rejeitada a majorante de internacionalidade admitida pela denúncia, o momento onde é discutido e não poucas vezes recusado o interesse federal (restando o tráfico interno) é a sentença. Aqui a prova é verificada como concluída e a dúvida pende em favor do réu – já que ônus da acusação comprovar os fatos constitutivos do crime.

Somente poderá o réu ser condenado por tráfico com o exterior se a descrição da internacionalidade constava da denúncia inicialmente, por aditamento voluntário do Ministério Público (com novo contraditório), ou mesmo provocado pelo Juiz, na *mutatio libelli*⁴². Ao Ministério Público somente será possível pleitear a condenação ao tráfico internacional e recorrer para seu reconhecimento, se isso constava da denúncia (inicial ou por aditamento).

⁴⁰ Art. 109 CPP.

⁴¹ Art. 108 CPP.

⁴² Art. 384, parágrafo único do CPP.

Se na sentença o Juiz reconhece o tráfico com o exterior, qualquer recurso interposto será de competência do Tribunal Regional Federal (TRF), competente para a revisão das decisões do Juiz Federal; isto se dá, mesmo sendo caso de jurisdição federal delegada a Juiz de Direito. É irrelevante qual das partes recorra ou o fundamento do recurso.

Se na sentença o Juiz Federal exclui a internacionalidade, será exposto no subtítulo seguinte⁴³ que deve o Juiz Federal sustar o julgamento no reconhecimento da incompetência e encaminhar os autos ao Juízo Estadual (sob pena de nulidade na parte excedente que analisar o tráfico interno, por falta absoluta de competência), cabendo a análise da internacionalidade, pelo recurso em sentido estrito (art 581, II CPP) ao TRF.

Passemos agora a examinar a hipótese do Juiz de Direito estar processando um crime de tráfico. Se a denúncia não contém o fato da internacionalidade e o Juiz a recebe, sem encaminhar os autos ao chefe do Ministério Público quanto a delito não narrado (art. 28 CPP), é porque concorda com a inexistência de sequer mínima prova do tráfico com o exterior. A competência será da Justiça Estadual.

Acaso seja situação de tráfico internacional e isto conste da denúncia, o Juiz de Direito somente poderá recebê-la se agindo em jurisdição federal delegada, na forma do art. 27 da Lei 6368. No processamento do feito será descabida a arguição de incompetência pela matéria (internacionalidade do tráfico), já que eventual decisão favorável manteria o feito perante o mesmo julgador, agora em jurisdição típica estadual. Pode, não obstante, ser atacado por *habeas corpus* o constrangimento ilegal causado pelo processamento por internacionalidade de tóxico clara e comprovadamente inexistente; não há incompetência, há abuso na persecução penal.

Na sentença, mesmo tendo o Juiz de Direito afastado a questão federal, irá prosseguir na análise do tráfico interno, porquanto estará então agindo em jurisdição estadual. A apelação interposta será dirigida ao Tribunal Regional Federal ou ao Tribunal de Justiça, conforme no recurso seja atacada ou não a rejeição da questão federal.

Afastado o crime internacional, quanto aos delitos restantes pouco importa tenha o Juiz de Direito absolvido ou condenado, se houver recurso apenas da defesa será dirigido ao Tribunal de Justiça, por não poder ser reconhecida a majorante, em prejuízo do réu, através de recurso exclusivo deste. O mesmo ocorrerá se a acusação recorrer quanto a parcela

⁴³ Subitem Competência Alterada por Superveniente Afastamento da Internacionalidade.

da sentença em que o Juiz de Direito agiu na competência própria (afora a exclusão da internacionalidade), indo o julgamento ao Tribunal de Justiça. Havendo recurso da acusação que pretenda o reconhecimento da majorante, porém, o destino do recurso será o Tribunal Regional Federal (TRF), foro competente para a análise da questão federal.

Se a sentença do Juiz de Direito condena pela majorante do tráfico internacional, o recurso será ao TRF, já que será examinado o tráfico de entorpecente com o exterior.

Agora verificaremos o julgamento do tráfico internacional nos tribunais.

Da mesma forma que no julgamento da primeira instância, é o exame da internacionalidade o definidor da competência do foro. A própria Constituição previu que o TRF julgaria os recursos nas *causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição*⁴⁴.

Assim, o TRF deverá iniciar o julgamento do recurso pela verificação da internacionalidade do tráfico e, se afastada a majorante, declarar a nulidade da eventual parte restante da sentença (onde já não haveria competência federal), em seguida terminando o julgamento e encaminhando os autos ao Juízo Estadual, onde será renovado o processo pelo Juiz de Direito. Se a sentença era de Juiz de Direito, em jurisdição delegada, ao afastar o interesse federal, o TRF não deve anular o restante da decisão, porque então proferida no exercício da competência de Juiz Estadual (sequer tem o TRF competência para anular decisão de Juiz Estadual em jurisdição própria), encaminhando os autos para continuidade do julgamento diretamente pelo Tribunal de Justiça; não haverá renovação da decisão, porque proferida por Juiz competente.

Interessante é observar que a competência é de ordem objetiva e assim poderá o Juiz ser competente, mesmo sem sabê-lo. Na situação última do parágrafo anterior, o Juiz de Direito processou, julgou e condenou o réu por tráfico com o exterior, pensando agir sempre na forma delegada pelo art. 27 da Lei 6368. Em afastando o TRF a internacionalidade, a matéria restante de tráfico interno não pode ter sido proferida pela jurisdição delegada (então inexistente), mas sim pelo exercício típico da jurisdição estadual. Ou seja, o Juiz de Direito condenou exercendo a jurisdição federal delegada, mas pela decisão do TRF ficou a sentença bipartida em ato inicial de competência federal (a internacionalidade) e ato final de competência da Justiça Estadual (exercido pelo Juiz competente, mesmo sem en-

⁴⁴ Art.108, II CF

tender que dessa forma agia). Como o TRF já analisou a questão federal, o Tribunal de Justiça analisará a existência do tráfico interno ou delitos remanescentes, acolhidos pelo Juiz de Direito (que entendia atuar como federal) ao aplicar a majorante.

Na hipótese de ir o recurso ao Tribunal de Justiça, este somente será competente se a sentença for proferida por Juiz Estadual e não houver ataque à majorante da internacionalidade; se há essa discussão, os autos deverão ser enviados ao TRF - que poderá até excluir a questão federal e devolver os autos ao TJ.

8.9 COMPETÊNCIA ALTERADA POR SUPERVENIENTE AFASTAMENTO DA INTERNACIONALIDADE

Com o reconhecimento da incompetência pela ausência da internacionalidade, seja em decisão pela rejeição da denúncia (total ou parcial), seja pela constatação em fase de sentença, esgota o Juiz Federal sua jurisdição e não mais é competente para examinar o mérito restante da causa.

Como antes lembrado, é muito comum o Juiz Federal processar um feito como tráfico com o exterior e vir na sentença a não reconhecer a internacionalidade. Admitir, como muitos fazem, que por economia então o Juiz prossiga analisando (e até condenando) o tráfico interno, é tonar indevidamente absoluto princípio informador do processo (da economia processual), em detrimento de condição para a existência do processo – Juízo objetivamente incompetente (incompetência absoluta).

A competência da Justiça Federal é verificada em razão da matéria e de ordem constitucional, com hipóteses taxativas, e não sendo caso de conexão resta incabível a prorrogação da jurisdição. Há competência federal tão só para o processo e julgamento dos crimes de tráfico internacional (art. 18, I c/c art. 27 da Lei 6368/76, e súmulas 522 STF e 54 TFR).

Por essa razão, na fase da sentença deve o julgador inicialmente verificar a existência do interesse federal (a internacionalidade do tráfico), como pressuposto de sua competência, evitando invadir matérias para as quais é absolutamente incompetente. Assim é que, no caso do tráfico internacional, deve o julgador analisar inicialmente a majorante internacionalidade do tráfico para que, em ela se configurando, possa prosseguir no julga-

mento do feito. Afastada a qualificadora, não pode o julgador prosseguir para analisar o tipo básico (normalmente o tráfico interno), que não se encontra na sua esfera de competência.

Isso ocorre especialmente por dois princípios basilares da competência: o princípio da improrrogabilidade da competência e do Juiz Natural.

Pelo princípio da improrrogabilidade da competência, segundo Espínola Filho⁴⁵ *não é lícito, mesmo mediante acordo dos interessados, submeter uma causa à apreciação de uma autoridade que não tenha, para isto, jurisdição e competência próprias*. Tourinho Filho prossegue ensinando que *o Juiz somente pode exercer a função dentro dos limites que lhe são traçados por lei... Em suma: o Juiz não pode invadir jurisdição alheia, seja qual for o pretexto*.

No caso da Justiça Federal, volta-se a frisar a origem constitucional da matéria objeto de sua competência (expressa pelo art. 109 CF), que não pode ser aplicada a situações análogas ou mesmo alargada por via de lei.

As razões de ter sido o tráfico internacional considerado de competência federal, já foram antes abordadas. Relembre-se apenas que se trata de crime internacional, com origem normativa internacional e prática de crime à distância.

Confirmando, a Justiça Federal é competente para julgar o tráfico internacional, mas verificando o julgador que não é caso de internacionalidade do tráfico, deverá excluir a qualificadora, sustar o restante do julgamento e remeter os autos ao competente Juízo Estadual para a análise de eventuais delitos remanescentes.

A competência do Juiz Federal não pode ser prorrogada além dos limites da Constituição para que, mesmo reconhecendo não ocorrer o tráfico internacional, venha a julgar e dar mérito (absolvendo ou condenando e impondo penas) ao fato de tráfico interno. Trata-se da obediência aos limites estritos da competência e medida garantidora da improrrogabilidade da jurisdição.

Como antes salientado, a prorrogação da competência em nosso direito somente ocorre em restritas situações legais, como na conexão/continência (76, 77 e 79 CPP), no desaforamento (424 CPP), na desclassificação para infração de competência de Juiz com jurisdição inferior (art. 74, §2º, segunda parte CPP), e na admissão da exceção da verdade

⁴⁵ Apud Tourinho Filho (Processo Penal, vol. 2, 12a. Ed, p. 53)

(art. 85 CPP). Em nenhuma dessas situações se encontra o Juízo Federal para prorrogar sua competência e analisar o tráfico interno.

Igualmente há de ser obedecido o fundamental princípio do Juiz Natural, que *constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da justiça* (Tourinho Filho, op.cit.). Prossegue Tourinho, que é o Juiz natural, Juiz competente ou Juiz constitucional, aquele *cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explicita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar*. É decorrência que nenhum órgão, por mais importante que seja, poderá exercer validamente o poder jurisdicional, se não tiver o poder de julgar assentado na lei Maior.

O Juiz natural para análise do tráfico internacional é da Jurisdição Federal, competindo-lhe dizer da presença da qualificadora do art. 18, I Lei 6368. Ao contrário, é a Jurisdição Estadual o Juízo natural do tráfico interno. Não pode o Juízo Federal, afastando a internacionalidade do tráfico, julgar fato cujo Juiz natural é outro.

No exame do tráfico torna-se mais difícil perceber o absurdo da situação, por serem em sentido amplo justiça comum tanto a Justiça Federal como a Estadual. Mais aparente seria a afronta constitucional se imaginássemos um Juízo Militar (de primeira ou segunda instância) que, ao julgar um crime de furto denunciado como de natureza militar, decidisse inoquer o crime militar mas, para não dividir o julgamento e procrastinar a solução do feito, resolvesse condenar o réu pelo cometimento de crime comum, imputando-lhe a pena.

Muito embora certo o aspecto de ser especial a jurisdição militar, a situação de violação de competência seria a mesma que a praticada pelo Juiz Federal que condenasse por tráfico interno. Tanto a justiça militar como a comum federal possuem competências expressas e delimitadas – a competência federal até mais restrita, por conter a Constituição as hipóteses de crime federal –, transformando-se o julgamento que passe desses limites, em prorrogação indevida da competência e ofensa ao Juízo Natural.

Mais um exemplo pode aclarar essa questão. Se uma pessoa comete tráfico interno, tem como Juiz natural a Justiça Estadual. Inobstante, se por má interpretação do Ministério Público vem ela a ser denunciada como praticante de tráfico internacional, correrá todo o processo no Juízo Federal (eventual exceção de incompetência dificilmente seria acolhida pela necessidade do exame da prova e por se estar analisando em tese um crime da

competência da Justiça Federal). Com o julgamento, irrelevante se acolhendo ou não o tráfico internacional, em recorrendo o M.P.F. é o recurso dirigido ao TRF. Finalmente, o tribunal viria então a reconhecer inexistente a aberrante alegação de internacionalidade. Em entendendo o tribunal que por economia deverá prosseguir no exame do tráfico interno, acabará o réu tendo seu processo e julgamento integralmente em Juízo diverso do natural (Juízo Federal ao invés do Estadual), isto mesmo se reconhecido nas duas instâncias (de primeiro e segundo grau) que tráfico internacional não ocorria.

Para evitar essas graves violações da jurisdição, a única forma possível é o Julgador analisar na fase da sentença, ao iniciar o exame do mérito, se ocorre a qualificadora do tráfico internacional. É o interesse federal o divisor de águas da competência: ou há o crime internacional e há competência, prosseguindo-se o julgamento, ou não há a internacionalidade e deverá ser interrompido o julgamento, encaminhando-se os autos ao competente Juízo Estadual.

Ao afastar a internacionalidade, haverá desclassificação de crime qualificado (tráfico com o exterior) para o crime base (tráfico). Segue-se então procedimento análogo ao disposto no art. 74, §2º CPP: *se, iniciado o processo perante um Juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada*. Será uso de analogia porque embora aqui também exista uma relação de competência em razão da matéria, na verdade o artigo se refere a graduações dentro de um mesmo órgão jurisdicional e o Juízo Federal tem na realidade jurisdição diferente do Juiz Estadual, não existindo graduação entre eles.

O envio ao Juízo Estadual poderia ocorrer em decisão ainda durante a instrução criminal, assim que constatada a incompetência do foro federal, mas como o reconhecimento da internacionalidade do tráfico comumente depende da prova contraditória, dificilmente restará excluída a competência antes da sentença.

Localizamos interessante acórdão orientador, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde em processo encaminhado pelo Tribunal de Justiça do Estado era examinada condenação por tráfico internacional, proferida por Juiz de Direito, no exercício de competência federal delegada (art. 27 da Lei 6368 e Súmula 54 TFR). Ao verificar que incoorria a internacionalidade, interrompeu o julgamento (pois se esgotara sua jurisdição) e suscitou conflito de competência, com o nº 1656 - RO. No julgamento desse conflito, o STJ ratificou

a competência do Tribunal de Justiça para apreciação do restante dos fatos (tráfico interno).

A ementa (trechos do acórdão serão relatados ao final deste item) é a seguinte:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. TÓXICOS.

Réu condenado por tráfico, com reconhecimento, na sentença, da qualificadora do tráfico com o exterior (art. 18, I).

Apelação não conhecida pelo Tribunal do Estado, com remessa dos autos ao TRF da 1ª Região, o qual, após afastar a existência do tráfico internacional, deu-se por incompetente para prosseguir no julgamento do recurso, suscitando conflito.

Sendo os tribunais de idêntico grau de jurisdição, decide-se pela competência da Corte estadual, por aplicação analógica da norma do §2º do art. 74 do CPP, já que houve desclassificação para crime de sua competência.

Conflito julgado procedente para declarar-se competente o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia⁴⁶.

Posteriormente o STJ voltou a tratar da questão, decidindo no mesmo sentido e inclusive indexando como orientador o aresto acima citado:

“PROCESSUAL PENAL. TÓXICOS.
 COMPETÊNCIA. PRONUNCIADO PELO JUIZ FEDERAL A INEXISTENCIA DE TRÁFICO INTERNACIONAL ARGÜIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO À VARA, COMPETE AO JUIZ ESTADUAL DECLINADO O PROCESSO-CRIME PELOS DELITOS DE CLASSIFICAÇÃO REMANESCENTE.”

(STJ, CC 7351/PR, S3, UN, Rel. JOSÉ DANTAS, DJ 26/08/1996 PG:29621)

Essa nos parece a melhor forma de conduzir o julgamento nas jurisdições especializadas, e a Justiça Federal (pela delimitação de matérias) tem sido pela jurisprudência tida como especializada em relação à Justiça Estadual⁴⁷. Analisa-se a competência, como preliminar de mérito e acaso não se faça presente o crime internacional, já em tese ou mesmo pela insuficiência de provas, haverá a desclassificação pelo afastamento da majorante de

⁴⁶ (Rel. Assis Toledo, unânime, em 18/04/91, "in" Revista do Superior Tribunal de Justiça nº 25, ano 3, p.39/43).

⁴⁷ Súmula 52 do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR).

internacionalidade, sendo os autos remetidos ao competente Juízo Estadual - o Juiz Natural para o exame de eventuais delitos remanescentes.

Não obstante, ainda muito dividida se encontra a jurisprudência, inúmeros julgados caminhando em sentido contrário, para afirmar que mesmo excluída a internacionalidade do tráfico permanece o Juízo Federal julgando os delitos restantes.⁴⁸

Nos acórdãos que prosseguem julgando o tráfico interno, os respeitáveis argumentos para prorrogação da competência do Juízo Federal são:

- 1) é incindível o exame da majorante com o tipo simples;
- 2) há "perpetuatio jurisdictionis" (art.81 CPP);
- 3) a denúncia incluindo a majorante (ou a sentença), define a competência do Juízo Federal;
- 4) só ao TRF cabe analisar sentença de Juiz Federal (CF, art. 108, II).

Com a *maxima venia*, consideramos que nenhum desses argumentos pode prosperar.

Embora efetivamente a internacionalidade do tráfico seja circunstância especial de aumento de pena do tipo base de tráfico interno, plenamente cabível é a análise da majorante antes do tipo básico, já que preliminar de mérito por ser pressuposto de competência em razão da matéria. Não se trata de novidade jurídica, pois de há muito comenta Tourinho Filho, em sua obra já citada, a desclassificação do art. 74 §2º CP com exemplo onde o Juiz

⁴⁸ "PENAL-TRAFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES-SENTENÇA DESCLASSIFICATORIA PARA O CRIME DE TRAFICO INTERNO-TRANSITO EM JULGADO PARA O ORGÃO ACUSATORIO-COMPETENCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS APELOS-CERCEAMENTO DE DEFESA-NULIDADE NÃO RECONHECIDA-ERRO DE TIPO-NÃO CARACTERIZAÇÃO-PROVA-DEPOIMENTO DE CO-REU-DOSIMETRIA DA PENA-CONDENAÇÃO MANTIDA-RECURSOS IMPROVIDOS.

1.- SE A R. SENTENÇA DESCLASSIFICATORIA DO TRAFICO INTERNACIONAL PARA O TRAFICO INTERNO FOI PROFERIDA POR JUIZ FEDERAL, NÃO HÁ FALAR-SE EM DESLOCAMENTO DE COMPETENCIA PARA O FORO ESTADUAL. NO CASO, INCIDE A REGRA DE COMPETENCIA EXPRESSA NO ART. 108, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

..."

(TR3, ACR 03023228-0/97-SP, T2, UN, Relatora JUÍZA SYLVIA STEINER, DJ 29-10-97, PG. 090989) No mesmo sentido, TRF 4ª Região: ACR 92.04.08590-8/SC, e voto do Juiz Volkmer de Castilho na ACR 92.04.04227-3/RS, ambos "in" Revista do TRF 4ª Região, p. 428/445 e 409/410, respectivamente; e ainda ACR 91.0410570-2/RS, DJ 01.04.92 p. 7693.

analisa a espécie de gravidade da lesão (que é qualificadora), independente do mérito da ocorrência do tipo básico de lesão corporal, como forma de verificar a competência material do julgador. Diz Tourinho (p. 101):

Suponha-se que na Lapa, território do IV Foro Regional de São Paulo, alguém tenha cometido um crime de lesão corporal gravíssima (art. 129, §2º, do CP). Tal crime escapa à competência do Juiz Distrital, porquanto lhe cabe, apenas, processar e julgar crimes apenados com detenção... as contravenções... e, finalmente, o crime de lesão corporal grave (art. 129, §1º, do CP). Assim, elaborado o inquérito, será ele distribuído a uma das 30 Varas Criminais existentes no Foro Central. Oferecida a denúncia, o processo andou normalmente, mas, na fase da sentença, entendeu o MM. Juiz que a lesão não era gravíssima. Nesse caso, cumprirá ao Magistrado desclassificar o crime para lesão grave, ou leve, e remeter os autos para o Foro Distrital respectivo.

Trata Tourinho no exemplo acima, exatamente da hipótese de desclassificação no momento da sentença, como aqui proposto para a análise de tráfico internacional, afastando-se a qualificadora para, esgotada a competência jurisdicional, encaminharem-se os autos ao Juiz Natural (no caso Juiz de Direito).

Assim, não só pode ocorrer a análise em separado da qualificadora, bifurcando-se o julgamento, como deve essa análise em separado ocorrer, para verificar-se ao início o Juízo de competência.

Descabe igualmente o argumento em contrário de que permaneceria competente o Juiz Federal pela "perpetuatio jurisdictionis", prevista no art. 81 CPP. Na verdade esse princípio se verifica apenas nos casos de conexão ou continência de crimes, onde permanece competente o Juiz da vara prevalente mesmo após ocorrida a absolvição ou desclassificação da infração que determinara o "forum attractionis". Então, inobstante com a absolvição ou desclassificação não reste ao Juiz competência para examinar os delitos restantes, por força de lei (por existirem outras ações conexas) é sua competência prorrogada, prosseguindo com o processo e julgamento dessas infrações remanescentes.

É comum ocorrer a *perpetuatio jurisdictionis* na Justiça Federal. Tal se dá no caso de conexão de crimes que são das diferentes competências da Justiça Federal e da Estadual, quando definiu a Súmula 52 do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) que o foro da Justiça Federal seria prevalente, atraindo para julgamento único as demais infra-

ções. Nessa hipótese não há dúvida de que, ocorrendo a absolvição ou desclassificação do crime de interesse federal para outro da competência do Juiz Estadual, permanecerá o foro federal competente para prosseguir o julgamento, ainda que todos os outros delitos restantes sejam da alçada da Justiça Estadual.

Interessante é a observação de Tourinho Filho de que seria inconstitucional a ampliação dos limites de competência previstos pela Lei Maior; para ele, deveriam os processos permanecer separados, excepcionando a conexão. Não obstante de todo coerente a crítica, é pacífica a jurisprudência de que a Justiça Federal abarcará a competência também das infrações pertinentes à Justiça Estadual, por força da conexão.

Aplicável no processo penal e foro federal, sim, o instituto da "perpetuatio jurisdictionis", só que ele ocorre apenas na conexão de processos e não no julgamento de processo único, como é o caso da análise do tráfico internacional. Na conexão, a desclassificação para crime fora dos casos de competência do Juiz Federal faz prorrogar a competência deste; no processo do crime já originalmente ser da competência federal, tal desclassificação esgota a jurisdição especial e determina o envio dos autos ao Juízo Competente.

Embora não tratasse sequer de perto do tema abordado, novamente citamos Tourinho Filho, que coincidentemente exemplificou a diferença de efeitos entre casos de desclassificação de processo único e de processos reunidos por conexão/continência, como alertado acima:

Se porventura ocorrer um crime de lesão corporal gravíssima no Distrito da Lapa, em São Paulo, qual o órgão competente para o processo e julgamento? Responda-se: qualquer um dos 30 juízos criminais da capital, pois o Juiz distrital processa e julga contravenções, infrações apenadas com detenção e lesão grave. E, se o Juiz da vara criminal desclassificar a lesão gravíssima para leve, como proceder? Deverá remeter o processo ao Juiz distrital, segundo a regra do art. 74, §2º, primeira parte, do CPP. Pois bem: suponha-se, agora, que A, B, C, e D praticaram lesões leves e lesões gravíssimas no Distrito da Lapa. Há entre as infrações relação de conexidade. Remetido o inquérito à distribuição, coube ao Juiz da 2ª Vara Criminal dele tomar conhecimento. Na fase do julgamento, o Juiz desclassificou as lesões gravíssimas para leves. "Quid inde"? é evidente que haverá a "perpetuatio jurisdictionis", segundo a regra do art. 81.

Continuando na derrubada dos argumentos contrários à tese de término do julgamento federal ao ser elidida a questão federal, verificamos a alegação de que a denúncia

(ou sentença) de tráfico internacional fixa definitivamente a competência do Juízo Federal⁴⁹.

Trata-se novamente de mera aplicação dos princípios do Juiz Natural e da improrrogabilidade da jurisdição. O Juízo Federal é competente para analisar o tráfico internacional e o Juízo Estadual observa o tráfico interno e outros delitos da Lei 6368, não cabendo a prorrogação de competência, salvo ante a exceção legal da conexão.

Sendo recebida denúncia com fatos tipificadores da majorante do art. 18, I da Lei 6368, haverá o processo na jurisdição federal. Porém isso não implica que perdurará tal foro em qualquer situação.

Como já dito, em não reconhecendo a sentença a internacionalidade, deve o Juiz Federal encaminhar os autos ao Juízo Estadual (sob pena de nulidade na parte excedente que analisar o tráfico interno, por falta absoluta de competência), cabendo a análise de recurso em sentido estrito (art. 581, II CPP) ao TRF.

No caso do julgador ser um Juiz de Direito, pela competência delegada do citado art. 27, continuará o julgamento, mas agora não mais por jurisdição delegada e sim pela sua competência original. Da sua sentença absolutória ou condenatória por tráfico interno (afastando a majorante constante da denúncia de tráfico internacional) com recurso exclusivo da defesa, conhecerá o Tribunal de Justiça, por não ser admissível a *reformatio in pejus*. Acaso seja interposto recurso pelo Ministério Público, mas sem discutir o afastamento da internacionalidade, ainda assim competente é o Tribunal de Justiça. Finalmente, se o MP apela para o reconhecimento do tráfico com o exterior, a competência passa a ser do Tribunal Regional Federal, a quem compete conhecer a matéria da internacionalidade do tráfico.

Se na sentença condenatória for reconhecida a majorante do tráfico internacional, pouco importando se proferida a sentença por Juiz Federal ou Estadual em função delegada, o recurso será ao TRF, já que presente questão federal.

⁴⁹ “ENTORPECENTES. COMPETENCIA. COCAINA. MESMO INCOMPROVADA A OCORRÊNCIA DE TRAFICO INTERNACIONAL PREVALECE A COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FIXADA PELA IMPUTAÇÃO INICIAL. VOTO VENCIDO PELA ANULAÇÃO DA SENTENÇA E REMESSA A JUSTIÇA ESTADUAL. VERIFICADA A EXISTÊNCIA DA SUBSTÂNCIA, OCULTA NO INTERIOR DO VEICULO DE PROPRIEDADE DA RE E CARACTERIZADO O CRIME NA MODALIDADE DE PORTE, E PROCEDENTE A ACUSAÇÃO. CONDENAÇÃO REDUZIDA APENAS PELA EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO ART-18, INC-1, DA LEI-6368.” (TR4, AC 0424678-8/95-RS, 1ª T, Maioria, Rel. JUIZ VOLKMER DE CASTILHO, DJ 05-06-96 PG:038343)

Pelo exposto, vê-se que a competência para julgamento no Juízo Federal realmente decorre do tráfico com o exterior apresentado pela denúncia (originariamente ou após aditamento), mas este julgamento será apenas para analisar o mérito da matéria que compete à Justiça Federal – e eventuais matérias conexas, sendo nulo eventual julgamento excedente do Juiz Federal. Não sendo internacional, mas interno o tráfico, perde o Juízo Federal (de primeiro e segundo graus) a competência, por esgotada sua jurisdição.

Por último, o derradeiro argumento de que só ao TRF cabe analisar sentença de Juiz Federal (art. 108, II CF) é verdadeiro, mas deve ser entendido com as considerações já feitas sobre a competência. Só o TRF analisa sentença de Juiz Federal, mas dentro do campo de competência federal. O que foge à competência da Justiça Federal deve ser anulado (julgamento pelo tráfico interno) e não reapreciado pelo tribunal. Assim, cabe ao TRF anular o que foi julgado pelo Juiz Federal fora de sua competência, sem também incidir no erro de examinar os eventuais crimes restantes, pertinentes à Justiça Estadual; deve anular e não ingressar no mérito do tráfico interno. Dessa forma, se nem o Juiz Federal e tampouco o TRF podem julgar tráfico interno, anuladas eventuais considerações excedentes e confirmada a exclusão do tráfico internacional, o TRF remeterá os autos ao Juízo Estadual, que evidentemente não reapreciará a sentença do Juiz Federal, mas fará juízo próprio sobre o tráfico interno. O Juízo Estadual não reexamina sentença de Juiz Federal (quanto ao interesse federal) e este não deve apreciar questão de competência daquele (tráfico interno).

Para derrubar de vez esse argumento, admitamos que venha um Juiz Federal comum a acabar condenando pessoas por crime militar, extrapolando sua competência. No recurso dirigido ao competente TRF, com certeza seria apenas anulado o excesso destituído de competência. Em usando então do mesmo fundamento atacado, de que deveria o TRF analisar toda matéria da sentença (por ser o único que poderia reexaminar as decisões federais de primeiro grau), a consequência seria o TRF julgar o mérito de crimes militares. O absurdo é o mesmo em todas as situações.

Concluindo, é o TRF competente para rever sentença de Juiz Federal, mas deve analisar o mérito do que compete à Justiça Federal (por competência própria ou por conexão) e anular da decisão de primeiro grau o que exceda dessa competência.

Interessante é observar que no acórdão acima mencionado do STJ, não foi aceito parecer do Ministério Público Federal que, adotando a corrente da prorrogação do foro fe-

deral, opinava no sentido de que o Juízo Federal deveria analisar também o tráfico interno⁵⁰.

Esclarecedor por demais nesse acórdão é o voto do Ministro Vicente Cernicchiaro:

A competência pela natureza da infração tem como ponto fundamental a imputação do fato. Aqui, define-se a acusação. Por isso, "se iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo" (CPP, art. 74, § 2º).

No caso dos autos, a denúncia imputara ao réu o crime definido no art. 12, § 1º, inciso I, da lei nº 6.368/76 (fls. 3/4).

A sentença, por sua vez, reconheceu a incidência também do disposto no art. 18, I, da mesma lei, ou seja, tráfico com o exterior (fls. 69).

O MM. Juiz de Direito estadual estava investido também de jurisdição federal.

Bem agiu, portanto, o Suscitado, ao remeter os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal (1ª Região). Este, por seu turno, analisou inicialmente a causa de aumento de pena porque é o divisor de águas da competência. Vale dizer, necessária para o Juízo de Competência. Repelida a majorante, é lógico, proclamou-se, "ipso iure", a incompetência da justiça federal e, conseqüentemente, do Tribunal Regional Federal. "Mutatis mutandis", se o júri nega o dolo, desclassifica o crime, como ainda afastado o crime próprio da Justiça Militar, o processo seguirá na justiça ordinária.

Em sendo assim, cumpria ao Egrégio Tribunal Regional Federal, exaurida a sua competência, remeter os autos para o Egrégio Tribunal de Justiça de Rondônia, que apreciaria, ante o fato novo, como lhe parecesse de Direito.

Tecnicamente, não haveria conflito.

Ocorre, no entanto, após longos debates, embora reconhecesse a ausência do tráfico internacional, diante da divergência de seus ilustres juizes, suscitou o conflito. Todavia, reconheceu a inexistência do tráfico para o exterior.

[...]

Dadas as características do fato, atento ao princípio da celeridade processual, conheço do conflito. Declaro competente o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, acompanhando o voto do eminente Relator.

⁵⁰ "Observe-se que a apelação é recurso amplo, que devolve à Superior Instância o julgamento inteiro da causa. Não teria sentido, pois, a bifurcação de julgamento, quando, como é certo a circunstância - especial de aumento de pena - vincula-se ao fato principal. Opino, pois, no sentido do conhecimento do conflito, declarando-se competente o TRF - 1ª Região." (Subprocurador da República Haroldo Ferraz da Nóbrega).

Do voto se depreende não ter ocorrido efetivo conflito de competência, já que o foro único competente para o exame da questão federal é o da Justiça Federal, não cabendo o reexame pela Justiça Estadual (não por hierarquia, mas por competência⁵¹). O Tribunal de Justiça enviou os autos para o TRF por existir discussão sobre tráfico com o exterior (questão federal de competência da Justiça Federal) e este tribunal julgou que a internacionalidade não ocorria, decorrendo assim a devolução dos autos ao Tribunal de Justiça, competente para o exame do tráfico interno⁵².

A conseqüência é que, iniciado o processo em Juízo Estadual e vindo este a entender existirem indícios de tráfico com o exterior, os autos são enviados ao Juízo Federal que, se em qualquer momento julgar inexistir a internacionalidade do tráfico, deve devolver os autos ao Juízo Estadual, o qual (verificados os recursos) prosseguirá no julgamento dos delitos remanescentes, sem rediscutir a internacionalidade (por incompetência e preclusão). Ao contrário, se iniciado o processo no Juízo Federal este desclassificar o tráfico de inter-

⁵¹ Ver Subitem Conflito de Competência Sobre o Interesse Federal.

⁵² No mesmo sentido:

“PENAL. TRAFICO DE ENTORPECENTES. HIPOTESE EM QUE A SENTENÇA AFASTA A OCORRENCIA DE TRAFICO COM O EXTERIOR. COMPETENCIA DA JUSTIÇA COMUM. SE A SENTENÇA RECONHECEU INEXISTIR O TRAFICO COM O EXTERIOR AFIRMADO NA DENUNCIA E SE, QUANTO AO PONTO, NÃO HOUVE RECURSO DA ACUSAÇÃO, A COMPETENCIA PARA DAR SEGUIMENTO A AÇÃO PENAL E DA JUSTIÇA DO ESTADO, E NÃO MAIS DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTE DO STF (HC 74479-6, MIN. CARLOS VELLOSO, DJ DE 28.02.97).”

(TR4, ACR 0401083-4/97-PR, T2, Maioria, Rel. p/ Ac.: JUIZ TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 30-04-97 PG:029587)

“Apelação criminal - Delitos previstos nos artigos 12, inciso III, 14 e 18, inciso III, da lei de Tóxicos, c/c o artigo 70 do Código Penal. Competência.

- O crime referente a tóxico é predominantemente da competência do Estado, só extraordinariamente se dá a deslocação dessa competência para a Justiça Federal.

A linha divisória destas duas competências está em saber se há ou não tráfico internacional de drogas.

Por tráfico internacional entende-se quando existe envolvimento de mais de um país e, por conseqüência é nacional o tráfico quando a atividade ilícita de movimentação da droga opera-se dentro do próprio país, ainda quando se trate de comércio interestadual.

- Inexistindo nos autos provas suficientes comprobatórias do tráfico com o exterior, e não havendo condenação por esta prática, falece competência à Justiça Federal para conhecer do feito; e, ou, desclassificando o delito tipificado no art. 18, I, da lei n. 6368/76, falece-lhe também, competência para apreciar as informações remanescentes.

Recurso do Ministério Público Federal conhecido e improvido

Remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul; competente para apreciar a matéria remanescente.”(TR3, ACrim n° 337717-0/90-MS, T1, UN, , Rel JORGE SCARTEZZINI, DOE 04/06/90, p. 21).

nacional para nacional, remete os autos ao Juízo Estadual, que da mesma forma não poderá retornar a essa majorante, pelas mesma razões de incompetência e preclusão.

9 O TRÁFICO INTERNACIONAL E O CRIME ORGANIZADO

9.1 CRIME ORGANIZADO

O crime organizado não possui conceito fixo, delimitado. Na feliz expressão de Winfried Hassemer, a criminalidade organizada é um “fenômeno cambiante”, em razão das alterações sofridas pelos mercados nacionais e internacionais, o que dificulta sua identificação e até a caracterização criminosa. Exemplo lembrado pelo mesmo autor, é o do tráfico clandestino de lixo nos países industrializados.

Também o Prof.º Eugenio Raul Zaffaroni alerta que crime organizado é um conceito “de uma exatidão relativa”.¹

Existem, porém, caracteres comumente arrolados como identificadores da organização criminosa. O próprio Winfried Hassemer (o. c.) identifica:

- compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular;
- intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de “pedágios” ou “seguros” por organizações criminosas);
- possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex. Máfia em outros países que não o seu berço);
- dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.

Também outros diversos autores apontaram aspectos característicos do crime organizado:

¹ Crime organizado é um conceito criminológico, é um conceito penal e, nesse sentido, já foi dito aqui que é um conceito de uma exatidão relativa. Não é uma categoria clara para pensar em termos criminológicos e ainda mais para pensar em termos penais.

A ameaça, ou seja, a ameaça real que essas condutas provocam na sociedade constitui uma das etapas de penetração na análise. A agressividade está vinculada ao manejo de métodos, à necessidade de recursos do crime organizado. A rede diz respeito à combinação de atividades características e inerentes ao crime organizado e à transnacionalização do delito. Por último, a vulnerabilidade. Normalmente é afirmado por autores americanos como Lupsha que a vulnerabilidade é, na realidade, a de nosso povo, a da sociedade. Nós, como somos penalistas, devemos ter a obrigação de inverter o enfoque: a verdadeira vulnerabilidade é a do sistema penal que não é capaz de captar essa forma extremamente gravosa de criminalidade. (Raul Cervini, o. c.).

Lembra Walter Faranganiello Maierovitch (o. c.), que já legislativamente o direito italiano diferencia crime organizado e quadrilha:

O Código Penal italiano, no capítulo relativo aos delitos contra a ordem pública, foi emendado pela Lei n. 646, de 13.9.82. No art. 416, o legislador distinguiu duas formas de associações criminosas: as comuns, representando quadrilhas ou bandos não permanentes e sem programa, daquelas que seguem o modelo mafioso. Às segundas, o Prof. Vassali, ex-ministro da Justiça, afirmou representarem "sistema extra-institucional de controle social, que tende a sobrepor-se, de fato, à autoridade constituída".²

É muito interessante a apontada diferenciação, já que certamente o potencial ofensivo de uma organização estruturada para o crime e o controle social, é muito maior do que o de meras associações de punguistas, que apenas mantêm-se reunidos enquanto os crimes permanecerem ou houver conveniência. Na organização criminosa não há tempo de permanência ou conveniência, a intenção é de controle total e permanente.

² Grosso modo, representam associações delinqüenciais complexas, com programa permanente, infiltrações no Estado-legal. Contam com agentes armados e algumas com código de honra. Atuam com o objetivo de o estado-delinqüencial absorver o estado-constitucional.

Mencionadas associações caracterizam-se pela intimidação (iniimidazione), interna e difusa; pelo indissolúvel vínculo hierárquico (assoggeiamento); e pelo silêncio solidário (omertà).

Na Itália são conhecidas quatro organizações que seguem o modelo mafioso: Cosa Nostra, Camorra, N'drangheta, Stidda. Dedicam-se a atividades ilícitas e a outras aparentemente lícitas, movimentadas com capital reciclado de origem criminosa.

9.1.1 O CONCURSO DE PESSOAS COMO PADRÃO IDENTIFICADOR DO CRIME ORGANIZADO.

Embora seja da essência do crime organizado a reunião de pessoas para a prática de atividades com finalidades ilícitas, já se salientou não poder a organização criminosa ser confundida com quadrilha e muito menos com mero concurso de pessoas.

Não obstante, no Brasil³ a Lei 9.034/95 identificou o crime organizado identificado pela quadrilha⁴.

Em Portugal⁵ e na Espanha⁶, também houve uma evolução do conceito de crime organizado a partir da co-autoria.

Surge dessa identificação, ocorrida no Brasil, o grave inconveniente de trazer mecanismos muito leves para a organização criminosa, intimidadora e controladora, ou ao inverso, de forçar instrumentos por demais afletivos para mera reunião criminosa. Como bem lembra Walter Faranganiello Maierovitch (o. c.), “Não distinguiu associações criminosas perseguidoras de objetivos diferentes e que se encontram instaladas entre nós. Nive-
lou, dando o mesmo tratamento sancionatório, associados punguistas com grupos de lesa-
pátria, organizados e infiltrados no Estado, como a máfia.”

³ Subitem Situação Legal no Brasil.

⁴ Art. 1º: “meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

⁵ A aplicação do Código Penal Português trouxe inicialmente grande aplicação da figura da associação criminosa, que era utilizada mesmo para simples reuniões de eventuais de pessoas no delito: ...em relação a pequenos fatos onde as categorias da autoria e da co-participação eram suficientes para resolver o problema, tornou-se, pura e simplesmente, muito mais fácil fazer a acusação de associação criminal. [...]

hoje, como se sabe, houve um retrocesso. Na verdade, começou-se a fazer, verdadeiramente, uma distinção rigorosa entre as situações de autoria, de co-participação e de cumplicidade e as situações relativas às associações criminosas propriamente ditas
Prof. Faria Costa (o. c.)

⁶ “Já posso adiantar que a solução existente na Espanha é similar à portuguesa, temos que nos referir em especial ao tipo de associações na parte geral, a autoria e participação.

Esses instrumentos parecem um pouco pequenos diante da magnitude do problema. Entretanto a magnitude do problema é tal que nasce com o próprio Direito Penal.”

Prof Joan Queralt, Las Palmas (o. c.).

9.2 O TRÁFICO ORGANIZADO EM ENTIDADE DELINQUENTE.

O tráfico de drogas tem-se revelado como talvez a principal causa de criminalidade internacionalmente organizada. Por existirem países como grandes focos de origem dos entorpecentes, desenvolve-se então uma rede para o transporte da droga a locais de consumo nos mais diversos Estados, conectando-se então a nova rede para a revenda aos consumidores.

O crime organizado, assim como toda delinquência, tem raízes sociais, incrementadas por tendências individuais e especialmente pela acomodação estatal. Cabe em seu exame a mesma discussão sobre o cabimento de respostas político-sociais (de amparo ao necessitado e educação) ou jurídicas (com ampliação dos poderes de investigação e prova, bem como das pertinentes sanções penais).

Não se pode questionar, realmente, que a pobreza e a aceitação social incentivam a prática delituosa. No crime organizado há uma tendência ainda maior de acomodação da comunidade, em razão de serem comuns os auxílios da organização criminosa, que não raras vezes supre a deficiência estatal na saúde, ocupação rentável e segurança.

Parece-me, todavia, no mínimo problemática a busca de respostas exclusiva ou principalmente voltadas ao campo social. Se a delinquência é fenômeno social e intrínseco ao homem, medidas sociais dificilmente poderão contê-lo. Por outro lado, deve o Estado arcar com a responsabilidade da persecução criminal, a ele delegada no Estado Democrático de Direito, e para isso necessita tomar medidas drásticas de investigação, apenamento e colaboração social — seja pela sedução de vantagens, seja mesmo pela intimidação de sanções aos colaboradores.

Daqui não se deve extrair a conclusão de que medidas de prevenção e combate devam aguardar a aquisição de um conhecimento mais preciso sobre o objeto de atuação, para que possam ser implementadas. Esta seria de fato uma posição ingênua. No entanto, uma Política criminal de Estado de Direito deve necessariamente extrair conseqüências da circunstância de que o objeto contra o qual deve atuar ainda é inacessível ou precariamente conhecido. Não se lhe pode permitir uma prática atualmente em voga: Compensar ignorância criminológica com intensidade da ameaça e, em situações que considere particularmente ameaçadoras, desferir golpes a esmo desesperadamente.
(Winfried Hassemer, o. c.)

9.2.1 ORIGEM E RESPOSTA AO CRIME ORGANIZADO.

O crime organizado, assim como toda delinqüência, tem raízes sociais, incrementadas por tendências individuais e especialmente pela acomodação estatal.

Ao tratar do crime organizado, Eugenio Raul Zaffaroni tornou claro seu entendimento de que tanto sua origem, como resposta, são eminentemente sociais.⁷

Joan Queralt, catedrático em Las Palmas (o. c.), dentre os vários enfoques do crime organizado, salienta a importância do aspecto social:

[...] reportemo-nos aos últimos cem anos, e verificaremos que o fenômeno do crime organizado não decresceu, mas aumentou, o que nos proporciona a primeira perplexidade político-criminal. Da perspectiva estrutural social, a delinqüência é cada vez maior e organizada no meio da delinqüência juvenil e infantil. É um problema absolutamente crescente e sumamente alarmante e deixou de ser para aquelas organizações que se dedicam à violência, de ser um mero agrupamento que poderia ser qualificado tanto da perspectiva ideológica como da perspectiva legal, de quadri-lha. São autênticas por necessidades delinqüenciais. E sua raiz, numa estrutura social que, apesar dos otimistas com uma razoável e correta perseverança política, está longe da integração social e, cada vez mais perto dos crimes, não está, muito longe da desintegração social.”

Também Ada Pelegrini Grinover afirma ser o crime organizado, um “problema político”:

⁷ Qual é a maior fonte dos piores crimes organizados e dos crimes com maior organização? Acho que a resposta é clara: é o Estado, é o poder público. Só alguns exemplos bastam para verificar isso. Primeiro, o terrorismo. É verdade que nem todo terrorismo é praticado pelo Estado, mas o pior terrorismo é aquele que pratica o Estado. Quando é praticado no seu próprio território é terrorismo do Estado ou, quando praticado no território alheio, então, vira terrorismo internacional. É muito difícil pesquisar porque tem toda a cobertura do Estado...

Estou ciente de que isso não é só um discurso penal. Isto, no fundo é um problema político, mas vou fazer uma

O discurso penal não foi um discurso político?

Eugenio Raul Zaffaroni (o. c.)

Eu creio que, sem dúvida nenhuma, o problema da criminalidade organizada é, antes de tudo, um problema político, como salientou aqui o nosso mestre Zaffaroni. É certamente um problema de natureza sociológica, como também foi salientado nesta mesa hoje. Talvez seja um problema de política criminal, talvez não seja, como mostrou nosso Professor Espanhol. Talvez possa ser até um problema de dogmática penal, como se viu pelas palavras do professor português, mas a mim me parece que não será através de normas processuais que se poderá enfrentar, e ajudar a resolver o problema do crime organizado.

E o problema mais sério é que destas concessões é fácil escorregar para outras concessões mais gerais, no modelo exatamente do que aconteceu na Itália, que primeiro se preocupou exclusivamente com uma legislação anti-máfia, mais rigorosa nos aspectos penais e processuais penais temários. Mas que agora, tranquilamente, suprime do Código de Processo Penal certas normas garantidoras, próprias do processo acusatório, como aquela da não introdução dos elementos do inquérito policial, no processo, para aplicar essas regras a todo o processo penal. Então, é muito perigoso ceder a essas tentações, até porque não se sabe exatamente se elas seriam úteis para alguma coisa que não fosse apenas um abandono das garantias processuais que, com tanto custo, com tanto trabalho, se conseguiu construir nos regimes democráticos.”

Não se pode questionar, realmente, que a pobreza e a aceitação social incentivam a prática delituosa. No crime organizado há uma tendência ainda maior de acomodação da comunidade, em razão de serem comuns os auxílios da organização criminosa, que não raras vezes supre o Estado na saúde, ocupação rentável e segurança.

Parece-nos, todavia, no mínimo problemática a busca de respostas exclusiva ou principalmente voltadas ao campo social. Se a delinquência existe desde a reunião dos homens, não serão agora medidas sociais que a eliminarão. Por outro lado, deve o Estado arcar com a responsabilidade da persecução criminal, a ele delegada no Estado Democrático de Direito, e para isso necessita tomar medidas drásticas de investigação, apenamento e colaboração social — seja pela sedução de vantagens, seja mesmo pela intimidação de sanções aos colaboradores.

Winfried Hassemer (o. c.), catedrático em Frankfurt demonstra serem possíveis as restrições aos direitos fundamentais, embora necessária prévia e sopesada reflexão:

A curto prazo, devemos novamente aceitar que a política de segurança pública compreende não apenas a eficácia como também

a justiça e a proteção dos Direitos Humanos. Restrições aos Direitos fundamentais devem ser pesadas cautelosamente, devem ser aplicadas concentradamente e, em todo caso, ser garantidas com instrumentos que permitam o seu controle.

Lembra o mesmo professor, ainda, da necessidade de bem conhecer o crime organizado, para melhor atacá-lo, o que não justifica a ausência de ação:

Daqui não se deve extrair a conclusão de que medidas de prevenção e combate devam aguardar a aquisição de um conhecimento mais preciso sobre o objeto de atuação, para que possam ser implementadas. Esta seria de fato uma posição ingênua. No entanto, uma Política criminal de Estado de Direito deve necessariamente extrair consequências da circunstância de que o objeto contra o qual deve atuar ainda é inacessível ou precariamente conhecido. Não se lhe pode permitir uma prática atualmente em voga: Compensar ignorância criminológica com intensidade da ameaça e, em situações que considere particularmente ameaçadoras, desferir golpes a esmo desesperadamente.

Também Raul Cervini (o. c.) salienta que “o verdadeiro controle consiste no domínio do mecanismo, do conhecimento do mecanismo e de uma afinada técnica operativa.”

9.3 SITUAÇÃO LEGAL NO BRASIL

9.3.1 A LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

A pressão social para repressão ao crime, especialmente ao crime organizado, fez com que no Brasil fosse aprovada a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995.

Buscando possibilitar maior acesso à prova, veio essa Lei a prever o acesso, através do Juiz, a dados potencialmente sigilosos, e a prever medidas de maior repressão ao crime de quadrilhas.

Embora válidos alguns dos novos pontos criados, existem ainda diversos aspectos polêmicos.

9.3.1.1 A DEFINIÇÃO DE CRIME ORGANIZADO

Inicia a Lei n.º 9.034 definindo como crime organizado aquele “resultante de ações de quadrilha ou bando” (art. 1º). Claro fica já de início, pois, que ao direito positivo brasileiro pouco importam os critérios internacionais⁸ de estrutura criminosa permanente e de domínio do poder — basta a associação criminosa com finalidade duradoura, da quadrilha ou bando.

Melhor seria que nosso direito se filiasse à noção comum de que o crime será organizado pela sua estruturação empresarial, que exige a atuação de pessoas em quadrilha, mas que também necessitará de uma estrutura e maior potencial de gravame social, com atos de desrespeito e afronta ao poder constituído.

Na realidade brasileira, felizmente, raros são os grupos criminosos permanentes e estruturados, voltados não só à prática de crimes como ao controle pela intimidação. As situações mais próximas são justamente no crime de tráfico de entorpecentes, que envolvem toda uma estrutura duradoura e organizada, seduzindo e intimidando moradores das regiões e impondo ordens independentemente ou até em desafio ao poder estatal.

Da forma prevista pela lei brasileira realmente maior será a amplitude da persecução criminal, mas banaliza o uso de fortes instrumentos investigatórios, tornando crime organizado até a reunião de pessoas para a prática do adultério — independente do risível potencial lesivo.

É de se notar, também, que o conceito legal de crime organizado — único passível de aceitação em nosso direito, já que expresso —, sofre por outro lado restrição quanto à natureza da infração penal, que somente terá por objeto o crime, afastando as contravenções penais, pelo seu menor potencial de dano. Embora se coadune essa distinção com a idéia antes defendida de crime organizado e crime empresarial grave, deve-se lembrar que por vezes o potencial lesivo de contravenções é enorme, como nos danos ambientais causados pelo consciente ataque à flora nacional.

⁸ Vide neste Capítulo Definição de Crime Organizado.

9.3.1.2 INSTRUMENTOS DA PERSECUÇÃO CRIMINAL ORGANIZADA.

O maior potencial lesivo da criminalidade organizada, tem politicamente autorizado o uso de meios investigatórios e punitivos mais gravosos⁹.

Na Lei n.º 9.034, algumas medidas iniciais de exceção já foram estabelecidas. Ver-se-á que ainda não se adotam medidas extremadas, com grave dano ao direito de defesa, mas já é incentivada a delação criminosa e outras medidas de sigilo e controle da prisão.

9.3.1.2.1 A POSTERGAÇÃO DO MOMENTO DA PRISÃO.

Autoriza a Lei n.º 9.034 a ação controlada, que identifica como o ato de retardar a interdição policial para o “momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações” (art. 2º, II).

Trata-se de autorização legalmente útil, já que prevê o Código de Processo Penal (CPP) o dever da prisão em flagrante, pela autoridade policial e seus agentes, o que pode fazer presumir seja infração funcional o retardo na prisão. Entendemos, porém, que mesmo sem esse permissivo legal seria de todo razoável a ação policial que retarda a prisão para momento de maior utilidade — seja pela reunião de maior número de envolvidos, seja pela mais abrangente coleta de provas. O dever de prender em flagrante não estaria negado, mas postergado por razão justa e moral, impossibilitando a caracterização de infração pela autoridade.

9.3.1.2.2 A QUEBRA DO SIGILO DE DADOS

Pode o magistrado promover o “acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais” (art. 2º, III da Lei n.º 9.034).

A inovação legal foi por vários juristas taxada de inconstitucional, já que o sigilo de dados seria constitucionalmente absoluto¹⁰. É que estaria a Constituição, no art. 5º, XII, a

⁹ A respeito, será desenvolvido o Cap A PROVA RESTRINGÍVEL NO TRÁFICO E CRIMINALIDADE ORGANIZADA.

¹⁰ Vicente Greco Filho, Interceptação Telefônica; Des. TJSP Sérgio Pitomba, Sigilo das Comunicações, Aspecto Processual Penal

prever quatro modalidades de sigilo: correspondências, comunicações telegráficas, de dados e telefônicas — apenas na última cabendo ordem judicial para sua violação, na forma da lei.

O Supremo Tribunal Federal (STF), porém, vinha já antes da Lei n.º 9.034 entendendo que a Constituição previa em verdade duas hipóteses: correspondências e comunicações telegráficas (primeira hipótese), dados e comunicações telefônicas (segunda hipótese). Na segunda hipótese, tanto em dados como em comunicações telefônicas, caberia a quebra do sigilo mediante autorização judicial¹¹:

O Ministro Marco Aurélio, do STJ mostrou que o item XII do art. 5º da CF/88 cogita apenas de dois casos, divididos cada um em duas situações, a saber: 1º) sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; 2º) dados e comunicações telefônicas. A 1ª hipótese (sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas) é absolutamente inviolável, vale dizer, nenhuma lei antiga ou nova pode admitir violação nas referidas matérias. Já na 2ª hipótese, que engloba o sigilo de dados e de comunicações telefônicas, a inviolabilidade é relativa. No caso do sigilo de dados, a sua quebra está prevista pelo art. 18 da Lei Ordinária nº 4.595/65, recebida pela CF/88.

A interpretação do Supremo é principalmente baseada na análise sintática do artigo, que conjuga com o aditivo “e” a correspondência e as comunicações telegráficas, vindo após os “dados” para, novamente por “e”, serem reunidos às comunicações telefônicas. Nas duas oportunidades da reunião por “e”, estariam se formando ocasiões de única hipótese, sendo que a última delas (reunião de dados e comunicações telefônicas) poderia ser objeto de quebra de sigilo judicial.

Os entendimentos em sentido diverso pretendem dar ao “e” tratamento identificado ao de vírgula, não para adicionar, mas para separar hipóteses diferentes.¹²

Nesse exame gramatical, entendemos melhor o posicionamento do STF: a partícula aditiva “e” reuniu quatro situações em duas hipóteses, na última cabendo a quebra judicial do sigilo.

¹¹ Questão de ordem na petição n.º 577.

¹² Afirma o Desembargador Sérgio Pitomba que "o sistema de informática e telemática, protegido, em razão de seu conteúdo, pelo sigilo das comunicações, não se pode interceptar. Convém renitir que a Lei Maior estabeleceu sigilo absoluto para as três primeiras modalidades de comunicação fora dos estados de defesa e de sítio (art. 5º, n. XII)".

Assim, o sigilo de dados é relativo, sendo constitucional a quebra prevista pela Lei n.º 9.034, que veio exatamente a criar o fundamento legal constitucionalmente exigido para autorização judicial.

Posteriormente a Lei n.º 9.296/96 estendeu a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações de “telemática e informática” (art. 1º, parágrafo único, e art. 10).¹³

9.3.1.2.3 A INVESTIGAÇÃO JUDICIAL SIGILOSA

Criou a Lei n.º 9.034 a previsão de que a diligência, em caso de possível violação de sigilo constitucionalmente garantido, “será realizada pessoalmente pelo juiz”, com o auxílio de pessoas, dentre elas nomeando escrivão “ad hoc”.

Para preservação do sigilo, o auto de diligência ficará fora dos autos do processo e do cartório (em primeiro e segundo graus de jurisdição), sendo acessado apenas pelas partes, na presença do Juiz. Neste auto serão também apensadas as pertinentes razões das partes.

Elogiável o critério de preservação do sigilo buscado pelo legislador. Elogiável, mas pouco prático e dificilmente aplicável em concreto.

Primeiro, não é razoável que os servidores e advogados sejam posicionados como suspeitos e impedidos da movimentação e acesso a autos de diligência. Mais, tendo o Juiz escrivão de confiança, será até mais temerário que venha a nomear terceiro “ad hoc” para essa função. Com o manuseio exclusivo pelo Juiz, deverá então ser ele o responsável por mostrar inúmeras os feitos sigilosos, em incontáveis processos e sempre que requerido, providenciar a juntada de razões, guardar os autos, lacrá-los para envio ao Tribunal, receber e arquivar ao final a diligência. O Juiz passa a fazer serviços de escrivania e perde tempo para o julgamento das lides.

¹³ É interessante acrescentar que o STF indeferiu liminar, por falta de demonstração do periculum in mora, na medida cautelar requerida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil — ADEPOL-RJ, contra o parágrafo único do art. 1.º da Lei 9.296/96, que regulamenta o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”), onde aquela Associação também sustenta que a norma impugnada, ao permitir a “interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática”, estaria ofendendo o citado dispositivo constitucional que, segundo a autora, só autoriza a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. ADIN 1.488, rel. Ministro Neri da Silveira, 07.11.96, Informativo do STF de 04 a 08.11.96, n.º 52.

Além de todas as dificuldades geradas com a figura do “Juiz-policial-escrivão-depositário”, deve também ser considerado o maior prejuízo à defesa, que terá dificuldade de acesso à diligência e precisará constantemente recordar-se de comentar sobre ela em apartado — para juntada em separado.

A providência gera também retrocesso no sistema acusatório, já que confere ao Juiz poderes de investigador inicial — investiga como acusador, cuida e movimenta administrativamente o feito, e pretende ao final julgar imparcialmente.

9.3.1.2.4 OUTRAS PROVIDÊNCIAS

Nas suas disposições gerais, a Lei n.º 9.034 determinou a estruturação policial especializada no combate ao crime organizado, o que é de todo recomendável, já que tende a modernização do crime a utilizar de mais sofisticados sistemas para a consecução do crime e transferência de dinheiro, que força também a especialização de todo o mecanismo da persecução criminal. É curioso observar que não por acaso os processos que requerem maiores exames de contabilidade ou de dados computacionais, são exatamente aqueles que envolvem maiores valores de danos e que normalmente demoram mais até a conclusão.

Para facilitar a instrução e evitar fugas daqueles envolvidos em práticas de crime organizado, foi determinada a obrigatória identificação criminal (reduzindo a utilização de identificações falsas), aumentou-se para 180 dias o período de prisão processual e impediu-se o recurso em liberdade. Nos casos de “intensa e efetiva participação na ação criminosa” (art. 7º), ficou vedada a liberdade provisória.

Quanto à pena, foi estabelecida a “colaboração eficaz”, como privilegiadora dos crimes organizados — quando espontânea e cujo resultado gere esclarecimento do crime ou de sua autoria.

Também alterando a pena, ficou definido seu início no regime fechado. Comparativamente à situação dos crimes hediondos, o regime inicial fechado possibilita melhor reintegração do condenado, que poderá adaptar-se com a progressão de regimes. Continua existindo, porém, restrição à dosagem judicial da pena, já que a fixação do regime inicial é

competência do juiz da sentença, que poderá afastar os parâmetros temporais (art. 33 CP)¹⁴ em razão de benéficas circunstâncias judiciais (§ 3º do art. 33 c/c art. 59, ambos do CP).

Já foi abordada a questão da constitucionalidade da restrição ao regime inicial de execução da pena¹⁵, sendo observado que após entendimento inicial do Superior Tribunal de Justiça em favor da inconstitucionalidade dessa restrição, veio o Supremo Tribunal Federal a decidir pela constitucionalidade da norma, o que tem em regra orientado a jurisprudência nacional.

Entendeu a Suprema Corte brasileira, que a Lei de Crimes Hediondos não foi alterada pelas leis novas, que teriam aplicação específica aos delitos por elas tratados, não alterando o tratamento especial dos crimes hediondos e do tráfico¹⁶. No Superior Tribunal de Justiça, permanece a questão ainda sem entendimento uniforme, a Quinta Turma acompanha o entendimento do Supremo¹⁷, enquanto a Sexta Turma ainda permanece considerando derogada a restrição à progressão de regimes prisionais¹⁸.

¹⁴ Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

....
 § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
 b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
 c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início cumpri-la em regime aberto.”

¹⁵ Cap. TRÁFICO DE DROGAS E A LEI DE CRIMES HEDIONDOS, subitem Execução da Pena.

¹⁶ “...

6. A Constituição Federal, no art. 5º, inc. XLIII, ao considerar 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, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.

Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado.

Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade.

“H.C.” indeferido.”

(HC Nº: 76543, 1ª T., Mai, Rel. SYDNEY SANCHES, DJ 17-04-98 PP-00006)

¹⁷ “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORIGINÁRIO. MUDANÇA DO REGIME FECHADO PARA O SEMI-ABERTO. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. REVISÃO DA SENTENÇA.

9.3.2 A LEI DE INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, DE TELEMÁTICA E INFORMÁTICA.

9.3.2.1 MOMENTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO

A Lei n.º 9.296, sancionada em 24 de julho de 1996, finalmente criou a norma legal regulamentadora da escuta telefônica — importante instrumento de apuração e comprovação delituosa.

A especial importância dessa lei, decorre do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de que ao prever o art. 5º, XII, parte final, da Constituição Federal a legitimidade da interceptação telefônica, mediante autorização judicial prévia, também exigiu regulamentação legal e que tal norma não seria o Código de Telecomunicações, por não trazer mínima definição das hipóteses legais e procedimento. Daí como consequência, vedadas ficam quaisquer provas de escuta telefônica.

Assim, muitos e graves foram os casos concretos de nulidade de processos pela origem decorrente da então ilícita prova de escuta telefônica, pouco importando a razoabilidade e importância dos motivos — como em situações de seqüestro e ameaças, onde a

"Em razão de tratar a Lei n.º 9.455/97 especificamente do crime de tortura, não pode seu texto servir à revogação total de dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, que regula uma gama maior de condutas delituosas." Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal (HC 77.001/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, in DJ de 21/08/98). A atenuante da menoridade já foi considerada quando da fixação da pena. Ordem denegada."

HC 8755-MG, 5ª T., UN, Rel. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 28/06/1999 PG:00130.

¹⁸ "RHC - PENAL - CRIME HEDIONDO - PENA - EXECUÇÃO - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - CONSTITUCIONAL - PENAL - EXECUÇÃO DA PENA - CRIMES HEDIONDOS (LEI N. 8.072/90) - TORTURA (LEI N. 9.455/97) - EXECUÇÃO - REGIME FECHADO

A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-os 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. A Lei n. 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado" (art. 2º, § 1º). A Lei n. 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º - 7º: "O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. A Lei n. 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei n. 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes. Matéria solucionável no âmbito da legislação infraconstitucional."

RHC 8520- MG, 6ª T., Mai, Rel. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ 21/06/1999 PG:00203.

identificação do criminoso ou a busca da vítima, tornam especialmente importante o recurso da escuta telefônica.

9.3.2.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Pela evidente gravidade da invasão de privacidade, veio a Lei n.º 9.269 a estabelecer o segredo de justiça e estabeleceu critérios restritivos dessa prova, para situações últimas, de certeza e gravidade:

*“ a) houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
b) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
c) o fato investigado constituir infração punida, no máximo, com pena de detenção.”* (incisos I a III, do art. 2º, da Lei n.º 9.296).

Surgiu interessante discussão doutrinária e jurisprudencial, em decorrência da Lei n.º 9.269, quando em seu art. 1º, parágrafo único, admitiu a interceptação do “fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

Ao admitir a interceptação das comunicações de informática, acaba a lei por autorizar também a devassa do próprio sigilo de dados. Embora não autorize a Lei n.º 9.296 o acesso aos dados nos computadores, permite que se conheçam suas trocas de comunicações, que também constituem-se em dados de computação — embora não fixados em equipamento, mas em transmissão. Há, pois, violação ao sigilo de dados.

Ocorre que já foi neste trabalho examinado¹⁹ o entendimento do STF, por nós corroborado, de que o sigilo de dados seria relativo, comportando sua quebra mediante autorização judicial, na forma da Lei: Lei n.º 4.595/65 — sigilo bancário —; Lei n.º 9.034 — quebra de dados no crime organizado —; e na Lei n.º 9.296 — interceptação das comunicações de dados.

¹⁹ Subitem A LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

9.3.2.3 PROCEDIMENTO

A iniciativa da prova poderá ser do Delegado ou do Ministério Público, então decidindo o Juiz fundamentadamente, em 24 (vinte e quatro) horas.

O prazo da interceptação será no máximo de quinze dias, renovável por igual tempo "uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". Não me parece de qualquer dúvida que a prorrogação dar-se-á uma única vez, de modo que a "escuta" terá prazo máximo total de trinta dias - o que normalmente é um prazo pequeno para o acompanhamento policial de uma grande operação.

A autoridade policial realizará a diligência, com acompanhamento eventual do Ministério Público (sempre cientificado previamente) e, se necessário, com a requisição de técnicos especializados das concessionárias de comunicações.

Interessante criação legal, foi a de processo sigiloso apartado, com o conteúdo da interceptação (se possível degravado) e relatório policial da diligência. Embora tenha o art. 8º²⁰ mencionado no "caput" que seria ele apensado ao inquérito policial ou processo criminal, toma o parágrafo único claro que esse apensamento se dará apenas para a finalização do inquérito (relatório da Autoridade Policial - art. 10, § 1º CPP), da fase singular no rito do Júri (sentença de pronúncia art. 407 CPP), do rito comum (conclusão para sentença - art. 502 CPP) ou do rito sumário (audiência de instrução e julgamento - art. 538 CPP).

A idéia do legislador, assim, foi propiciar a juntada do processo sigiloso apenas para a decisão (parecer, no caso do Relatório do Delegado) final, sendo após essa fase novamente desapensado.

Não prevê a lei, mas como auto incidente, deverá acompanhar o feito principal em caso de recurso – podendo mesmo servir como fundamento da decisão atacada.

Finalmente, estabelece o art. 9º, da Lei nº 9.296, que será inutilizada a gravação desvinculada dos fatos do processo, por iniciativa do Ministério Público ou da parte interessada. Vale o mesmo raciocínio para destruir também a degravação e quaisquer outras provas oriundas da interceptação, mas desinfluentes ao processo. A inutilização dar-se-á em

²⁰ "Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, artigo l.o, § 1º) ou na conclusão do processo ao Juiz para o despacho decorrente do disposto nos artigos 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal. "

ato onde estará obrigatoriamente presente o Ministério Público, facultando-se a presença da parte²¹ - necessariamente intimada com antecedência.

9.3.2.4 CRIMES DE VIOLAÇÃO AO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

Para garantir a inviolabilidade das comunicações, veio a Lei nº 9.296 a criar o crime de violação ao sigilo das comunicações, nele incidindo quem intercepta comunicações ou quebra segredo de justiça (obviamente onde existam informações acessadas de comunicações), fora das hipóteses legais - seja pela ausência de permissão judicial, seja mesmo quando realizado o ato fora dos objetivos previstos em lei.

Na modalidade de interceptação das comunicações, é sujeito ativo qualquer pessoa, que conscientemente acessa comunicações, o que configura a conduta típica, pouco importando a relevância da motivação desse ato.

Interessante questão ocorre se a interceptação é realizada sob a cobertura de uma excludente da ilicitude, v.g., quando realizada a escuta telefônica de vítima de seqüestro, mas sem prévia autorização judicial. O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que neste caso não é ilícita a prova colhida²².

Como estará em segredo de justiça o processo com informações advindas da lícita interceptação de comunicações, somente poderão realizar a conduta de quebra de segredo, o servidor encarregado da persecução criminal, as partes ou seus procuradores. Excepcionalmente poderá um terceiro ter acesso ao processo, por descuido dos responsáveis, e será então responsabilizado pelo mesmo crime. Não cabendo a punição a título de culpa, não caberá neste último exemplo a responsabilização do servidor²³.

²¹ Art. 9º, "Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal."

²² HC 74.678-1, Min. Moreira Alves, Informativo do STF nº 79, de 20.08.97, p. 03.

²³ Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática ou quebrar segredo da Justiça sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

10 A PROVA RESTRINGÍVEL NO TRÁFICO E CRIMINALIDADE ORGANIZADA.

A prova tem sido diferentemente apreciada e delimitada pelos julgadores e pelo processo. No direito romano admitia-se a prova da denúncia anônima, no direito germânico haviam as ordálias, os Juízos de Deus, que presumiam a inocência ante o impedimento Divino de que o inocente sofresse com ferro em brasa ou no afogamento. Assim seguiram as alterações na admissão da prova pelo direito canônico e a prova da confissão e no próprio direito processual brasileiro, inicialmente tolerando os efeitos da prova ilícita para mais recentemente repudiá-los quase por completo.

A alteração no que é prova lícita e nos meios admissíveis de produzi-la, é reflexo do momento social sobre o processo jurídico e não a busca de solução de conseqüentes sociais (o crime, o dano) por novo enquadramento legal. A Itália é recente exemplo de maior frouxidão na garantia de direitos individuais, em prol de mais eficiente persecução criminal nos crimes da máfia.¹

¹ E mais, a interpretação, também das normas processuais tem sofrido uma compressão pela própria Jurisprudência e pela praxis das investigações da fase pré-processual. Basta lembrar que na própria Itália a famosa "Operação Mãos Limpas", tão louvada por certos aspectos, também foi chamada "Operação Algemas Fáceis", pela facilidade que se tentou, abusivamente inclusive, a prisão preventiva. (Ada Pelegrini Grinover, o. c.).

Ninguém pode, no entanto, negar também que alguns entre os princípios mais basilares do código de 1988 tenham pago as altas contas da reação às verdadeiras ou supostas fraquezas do tecido do código original. Em particular, tomou, se menos coerente a acentuação do princípio do contraditório como regra de base de toda dinâmica do processo. E tomou-se menos completo o reconhecimento daquele que, com igual eficácia, é chamado "direito à prova", como o direito das partes - e, portanto, também e sobretudo da defesa do imputado - de não se ver arbitrariamente subtraídas das possibilidades de prova, e de "contra prova" em relação ao que foi trazido pela parte adversa para convencer o juiz. (Mario Chiavario, o. c.)

10.1 OS DIREITOS HUMANOS E A PROVA

A pressão social molda os limites da prova digna e lícita.

É problemático reconhecer que o direito varia no reconhecimento da validade da prova — em certa época e local tendo-a como lícita, em outra situação negando-a.

O catedrático Winfried Hassemer (o. c.) bem aponta que “já nos habituamos a uma técnica enganosa de avaliação: Quando uma ameaça nos parece particularmente intensa, nada mais é sagrado para nós, nem mesmo os Direitos fundamentais (como o mencionado art. 13 da Constituição) ou tradições outrora intocáveis (como a necessária separação entre polícia e serviço de informações). No entanto, uma cultura jurídica não se constrói mediante tais técnicas de avaliação (que, nas situações concretas, não deixam nenhuma chance de sobrevivência aos princípios jurídicos fundamentais), e sim na estabilidade daqueles princípios que nós reputamos indiscutíveis e indisponíveis, como patrimônio da civilização, também em momentos de crise. Já não sobram muitos destes princípios hoje em dia”.

Entendemos, porém, como verdade já constatada, e necessidade social — não se limitam anseios populares que se revelem duradouros: o direito não é a moral do certo, mas o certo para a Nação. Não foi só a Alemanha, mas outros diversos países que buscaram a solução da grave criminalidade com a restrição de direitos processuais da defesa².

A Itália é grande exemplo de retrocesso nos limites de direitos individuais — ainda que com algum traumatismo jurídico e social — em benefício de mais ampla e rápida persecução criminal.³

Normalmente usa o Estado de mecanismos aparentemente lícitos para conseguir transmutar a admissibilidade da prova: alteram-se leis, os Juizes tendem a responder às reivindicações de maiores sanções, criam-se entidades especializadas na investigação, no processo e na execução de penas dos crimes — tudo justificado, implícita ou explicitamente, no anseio social de Justiça.

Raul Cervini (o. c.), entende não ser imprescindível solapar princípios do Direito Penal, pelo argumento da difícil concretização das condutas do crime organizado:

² Vide Subitem A PROVA RESTRINGIDA NO DIREITO COMPARADO.

³ Vide Subitem A PROVA RESTRINGIDA NO DIREITO COMPARADO.

Em todo caso, a tarefa do penalista é igual a de um médico de alta cirurgia. Com o instrumento mais preciso e com o menor número de movimentos possíveis, o sistema penal deve atuar. Ocorre que os tipos penais que consideramos necessários para combater o crime organizado, são deixados em mãos de pessoas que não estão suficientemente capacitadas ou não conhecem o mecanismo destas novas formas de criminalidade ou destas velhas formas com novas roupagens.

Em todo caso, reivindicamos a capacidade operativa dos antigos princípios do Direito Penal que são a única garantia, não frente à sociedade, mas frente ao indivíduo.

Também Mario Chiavario⁴ e Ada Pellegrini Grinover (o. c.) entendem inadequadas as restrições a direitos individuais em prol de mais célere ou eficiente persecução criminal.

Enfaticamente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (o. c.) nega a possibilidade de restrições a princípios, pela busca da condenação:

A democracia pressupõe o respeito fundamental à pessoa humana. Daí o acatamento às opções políticas. Mas como seria possível materializar-se esse respeito senão garantindo-se, através do Poder Judiciário, não poder, qualquer indivíduo, ser alcançado pelo Estado a não ser através do devido processo, plenamente informado pelos modernos princípios da ciência processual? Como assegurar-lhe incolumidade contra erros e abusos da administração?

Princípios, como o do contraditório e o da publicidade, entre outros, são essenciais ao processo moderno - qualquer processo - e não devem ser preteridos ou comprometidos justamente na instrução criminal, quando mais são vulneráveis os indivíduos ao abuso e ao arbítrio contra suas próprias pessoas, em sua liberdade e honra tanto ou com muito mais razão que no processo civil ou trabalhista. É preciso que voltemos a considerar o problema da instrução criminal sob esse ângulo político - reconhecer que o princípio inquisitorial não se coaduna com o conceito de homem livre no Estado de direito, e que deve ser abandonado como resquício autoritário de períodos que custaram a passar ...

⁴ CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, vol. 5, p. 25-36, jan. mar. 1994.

Por outro lado, Winfried Hassemer, conforme já se alertou, demonstra serem possíveis as restrições aos direitos fundamentais, com parcimônia, ante grande e prévia reflexão:

A curto prazo, devemos novamente aceitar que a política de segurança pública compreende não apenas a eficácia como também a justiça e a proteção dos Direitos Humanos. Restrições aos Direitos fundamentais devem ser pesadas cautelosamente, devem ser aplicadas concentradamente e, em todo caso, ser guarnecidas com instrumentos que permitam o seu controle.

Trata-se realmente de difícil dilema: a preservação do direito individual ou a defesa da sociedade. Sempre surgirão propostas balanceadoras desses interesses e sempre haverá limitações ao direito de defesa (como quanto ao número e oportunidade da produção probatória), mas a pressão social por respostas à grande intimidação e domínio do crime organizado, tende a produzir mudanças no entendimento de limites e restrições à defesa.

10.2 A PROVA RESTRINGIDA NO DIREITO COMPARADO

Em diversos países tem a organização criminosa provocado impacto e alteração na forma de sua investigação e processamento.

Atendendo aos limites deste trabalho, serão sinteticamente examinadas as alterações legislativas e seus efeitos, em países da Europa (Itália, Alemanha) e da América do Sul (Colômbia).

10.2.1 COLÔMBIA

Novo Código de Processo Penal criou na Colômbia várias restrições, diretas e indiretas, ao direito de defesa.

Foram criadas normas de proteção da identidade de funcionários do Ministério Público e do Judiciário⁵ — o “Juiz-sem-rostro”. Na investigação e julgamento de crimes especiais, como no tráfico de entorpecentes, quando o “fiscal general⁶” entender necessário à segurança de sua vida ou das investigações, determinará então o uso dessa máscara, atuando então o Promotor ou Juiz sem rosto. Ridicularizou-se, porém, essa inovação, já que pela voz é reconhecido o magistrado (ou acusador) que no dia-a-dia atua em lides menos complexas, e assim é conhecido dos advogados e até da imprensa. Permanece em uso, porém, essa medida.

Também foi criada a testemunha anônima, da qual se consigna em ata apenas a impressão digital, sendo identificada em separado, pelo Ministério Público, que deverá identificar os elementos que possam ser úteis ao juiz, e ao próprio Ministério Público que preside a instrução, para valorar a credibilidade da testemunha”. Trata-se de medida que impede à defesa contraditar a testemunha, por não saber de seu eventual interesse em culpar o réu.

Somente em 1997 foi editada a Lei 365, para combater a “delinqüência organizada”, introduzindo no Código Penal um capítulo denominado “lavagem de ativos”, dentro do título dos direitos punidos contra a ordem econômica e social⁷. A lavagem de ativos faz referência ao comércio de bens oriundos direta ou indiretamente da atividade ilícita, punindo-se a conduta independentemente da persecução direta da atividade ilícita — normalmente tóxicos.

No mesmo capítulo foi também contemplada a conduta de “omissão de controle”, dirigida aos funcionários de entidades financeiras que omitam os mecanismos de controle financeiro previstos em lei.

⁵ Ada Pelegrini Grinover (o. c.).

⁶ Promotor Responsável pelo caso criminal.

⁷ Narcotráfico na Colômbia, Revista In Verbis n.º 9.

Também salienta o Juiz colombiano entrevistado, Alberto Santana⁸, ser muito significativa a criação do confisco, pelo tipo penal da “Extinção do Direito de Domínio” em favor do Estado, quando obtidos os bens em atividade ilícita — com prejuízo do Tesouro Público ou grave dano à moral social. Enquadram-se no confisco os delitos de entorpecentes, a figura do “testa de ferro” e os crimes contra os recursos naturais.

No narcotráfico, especificamente, além das figuras criminais introduzidas pelo capítulo de “lavagem de ativos”, “se crearon algunos tipos penales muy especializados y se aumentaron las penas en los delitos que tienen que ver con el tráfico de narcóticos y contemplados en la ley 30 de 1986 la cual establecía penas ínfimas que resultaban desequilibradas frente al perjuicio ocasionado y al auge de comisión se los mismos por resultar especialmente muy rentable.”⁹

10.2.2 PERU

No Peru, o terrorismo foi o impulsionador de um tratamento processual mais gravoso, prevendo a Lei Especial de 1952 inclusive a prisão cautelar do processado terrorista.

Tratou-se de medida forte para os padrões do país, que possibilitou diversas prisões de seqüestradores e suspeitos de atentados.

10.2 .3 VENEZUELA

Já na Venezuela, foram as Leis Orgânicas, de Salvaguarda do Patrimônio Público e de Substâncias Entorpecentes e Psicotrópicas, que criaram maior restrição à liberdade, através da ampliação de hipóteses de prisão processual cautelar.

⁸ idem nota 7.

⁹ idem nota 7. Em tradução livre: “se criaram alguns tipos penais mais especializados e se aumentaram as penas nos delitos que se relacionam com o tráfico de narcóticos e contemplados na Lei 30 de 1986, a qual estabelecia penas ínfimas que resultavam desequilibradas ante o prejuízo ocasionado e a alta incidência dos mesmos, em razão especialmente de resultarem muito rentáveis.”

10.2.4 ITÁLIA

Já há mais de 15 anos vige na Itália uma legislação especial anti-máfia, que abrange também delitos econômicos praticados por essas organizações.

Recentemente o Código de 1988 modificou ainda mais o tratamento à máfia, restringindo garantias: “inversão do ônus da prova em matéria penal, com relação a determinados assuntos, a delação premiada, os arrependidos do regime italiano [... e a introdução de] elementos probatórios colhidos durante a investigação criminal”¹⁰.

As medidas de efetiva proteção física e moral dos "colaboradores da justiça", ou "pentiti" (aquelas pessoas que rompem a "omertà" revelando segredos das organizações criminais e cuja tutela real contra as agressões materiais e psicológicas deve ser comparável ao rigor com o qual serão controladas as suas afirmações para impedir as calúnias), trouxeram a possibilidade de depoimentos antes difíceis de serem obtidos — pelo receio de represálias da máfia.

Quanto ao reconhecimento da prova investigatória, deve-se esclarecer que o sistema italiano utiliza o instituto de "duplo autos"¹¹. Com o novo Código italiano de Processo Penal, foi suprimido o envio de autos separados ao juiz do debate, podendo ele admitir como prova plena aquela colhida nos autos do Ministério Público, sem contraditório e Juiz imparcial, na fase investigativa:

Era regra, mesmo não privada de exceções, que só os testemunhos obtidos no contraditório entre o Ministério Público e a defesa diante de um juiz imparcial pudessem ter valor de plena prova, enquanto as disposições recolhidas pelo Mi-

¹⁰ idem nota 11.

¹¹ A passagem à fase de debates comporta, ao contrário, a formação de dois autos: um para o debate" (remetido de ofício ao órgão de juízo) e o outro "do Ministério Público" (iniciado, já antes da abertura do debate, a discovery em benefício das outras partes, mas não remetido à apreciação do juiz). É nos autos do Ministério Público, mas não no primeiro, que normalmente se inserem nos termos dos atos realizados durante as investigações (entre as poucas exceções à regra, deve ser assinalada aquela relativa aos termos dos "incidentes probatórios", a qual se explica justamente porque estes são "antecipações de uma jurisdicionalidade" no curso das investigações preliminares, com o juiz - ainda que diferente daquele do debate, o assim chamado "juiz para as investigações preliminares" - que supervisiona, com as mesmas modalidades estabelecidas para o debate, a aceitação das provas que não podem ser remetidas à fase de juízo). — Mario Chiavario (o. c.)

nistério Público durante as suas investigações podiam servir só para contestar os depoimentos contrários, dados pela mesma testemunha, em debate e conseqüentemente para tolher credibilidade a estas últimas. Rígida demais, a regra originária que, combinando-se com as regras de juízo ditas para os casos de prova legalmente faltante ou insuficiente, levava também em casos de testemunhas claramente subornadas - à absolvições notadamente iníquas (em mais de um processo os relatórios da polícia ou do Ministério Público tinham assim servido para fazer cair em contradição certas testemunhas, notadamente subornadas, em debate; mas não podendo servir positivamente como provas, não obstante a convicção em tal sentido do juiz, tinham constrangido este último à absolver o imputado em nome da presunção da inocência).

Mas seguramente, inclinado em sentido oposto é o sistema atual: não só atribuiu-se valor de plena prova aos depoimentos recolhidos pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária quando aqueles sucessivos resultem de violência ou ameaça, mas em geral, qualquer declaração feita ao representante da acusação - mesmo que seja contestada durante o debate porque diferente do quanto ele mesmo no debate narra, vale como prova, se concorrem outros elementos a corroborá-la.

Também restritivamente, o Código de 1988 impediu as partes de convocar as pessoas que tenham dado declarações verbais contra si em outros processos, através do “incidente probatório”; somente o Juiz poderá deferir a prova, quando “absolutamente necessário”. Assim se previu, em razão de abusos verificados, com graves danos para a economia dos processos e também para a incolumidade de certas testemunhas, quando em uma série de crimes da máfia eram convocadas sempre as mesmas pessoas - os “arrepentidos” – apenas para repetirem que a associação chamada “*cosa nostra*” é uma associação mafiosa¹².

A Jurisprudência caminhou no mesmo sentido restritivo da legislação, que lembrou Ada Pellegrini Grinover ter-se tornado a “Operação Mãos Limpas” conhecida como “Operação Algemas Fáceis”, pela facilidade encontrada para prisões — até abusivas.

Vê-se, assim, a “evolução” das restrições à defesa, partindo da legislação anti-máfia para o combate comum à criminalidade. O catedrático italiano Mario Chiavario (o. c.) aponta que “não se pode ignorar que as organizações delinquentes são sobretudo hábeis

¹² “mas a discricionariedade concedida ao juiz é, agora, realmente notável e preocupante. Na prática, a nova oitiva depende completamente do juiz: e às favas com o “direito à prova”. (Mario Chiavario, o. c.)

no desfrutar das garantias individuais (e de modo particular das garantias processuais) para suas vantagens, distorcendo-lhes conteúdos e objetivos”. Daí e ante os graves danos causados pela criminalidade organizada, a pressão social para medidas de maior poder investigatório da polícia e Ministério Público, bem como de medidas efetivamente restritivas do direito de defesa.

Houveram progressos sobre o plano da coordenação na atividade das forças de polícia e do Ministério Público, mas também reconhece Mario Chiavario, que “Ninguém pode, no entanto, negar também que alguns entre os princípios mais basilares do código de 1988 tenham pago as altas contas da reação às verdadeiras ou supostas fraquezas do tecido do código original”. Foi restringido o contraditório e tornou-se menos completo o chamado "direito à prova" e de "contra prova" em relação ao que foi trazido pela parte adversa para convencer o juiz.

O Código de 1988, não reduziu o juiz a um puro e simples espectador da lide, conservando um penetrante poder de integração probatória nos casos em que se constate a "absoluta necessidade", depois do esgotamento da instrução debatida pelas partes. Não se pode deixar de reconhecer, assim, restrição à livre iniciativa probatória do Juiz, na busca da verdade real, mas de forma coerente com a imparcialidade judicial no processo acusatório.

Além do Código de 1988, também a “contra reforma de 1992” veio a limitar princípios da defesa no âmbito dos delitos de criminalidade organizada. Criou a Itália espécie de "dupla via": com uma disciplina para os processos “normais” e uma outra para operar nos processos contra o crime organizado. Se de um lado é explicável a distinção pelos malefícios causados da atividade organizada criminosa, de outro ângulo resulta a preocupação de que justamente nesses crimes graves haveria necessidade de serem respeitados os princípios da defesa.

A restrição grave a direitos individuais, previstos pela Convenção Européia (garantia da convocação das testemunhas de acusação além da igualdade de tratamento entre as testemunhas de acusação e defesa), fez com que alguns doutrinadores italianos chegassem a defender o uso do art. 15 dessa Convenção, para o qual, "em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação", um Estado "pode tomar medidas em derrogação às obrigações previstas pela convenção nos estreitos limites que a situação exige, com a condição de que tais medidas não estejam em contraste com as outras obrigações derivadas do direito internacional", e com o ônus de "manter informado" o Secretário Geral do Con-

selho da Europa "sobre as medidas tomadas e sobre os motivos que as inspiraram". Haveria, porém, o impacto político negativo de admitir e justificar a máfia como perigo público da Nação.

10.2.5 ALEMANHA

Na Alemanha, as legislações policiais e de ordem pública dos Estados, bem como os Códigos Penal e de Processo da federação, criaram mecanismos de maior poder investigatório: "agentes secretos, testemunhas da coroa (aquelas que, em troca da revelação do crime e seus autores, têm a sua própria participação perdoadada ou tratada com benignidade), observação policial prolongada da vida das pessoas, escuta telefônica ampliada, proteção de testemunhas (que restringe a ação da defesa), captação e armazenamento de dados pessoais em larga escala, licitações para a prática da observação policial, escuta por meios eletrônicos, penas patrimoniais, punibilidade da lavagem de dinheiro"¹³.

Estuda-se agora a introdução da chamada "grande escuta" como meio instrutório no processo penal; o direito de agentes secretos cometerem infrações penais típicas do "milieu" onde atuam; emprego de meios e dados dos serviços secretos de informações no combate à criminalidade. Preocupa-se o catedrático Winfried Hassemer, porém, com as novas violações de direitos individuais:

— Quando a casa do cidadão (sim, agora já não se tratará apenas do "indiciado", como sempre foi, mas na melhor das hipóteses, de "suspeitos") passa a ser franqueada indiscriminadamente às intervenções estatais, aí o Direito fundamental do art. 13 da Carta Fundamental (inviolabilidade do domicílio) perde seu âmbito de vigência: O que mais, se não este recinto, constitui o núcleo da privacidade individual?

— Quando funcionários policiais no desempenho de seu trabalho passam a legalmente poder cometer infrações penais, aí então desaparece para o cidadão a nítida fronteira entre criminalidade e combate ao crime, e a superioridade moral do Estado frente à delinquência se esvai. Para mim, os recentes eventos de Bad Kleinen (morte a tiros, em cir-

¹³ Winfried Hassemer (o. c.), Catedrático de Ciências Penais na Universidade de Frankfurt.

constâncias a princípio pouco esclarecidas, de um suposto terrorista da RAF em confronto com a polícia, que a ele chegou graças a um agente infiltrado, e que culminou, pelo só fato da veiculação de informações inverídicas à imprensa, com a renúncia ou demissão do Ministro federal da justiça, do Procurador Geral federal e do chefe do serviço de informações, N. do T.) confirmaram o postulado de que o Estado não pode dar a aparência de usar os mesmos métodos daqueles que ele, com boa razão, persegue justamente devido ao uso destes métodos.

— Quando se autoriza que os serviços de informações possam participar da investigação criminal com os meios que lhes são específicos (presumivelmente mais efetivos), então será o fim da transparência e do controle; não apenas para os atingidos, mas para toda a opinião pública e até para os políticos.

10.2.6 ESPANHA

A Lei Orgânica do Poder Judiciário e alterações do próprio Código Penal, trouxeram na Espanha, diversas medidas restritivas ao direito de defesa e ampliativas de medidas cautelares contra o réu.

10.3 PROPOSTAS DE PROVA PARA O BRASIL

10.3.1 SITUAÇÃO SOCIAL E SUAS EXIGÊNCIAS

Já se verificou no exame da prova¹⁴ e do Direito Comparado¹⁵, que a sociedade influencia diretamente o direito positivado, de forma que a noção dos limites de licitude da prova e do alcance da ampla defesa, acabam por variar em razão das necessidades do meio.

¹⁴ Subitem OS DIREITOS HUMANOS E A PROVA

¹⁵ Subitem A PROVA RESTRINGIDA NO DIREITO COMPARADO

Quanto maior a pressão para o combate ao crime e sua organização, menores são os direitos desses processados e maiores os poderes investigatórios e de acusação.

Trata-se de ajuste jurídico compreensível, embora não recomendável pela mutação dos direitos fundamentais e as inevitáveis conseqüências de injusta persecução criminal a inocentes.

Não pode o legislador, porém, permanecer infenso às pressões sociais, que perdurando e aumentando de intensidade se revelem duradouras. Acabará então o legislador — e nisso não se revela necessariamente um mal, mas um conseqüente inevitável do fenômeno — por criar as medidas para o aumento da repressão criminal.

No Brasil, a miséria de grande parcela da população é a mola propulsora da grande maioria dos delitos e delinqüentes. Não é essa, porém, a clientela gerenciadora do crime organizado — se ingressam nessa organização, tendem a funcionar como “peões” de atividades simples. A organização criminosa exige estrutura de funcionamento e finalidade, cujo preparo não é normalmente encontrado no perfil do ladrão “pé de chinelo” brasileiro.

Em poucas localidades do Brasil encontramos, ainda em fase inicial, estruturas de poder organizadas para o crime: é o caso dos “morros” no Rio de Janeiro, onde já existe o principal elemento da organização criminosa — o controle genérico pela intimidação.

Na maioria do país, contudo, os delitos ainda são cometidos pela reunião não organizada de criminosos, que praticam delitos (ainda que habitualmente), mas não se preocupam em tornarem-se dominadores do poder em regiões. Talvez por esse motivo, nossa principal Lei de repressão ao crime organizado (n.º 9.034) acaba por enquadrar nessa categoria a mera quadrilha — que de fato está muito distante em organização e potencial ofensivo, da efetiva organização criminosa.

Ao povo brasileiro preocupa o crescente número de crimes e não, volto a repetir felizmente, o potencial intimidativo dessas pessoas. A intimidação existente é genérica e impessoal: medo de ser assaltado, violentado, de delatar crimes e auxiliar pessoas em perigo. Tampouco há direto controle do poder, mesmo localizado, podendo apenas ser responsável por atos de corrupção e de facilitação das suas atividades.

Por ora, pois, pretende a pressão popular brasileira que se evitem os crimes, especialmente aqueles de maior perigo às pessoas individualmente (seqüestro, estupro e homicídios cruéis), ainda restando débil e iniciante a persecução de associações criminosas, de entidades do estilo mafioso de controle da sociedade pelo crime.

10.3.2 CONFISCO

Uma eficiente repressão criminal ao crime, especialmente organizado, consiste no confisco de bens oriundos do crime. Retorna-se o patrimônio à sociedade lesionada e diminui-se o poder financeiro da organização criminosa.

O confisco veio a ser previsto no art. 243, "caput", da Constituição Federal:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Confisco não é servidão administrativa, já que ocasiona a perda da propriedade¹⁶, também não é desapropriação, já que esta exige a conseqüente indenização¹⁷.

Conclui Nobre Júnior, que confisco é a previsão constitucional sancionadora do uso da propriedade para fins antijurídicos¹⁸, reprimindo o grave uso ilícito da propriedade. Deve ser esclarecido, ainda, que o termo "gleba", previsto na Constituição, destina-se a imóveis rurais, sendo admissível a distinção em razão do maior porte do plantio nessas áreas e da posterior destinação à reforma agrária.

¹⁶ Hely Lopes Meirelles, forte em lição de Benjamin Basavilbaso, é "um ônus real, incidente sobre um bem particular, com a finalidade de permitir uma utilização pública".

¹⁷ A despeito do "nomen iuris" atribuído pelo Constituinte, com a desapropriação não se confunde. É que a perda da propriedade, por ato compulsório do Estado, não vem acompanhada de compensação financeira.

¹⁸ Edilson Pereira Nobre Júnior (o. c.)

Nesse sentido, veio a Lei nº 8.257, de 26.11.91, a prever o processo expropriatório para a perda da propriedade, com direito a imissão liminar de posse pela União e final incorporação ao patrimônio deste ente federal, para específica destinação à reforma agrária. É obrigatória a produção de prova pericial, concebida para delimitar as áreas afetadas ao cultivo combativo.

A previsão constitucional, e sua especificação legal, previram sancionamento administrativo ao cultivo não autorizado de drogas. Pouco importa, assim, o resultado de mérito do processo criminal correspondente — já que o plantio não autorizado configura o delito de tráfico de entorpecentes —, aplicando-se a sanção administrativa com base apenas no procedimento expropriatório contraditório.

Também o parágrafo único do art. 243 CF se encontra dissociado da eventual condenação criminal. É que o produto do crime pode ser objeto de seqüestro cautelar¹⁹ e final perda — como efeito automático da sentença²⁰ —, mas exigirá a final condenação, o que é dispensável pela norma constitucional. Outra curiosidade, é que em se tratando de produto do crime de tráfico, sua destinação é igualmente específica: meios para recuperação dos viciados e repressão ao tráfico de drogas.

Deverá assim, dar-se o confisco do imóvel e móveis relacionados aos entorpecentes, mediante expropriação sancionatória, em procedimento cível contraditório. A decisão criminal, a princípio independente, somente refletirá nos confiscos administrativos, caso ocorrida a hipótese de certeza da inexistência do fato ou da negativa de autoria.

¹⁹ Art. 125 CPP: Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros.

Art. 126 CPP: Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. Proceder-se-á ao seqüestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro.

²⁰ Art. 91, II, b, do CP: São efeitos da condenação ...a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa fé: do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

10.3.3 OS JUIZADOS ESPECIAIS

Importante inovação na busca da celeridade processual, é a implantação em nosso sistema dos Juizados Especiais Criminais. A Constituição de 1998 previu esse órgão jurisdicional para os delitos de pequeno potencial ofensivo e finalmente veio a Lei nº. 9.099/95 a regular a matéria.

Trata-se de procedimento célere mas que exige especiais cuidados em sua efetivação. A “pena” transacionada precisa ser proporcional ao dano do crime, sob pena de tornar-se incentivo à reincidência e desmoralização da Justiça.

Também deve ser observado que o principal objetivo não pode ser “acabar mais um processo”, como tende a ocorrer na vivência diária desse órgão jurisdicional, que muitas vezes força conciliações incorridas ou manifestam-se conciliares e até Juizes, de forma tendenciosa ou com prejulgamento, para forçar a admissão de acordos. Ou a conciliação se dá pela efetiva vontade das partes, com possível colaboração do conciliador/Juiz, ou prossegue o processo criminal para a solução do caso penal em justo processo contraditório.

A grande celeridade, porém, e o afastamento de delitos menores, pouco ofensivos à sociedade mas causadores do maior volume de feitos até então nas Varas Criminais, fazem com que seja de todo aconselháveis os Juizados Especiais.

10.3.4 PROCEDIMENTOS DE SIGILO

A intimidação é talvez a principal característica da organização criminosa, que se mantém ativa e controladora justamente pelo receio dos danos individuais que possa causar.

Como consequência, várias legislações estrangeiras criaram figuras de preservação da identidade dos envolvidos na persecução criminal. Busca-se, desse modo, incentivar a denúncia, investigação, processamento e eventual condenação de autores de crimes potencialmente graves, sem o temor das represálias que esse ato poderia causar.

A Colômbia criou o sigilo da identidade dos funcionários do Ministério Público e do Judiciário — o “Juiz-sem-rosto” —, além da “testemunha anônima”²¹.

²¹ Vide Subitem A PROVA RESTRINGIDA NO DIREITO COMPARADO.

Não trouxe quaisquer resultados o tratamento anônimo dos servidores públicos, já que facilmente identificados pelos advogados dos réus ou através de seus companheiros de serviço.

Em tese é possível imaginar a criação de mecanismo que efetivamente evite o conhecimento pelos réus de seu acusador e julgador, como pela criação de um grupo desses servidores, nomeados para casos diversos e de forma sigilosa, mantidos sem contato com outros servidores públicos e cuidando para que não sejam conhecidos pelo porte físico (ficando em sala separada), pela voz ou escrita (através de um sistema para disfarçar a voz ou formulando apenas perguntas datilografadas).

Surgirá então o dano da impossibilidade do defensor argüir incompatibilidades e suspeições desses servidores, que poderão prejudicar inimigos ou beneficiar protegidos. Trata-se, porém, de restrição que não nos parece superar o interesse público na persecução criminal grave. O raciocínio normal será de que o servidor é consciente das causas de impedimento e não atuará em feitos onde posse ter comprometida sua imparcialidade, onde a mínima possibilidade de exceção não justificaria o afastamento dessa proteção pública.

Frente às “testemunhas anônimas” não será admissível o autocontrole, já que não se pode sustentar como anormal a incriminação de inimigos por pessoa do povo, que não possui necessariamente os mesmos freios inibitórios e de moral a que estão acostumados os servidores integrantes da repercussão criminal.

Ocorre que a legislação colombiana previu um controle da credibilidade dessa testemunha, através do Ministério Público e do julgador. Verdade é que a falta de impugnação pelo réu poderá fazer com que as razões de falsa incriminação possam passar despercebidas pelas autoridades, mas se trata então de hipótese incomum, que pode não justificar o afastamento dessa proteção.

Na atual fase histórica brasileira, não nos encontramos ainda preparados para admitir qualquer dessas figuras de sigilo criadas na Colômbia, mas aceitamos que num momento social de maior impacto e intimidação, seriam medidas passíveis de aplicação, com mínimos riscos de prejuízo à defesa dos acusados.

Por outro lado, consideramos de todo conveniente desde logo aprovar o sistema americano de proteção à testemunha, que então é identificada no processo, submete-se às contraditas e é protegida pela força policial enquanto exposta às represálias, podendo até mesmo ter alterada e preservada sua identidade em momento posterior ao findar do proces-

so criminal. Esse é o sentido inclusive de projeto de lei em andamento no Congresso Nacional, como será abordado no item seguinte.

10.3.5 A PROTEÇÃO AOS COLABORADORES

Uma das alternativas utilizadas em várias países, para repressão ao crime organizado, é a proteção a testemunhas.

Na Colômbia se viu ser adotado o depoimento de testemunha não identificada ao réu, nos Estados Unidos da América utiliza-se do serviço de proteção à testemunha, chegando a alterar-lhe a identidade e a fornecer sua subsistência inicial, em diferentes locais de domicílio. Na Itália, incentivam-se as delações, os chamados “arrepentidos”²², e as medidas de efetiva proteção física e moral dos “colaboradores da justiça”. A Alemanha previu as testemunhas da coroa, que em troca da revelação do crime e seus autores, têm a sua própria participação perdoadada ou tratada com benignidade, e a proteção de testemunhas — inclusive com restrição à contradita pela defesa.

No Brasil já temos em vigor o prêmio à delação nos crimes hediondos (Lei n.º 8.072):

Art. 8º...

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Também temos agora a recente Lei n.º 9.807/99, que estabelece programas de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas²³, pelo prazo de dois anos (ressalvadas con-

²² Vide Subitem A PROVA RESTRINGIDA NO DIREITO COMPARADO.

²³ Lei n.º 9.807, de 13/07/99:

Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

...

Art. 2º A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

dições excepcionais²⁴), podendo o Estado até promover a alteração da identidade²⁵ do ameaçado, transferir sua residência e vir a fornecer de ajuda financeira²⁶.

A mesma Lei nº 9.807/99 criou o perdão judicial ao acusado primário que, mediante sua colaboração, venha a ser realizada a identificação dos co-autores, a localização da vítima íntegra ou a recuperação do produto do crime²⁷.

§ 1º A proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes ou dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso

...

Art . 5º A solicitação objetivando ingresso no programa poderá ser encaminhada ao órgão executor:

I - pelo interessado;

II - por representante do Ministério Público;

III - pela autoridade policial que conduz a investigação criminal;

IV - pelo juiz competente para a instrução do processo criminal;

V - por órgãos públicos e entidades com atribuições de defesa dos direitos humanos.

²⁴ Art . 11. A proteção oferecida pelo programa terá a duração máxima de dois anos.

Parágrafo único. Em circunstâncias excepcionais, perdurando os motivos que autorizam a admissão, a permanência poderá ser prorrogada.

²⁵ Art . 9º em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.

²⁶ Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

²⁷ Art . 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Condenado o colaborador, por não ser primário ou por não presentes os pressupostos subjetivos do parágrafo único, do art. 13, e ocorrendo o resultado útil, será reduzida a pena de um terço a dois terços²⁸.

São medidas que incentivam a colaboração de criminosos para a solução dos crimes e, no caso de vítimas ou testemunhas, propiciam-lhes a segurança necessária para deporem e continuarem seu modo de vida. É a adoção de programas úteis à repressão da criminalidade organizada, que possui como característica mais marcante o seu alto grau de intimidação e controle social. A proteção estatal é a mínima garantia ao cidadão de que sua colaboração não será reprimida gravemente pelo ente criminoso.

Não temos, felizmente, no Brasil, a prática da intimidação de autoridades ou mesmo de colaboradores da Justiça – salvo exceções. A mera possibilidade excepcional de ameaças para perturbar a investigação criminal e o aumento socialmente verificado da criminalidade organizada, exigem a adoção imediata de medidas repressivas e de proteção aos responsáveis pela persecução criminal, bem como de seus colaboradores. Daí a necessidade da lei protetiva dos colaboradores da persecução ao crime organizado²⁹.

10.3.6 PRISÃO PROVISÓRIA EM RAZÃO DO CRIME.

A presunção de inocência, erigida a postulado constitucional³⁰, exige restrições e cautela na prisão provisória. No Brasil, é exigida a certeza da materialidade³¹ e suficientes indícios da autoria, juntamente com causa de grave dano processual ou social³².

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

²⁸ Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

³⁰ Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

³¹ Nem sempre absoluta, conforme tem entendido a jurisprudência, que dosa o necessariamente alto grau de certeza do crime, com a gravidade do fato e a imprescindibilidade da prisão.

³² Art. 312 CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Os problemas causados pela estrutura criminosa têm gerado uma resposta estatal pronta e nesse sentido traz grande impacto a prisão dos suspeitos dessa atividade tão danosa. Daí porque tantos países possibilitaram a prisão cautelar: do processado terrorista (Peru), ou genericamente das hipóteses de prisão provisória, especialmente daqueles acusados de integrarem a criminalidade organizada (Venezuela e Itália).

Obtém-se, assim, resposta social imediata e melhor investigação dos delitos, já que dificultada a obstrução dos processados na busca da prova. De outro lado, os exageros cometidos, fizeram Ada Pellegrini Grinover lembrar ter-se tornado a “Operação Mãos Limpas” mais conhecida como “Operação Algemas Fáceis”, pela facilidade encontrada para prisões — até abusivas.

10.3.7 A COLHEITA DA PROVA SEM CONTRADITÓRIO.

A busca de combate ao crime organizado chegou a fazer com que a Itália admitisse até mesmo a introdução de elementos probatórios colhidos durante a investigação criminal, sem a intermediação de magistrado imparcial e sem o contraditório pleno.

Embora se reconheça as dificuldades e morosidade surgidas da dupla produção de provas — na investigação e em Juízo — a admissão como prova de elementos colhidos sem o contraditório, diretamente pelo investigador-acusador, fere de morte o direito de defesa. Não há como evitar que o acusador distorça, ao menos inconscientemente, a prova colhida, na busca de confirmar o crime que investiga.

No Brasil, a mais forte proposta para evitar a dupla produção de provas e ao mesmo tempo tornar a investigação mais confiável, é a do Juizado de Instrução, como será visto na *item seguinte*.

10.3.8 O JUIZADO DE INSTRUÇÃO

Afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Vicente Rao e outros, que uma solução ao processo criminal seria a implantação do democrático Juizado de Instrução em subs-

tituição ao inquisitivo Inquérito Policial, com especial rapidez e eficiência na instrução do processo:

Com o Juizado de Instrução, simultaneamente, levar-se-á a democracia à instrução criminal e aperfeiçoar-se-á o sistema penal como um todo, devolvendo-lhe a credibilidade. Até seus mais ilustres adversários não deixaram de reconhecer sua superioridade teórica.

O principal fundamento é a desnecessidade, então, da dupla produção probatória (no inquérito e em Juízo), ao que se alia a confiabilidade maior na condução de uma investigação já com a presença do magistrado.

Já houve exame legislativo do Juizado de instrução, que entendeu serem as dimensões de nosso país impeditivas do deslocamento de magistrado aos mais distantes locais de crime. A situação ainda assim permanece. Embora se reconheça grande o desenvolvimento das cidades e meios de transporte no Brasil³³, o que possibilitaria inclusive esse deslocamento pretendido em algumas regiões brasileiras, ainda restariam grandes espaços do território nacional desassistidos do acesso rápido à Jurisdição criminal. Ainda hoje na Amazônia, por exemplo, inúmeros municípios encontram-se a dias de barco das sedes das comarcas da Justiça Estadual. Não, o quadro ainda reduzido de Juizes brasileiros não possui condições de iniciar e acompanhar a instrução investigatória.

Vejamos outro argumento, porém, ainda mais forte. O processo acusatório, idealizado como símbolo da imparcialidade na Justiça, surgiu exatamente para separar as funções de investigador e acusador, de defensor e de julgador. O Juiz que investiga tende a confundir sua atuação e em tornar-se aliado da condenação, na busca de provar os fatos antes investigados. Trata-se de comprometimento mental que, mesmo pretendendo o julgador controlar, será tendência latente e muitas vezes inconsciente.

Mesmo que diferentes sejam as pessoas dos Juizes de investigação e de julgamento, o que diminui o risco de comprometimento com a acusação, ainda permanecerá

³³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (o. c.) entende inclusive que “Finalmente, o argumento das distâncias, declinado por Francisco Campos, que “teria impedido” sua introdução em 1941, já está superado pelos fatos. O Brasil não é mais o mesmo de meio século atrás: a rede de transportes e de comunicações corta este País de Norte a Sul, e o desenvolvimento das várias modalidades de transportes envelheceram o único argumento que validamente poder-se-ia opor à proscrição do processo inquisitorial”.

vestígio dessa tendência, por pertencerem os Juízes a uma mesma carreira, onde talvez algum tempo antes tenha o Juiz mais novo sofrido ao não verem condenados réus cuja investigação realizara. Ainda haverá a tendência de acusador.

Melhor parece-nos manter o sistema atual da investigação a cargo da autoridade policial, mas claramente vinculada e subordinada ao Ministério Público, cuja função de acusador não será comprometida — mas sim reforçada — com a de investigador. A prova será utilizada pelo Promotor, que assim a ela deverá perseguir e velar, desde o cometimento do fato criminoso. Permanece o Delegado de Polícia como chefe da investigação, com plena iniciativa, mas seguindo a todas orientações e requisições do utilizador da prova acusatório e “dominus litis”, o Ministério Público.

10.3.9 PROCEDIMENTO ESPECÍFICO PARA OS CASOS DE CRIME ORGANIZADO.

Direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, as legislações têm dado tratamento processual diferenciado a categorias de crimes socialmente relevantes, especialmente ao estudado crime organizado.

A Itália, por exemplo, expressamente admitiu espécie de “dupla via”: com uma disciplina para os processos “normais” e uma outra para operar nos processos contra o crime organizado. Na criação de leis esparsas com diferenciado tratamento a processados por crimes graves, novamente é encontrada a “dupla via”, embora implicitamente — é o caso do sistema jurídico brasileiro.

Nesse sistema específico pode ser incentivada a delação, criada proteção especial a testemunhas e servidores públicos, estabelecida mais ampla prisão processual ou mais célere procedimento investigatório. Tudo conforme visto nos itens anteriores deste capítulo.

Outras inovações ainda podem ser lembradas, como a inversão do ônus da prova em determinados assuntos (Itália), agentes secretos, observação policial prolongada da vida das pessoas, captação e armazenamento de dados pessoais em larga escala (Alemanha).

A observação e registro das atividades de suspeitos, pela polícia ou órgãos de informação e assessoramento estatal (estes com vital importância mas com conotação de todo

negativa em nosso país, pelos desvios de finalidade e perseguições praticados durante o regime militar), podem ser justificada e validamente realizados, desde que observados os limites da privacidade, somente passíveis de violação ante prévia e justificada autorização judicial, no exame em concreto da situação.

A inversão do ônus da prova no direito penal é ainda pouco empregada, mas capaz de gerar maior possibilidade de condenação. Claro que a busca da repressão aos delitos não deve gerar alto grau de dificuldade à defesa. A inversão do ônus deverá realizar-se, em crimes específicos, quando seja a presunção normal e razoável que tenham os fatos se dado da forma apresentada pela acusação, quando é possível a prova negativa pela defesa e ao inverso é dificultosa a prova pela acusação (como nos danos ambientais praticados por empresas).

A Alemanha, já se viu³⁴, estuda agora o direito dos investigadores infiltrados cometerem infrações penais típicas do "mleu" onde atuam. Trata-se então de confrontar o maior interesse social, de continuar a investigação para punir os crimes graves, ou impedir eventuais pequenos delitos necessariamente cometidos para ser mantido o "disfarce" do policial infiltrado na organização criminosa. Mais, mostra-se então difícil determinar quais os delitos e circunstâncias em que seriam admissíveis para a investigação de que outros delitos.

A questão é altamente tormentosa. Provavelmente aceitaria a sociedade que viesse o policial a praticar pequenos furtos ou mesmo dirigir para traficantes, como modo de vir a descobrir os participantes da quadrilha. Sempre haverá, porém, o risco dessa admissão ser elastecida ao ponto em que venha o policial a causar danos maiores à população que devia proteger.

Pode mesmo ser imaginada a alternativa de substituir um critério legal, difícil de prever em tese comparativos entre delitos investigados e cometidos, por um critério judicial — que examinaria sempre a situação em concreto, com suas peculiaridades, mas deixaria o policial infiltrado sem jamais saber os limites do que será judicialmente aceitável.

³⁴ Vide Subitem A PROVA RESTRINGIDA NO DIREITO COMPARADO.

10.3.10 NOVAS FIGURAS CRIMINAIS.

O melhor controle da criminalidade organizada exige maior cobrança de eficiência dos servidores públicos e a repressão aos colaboradores dessa atividade, seja por consciente e direta atuação, seja pela mera omissão no apoio à repressão policial e processual.

A Colômbia, tantas vezes pela busca de soluções processuais de repressão ao crime organizado, criou interessante conduta típica de “omissão de controle”, dirigida aos funcionários de entidades financeiras que omitam os mecanismos de controle financeiro previstos em lei. Não há exigência de vantagem auferida pelo servidor ou da satisfação de interesse ilegal ou imoral; basta a falta ao dever de controle financeiro. Outras hipóteses de omissão de controle podem ser criadas, para situações legais de maior exigibilidade de atenção.

Mesmo o cidadão deve ser responsabilizado pelo dever de colaboração à atividade policial, obrigando qualquer do povo a delatar específicas condutas criminosas (de maior potencial ofensivo) e a colaborar com serviços, bens e apoio pessoal (sem risco direto) na repressão à delinquência organizada. Danos eventualmente causados pelos agentes públicos, merecerão rápida e completa reparação, inclusive como forma de incentivo às condutas populares de apoio policial.

É de ser salientada a importância do apenamento da lavagem de dinheiro, criado na Alemanha e já presente também no Brasil³⁵.

³⁵ Lei nº 9.613/98 – Lei de Lavagem de Dinheiro.

11 CONTROLE ESTATÍSTICO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS

Embora a Lei nº 6.368 determine a manutenção de controle estatístico das atividades relacionadas aos entorpecentes¹, tem essa atividade sido pouco desenvolvida e sem qualquer exame crítico dos resultados.

As poucas informações são compartimentadas nos setores que as recolhem, não havendo troca de dados entre os órgãos policiais, Ministério Público, Judiciário e execução penal.

11.1 ESTATÍSTICA NOS ÓRGÃOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

Na Polícia Federal há controle das apreensões de drogas e dos inquéritos policiais iniciados e em andamento. Não há sequer o controle separado dos crimes de tráfico internacional – fundamento de atuação da polícia judiciária federal – constando apenas a quantidade de droga apreendida e o destino dos inquéritos policiais (mais de 70% destinados à Justiça Estadual).

Considerando que a permanência do inquérito na área federal se dá em regra pela configuração do tráfico internacional, é possível estabelecer-se uma idéia dos feitos criminais tipificados com esta conduta. Eventuais diferenças mínimas decorrerão de alguns crimes de tráfico interno serem mantidos na Justiça Federal por conexão ou continência com outros crimes federais.

Os dados coletados pela Polícia Federal possuem em verdade finalidade de relatório de trabalho e não a preocupação de utilização estatística dos resultados.

Foi possível levantar-se, junto à Polícia Federal do Paraná:

¹ Art. 39 da Lei nº 6.368/76

- 1) No Estado do Paraná, a maconha constitui-se no principal produto entorpecente objeto de apreensões e processos criminais.
- 2) Mais de 70% (setenta pontos percentuais) dos inquiridos policiais passam à competência processual da Justiça Estadual, por não restar comprovado o tráfico internacional.
- 3) Gradualmente vem crescendo o volume de apreensões de cocaína no estado², sendo inclusive maior que as apreensões de maconha nas grandes cidades³, especialmente em Curitiba⁴.
- 4) Também nos maiores centros urbanos percebe-se o grande crescimento do crack, com apreensões em patamares próximos aos da cocaína e muito superiores à maconha⁵.
- 5) Em Foz do Iguaçu, ao inverso, é muito maior a apreensão de maconha, correspondendo a 21 vezes a quantidade de crack e 28 vezes a de cocaína.
- 6) Há redução na quantidade de lança-perfume apreendida entre 1996 e 1999, em aproximadamente 50% (cinquenta pontos percentuais).
- 7) Verificam-se registros com grande possibilidade de erro, pela absurda disparidade com os demais períodos anuais, o que gera preocupação quanto a descuido no controle das

² De cerca de 5% (cinco pontos percentuais), durante os anos de 1996 e 1997, passou a cocaína a constituir aproximadamente 10% (dez por cento) do volume total de apreensões, em 1998 e 1999.

³ Em Londrina, o volume de cocaína apreendido é 67% (sessenta e sete pontos percentuais) superior ao da maconha e 45% (quarenta e cinco pontos percentuais) superior ao crack. Em Maringá o volume de apreensões de cocaína é 17% inferior ao de maconha.

⁴ Em Curitiba, a quantidade apreendida de cocaína passou de 30% das apreensões (em 1996) para montantes superiores (em 1997), superiores em dobro (em 1998) e quantia sete vezes maior (em 1999).

⁵ Em Curitiba, o crack mantém-se em cerca de 10% (dez pontos percentuais) do montante apreendido de cocaína e em metade do volume de maconha. Em Londrina, o volume de crack é 45% (quarenta e cinco pontos percentuais) superior ao da maconha.

apreensões ou até má-fé na gerência dessas apreensões⁶, isto se dando na quase totalidade das estatísticas reunidas pela Polícia Federal.

Nas polícias estaduais é ainda menor o controle estatístico, sendo realizado esporadicamente, também como relatório de trabalho e na dependência do interesse dos titulares da chefia. Não há troca de informações ou exame crítico das estatísticas.

11. 2 ESTATÍSTICAS ALFANDEGÁRIAS

Pelos órgãos alfandegários são realizadas eventuais apreensões de entorpecentes, seja pela localização em bagagens, em cargas, em encomendas ou mesmo material abandonado nas imediações da alfândega.

Não há preocupação quanto à apuração dos responsáveis, já que a droga apreendida é repassada à Polícia Federal, que prosseguirá com as investigações.

Assim, realizam os órgãos alfandegários controle estatístico vinculado apenas a quantidade de entorpecentes apreendidos. É informação suplementar interessante pelo local das apreensões, mas isolada e sem reexame crítico.

No Paraná, em 1999 foram apreendidos: 816Kg de maconha, 482g de cocaína (cerca de 0,06%) e 3Kg de crack (3,6%). Nota-se, assim, que no setor alfandegário é muito mais comumente encontrada maconha – até mesmo pelo maior volume de droga.

⁶ Em Foz do Iguaçu, o volume de apreensões em 1996 e 1998, chega a ser um terço inferior aos anos de 1997 e 1998.

Em Londrina, a comparativamente insignificante apreensão nos anos de 1997 e 1998 demonstra falta do registro ou falha grave no setor, chegando ao ponto de não ser registrada sequer uma grama de maconha apreendida, contra 613kg em 1996 e 213kg em 1999.

11.3 ESTATÍSTICAS SANITÁRIAS

Embora determinado pela Lei nº 6.368, não realiza a Vigilância Sanitária controle das apreensões de entorpecentes.

A justificativa é que são raras essas apreensões pelo órgão, sendo então repassadas à Polícia Federal. Trata-se, porém, de infração ao conteúdo legal, e o efetivo cumprimento poderia trazer melhor conhecimento da origem das apreensões e circunstâncias peculiares – como tóxicos dentro de produtos agrícolas ou medicamentos – o que contribuiria na repressão aos entorpecentes.

11.4 ESTATÍSTICA NO MINISTÉRIO PÚBLICO

No Ministério Público não há o controle estatístico dos processos de entorpecentes. É certo que a Lei nº 6.368 não estabeleceu essa atividade ao Ministério Público⁷, mas por ser o órgão encarregado da acusação pública é o maior capacitado a informar estatisticamente falhas nos procedimentos investigatórios de tóxicos, além de dados processuais, quantitativo de condenações e de pena – estes últimos servindo inclusive como confrontação das estatísticas do Judiciário, necessárias como se verá após.

Assim, de todo conveniente seria a inclusão desse órgão no controle estatístico de tóxicos.

Foi possível a verificação dos inquéritos policiais e ações penais, por levantamento especificamente realizado para este trabalho, através dos registros dos processos pela informática, apurando-se tão somente a relação totalizada dos processos referentes à Lei de Tóxicos.

O Ministério Público Federal no Paraná acompanha cerca de 300 (trezentos) processos – englobando inquéritos policiais e ações penais – onde réus são acusados da prática de delitos de tóxicos, especialmente de tráfico internacional, mas também reunindo nesse número menor proporção de consumo de entorpecentes.

Mesmo em Curitiba, o volume de apreensões em 1999 é cerca de vinte por cento inferior ao de 1998 e dez vezes inferior a 1996.

⁷ A obrigação seria das autoridades sanitárias, policiais e alfandegárias.

11.5 ESTATÍSTICA NO PODER JUDICIÁRIO

No Judiciário também inexistente controle estatístico dos processos de entorpecentes, justificando-se igualmente com a ausência de responsabilidade na Lei nº 6.368.

Ocorre que é justamente nesta instância de poder estatal que surgem aspectos importantes no exame crítico dos tóxicos. Primeiro, a quantidade proporcional de inquéritos que são transformados em ação penal, em contraposição aos inquéritos arquivados – daí a verificação de eventuais falhas ou dificuldades na investigação policial. Segundo, a quantidade de processos e a demora na solução desses feitos, com os aspectos de rápida resposta social aos delitos. Terceiro, a quantidade produzida de provas e as nulidades⁸, reconhecidas, o que pode gerar necessidade de reexame no procedimento criminal de tóxicos. Finalmente, a quantidade de condenados e as penas aplicadas, com reflexos interessantes na qualidade da prova criminal e nos critérios e dosagem da pena pelos magistrados. Tais aspectos, de eficiência investigatória e acusatória, da incidência de nulidades e a proporção de condenações, revelando até mesmo tendência da criminalidade, precisam também ser inseridos pelo controle estatístico também no Poder Judiciário.

Atualmente a tendência de informatizar a autuação e controle dos processos, é vista maciçamente na Justiça Federal e em diversos Tribunais Estaduais. Esse controle computadorizado dos processos facilita sobremaneira a colheita de dados estatísticos, bastando assim que exista interesse em controlar esse tipo de crimes, para que possa o Judiciário também colaborar no levantamento de dados sobre os Tóxicos.

Em levantamento realizado especificamente para o trabalho, foi observado::

- 1) Foz do Iguaçu/PR é o grande foco de apreensões e processos criminais de tóxicos, seguida por Maringá/PR.
- 2) A maior parte dos feitos criminais envolve como entorpecente a maconha.
- 3) O tráfico corresponde a 85% (oitenta e cinco pontos percentuais) dos processos e o consumo ao restante dos feitos, sendo em regra os casos de consumo julgados por co-

⁸ Foram detectadas reclamações consistentes de Juízes Federais, quanto à grande quantidade de processos de tóxicos anulados, infelizmente tornando-se esta em uma das mais eficientes táticas de defesa.

nexão ao tráfico e ínfima a quantidade de outros crimes de tóxicos.

- 4) Há redução nos processos federais de tóxicos, com menor quantidade de novos Inquéritos Policiais durante o ano de 1999.
- 5) Encontram-se os processos de entorpecentes divididos entre a primeira instância e os Tribunais de Apelação.
- 6) As condenações em regime fechado ainda constituem-se em maioria – cerca de sessenta por cento⁹.
- 7) Há absolvição em cerca de 35% (trinta e cinco pontos percentuais) e condenação em 65% (sessenta e cinco pontos percentuais) dos processos.

11. 6 ESTATÍSTICA NA FASE DA EXECUÇÃO PENAL

Na fase de execução, finalmente, não há qualquer controle estatístico regular, seja pelo Judiciário – através das Varas de Execuções Penais -, seja pelas Secretarias de Segurança Pública – através de seus órgãos penitenciários.

Nas Varas de Execuções Penais existem os registros dos crimes cometidos pelos condenados, mas contidos apenas nos prontuários individuais (ainda que mediante sistema informatizado), sem reunião estatística desses dados.

Nos departamentos penitenciários o mesmo procedimento se dá, com o registro individualizado dos crimes e penas. Não há controle estatístico, sendo porém realizados periódicos relatórios sobre a população carcerária, que contém entre outros itens a infração penal praticada.

Pelos Relatórios Anuais pode-se observar que os condenados por tráfico de entorpecentes correspondem a uma média de 7% (sete pontos percentuais) daqueles condenados ao regime fechado, enquanto os condenados pelo consumo correspondem a 3% (três pontos percentuais).

⁹ Alguns fatos criminais eram ainda anteriores à Lei nº 8.072/90 e em algumas condenações acaba por transitar em julgado apenas o regime inicial como fechado.

A conclusão é de que enquanto o número de processo por tráfico é cerca de sete vezes maior do que o de consumo de entorpecentes, as condenações por esta modalidade são proporcionalmente mais freqüentes.

Por especial deferência foi realizado levantamento de informática junto ao Departamento Penitenciário do Paraná, que apurou na população carcerária a quantidade de processados por tráfico internacional:

- 1) De 10851 prontuários de presos junto à Vara de Execuções Penais, 283 tinham como causa o tráfico internacional de entorpecentes – cerca de 2,6% (dois inteiros e seis décimos pontos percentuais)
- 2) Há registro de dois presos no Manicômio Judiciário, em cumprimento de medida de segurança, e de quatro condenados em regime aberto. Assim, exceção é o cumprimento do tráfico internacional fora do regime fechado.
- 3) A quantidade de presos provisórios, ainda no aguardo de sentença criminal exequível, é de 64% (sessenta e quatro pontos percentuais) do total de presos condenados em regime fechado.

11. 7 ESTATÍSTICAS NOS CONSELHOS DE ENTORPECENTES

Os órgãos consultivos de entorpecentes também não realizam o exame crítico das estatísticas referentes a tóxicos e informam que sequer mantém controle desses relatórios estatísticos dos diversos órgãos.

Os Conselhos de Entorpecentes – Federal e Estadual -, que deveriam em tese opinar sobre os procedimentos administrativos na repressão e controle aos entorpecentes com base científica, não possuem elementos indicadores da situação dos tóxicos.

11. 8 RESUMO DOS DADOS OBTIDOS.

Dessa forma, nos poucos dados obtidos já se localizam importantes aspectos de controle e repressão às drogas, o que demonstra a importância do controle estatístico, que deve também incluir os processos no Ministério Público e Judiciário.

A maior parte dos crimes é de tráfico e mesmo assim é grande a quantidade de absolvições e nulidades seqüencialmente reconhecidas. Proporcionalmente, é muito maior o volume de condenações por consumo do que por tráfico de entorpecentes. Pela unicidade abstrata de condutas entre o consumo e o tráfico (as condutas de consumo sempre também serão de tráfico), exigindo o consumo ainda prova de novo elemento – o uso próprio -, percebe-se que a maior dificuldade em condenar por tráfico não decorre da prova (a mesma). Pode advir a dificuldade na defesa melhor executada por traficantes (em tese com melhores condições financeiras), que produz melhores argumentações, provas e provoca inclusive constantes reconhecimentos de nulidade, ou mesmo da maior exigência dos julgadores em condenar por um crime hediondo – situação que não ocorreria com o consumo de entorpecentes.

O cumprimento integral da pena em regime fechado, constitui a maioria das condenações do tráfico, sendo porém detectado na Justiça Federal um maior percentual de condenações apenas iniciais no regime fechado.

A maconha continua sendo o entorpecente mais consumido e traficado no Paraná, sendo que crescem a cocaína e o crack, de forma inclusive proporcional ao nível de concentração urbana, chegando em Curitiba a gerarem isoladamente volume quase sete vezes maior que o da maconha.

A configuração da conexão internacional de tráfico torna difícil a comprovação do tipo penal de tráfico internacional, de modo que diminuíram os processos por tráfico internacional em 1999, sendo que nos inquéritos realizados pela Polícia Federal – onde já existe presunção inicial da internacionalidade do tráfico – apenas em 20% deles há denúncia na Justiça Federal e ainda menor é a proporção de condenações.

Os locais com maior quantidade de apreensões de drogas precisam especial fiscalização alfandegária e policial para repressão aos entorpecentes.

O controle da apreensão de drogas é precário em precisão dos dados, duvidoso quanto à confiabilidade desses valores¹⁰ e sem qualquer espécie de exame crítico.

É necessária a coordenação desses dados, com a posterior valoração dos dados, para adoção de medidas administrativas eficazes no trato dos entorpecentes¹¹.

¹⁰ Vide nota 6.

¹¹ Foi criada a Secretaria Nacional Antidrogas, mas sua atividade ainda não é voltada ao exame global crítico das estatísticas de entorpecentes, atuando mais diretamente em denúncias de grandes crimes de tóxicos, propondo alterações legislativas e desenvolvendo propaganda de controle.

CONCLUSÃO

O tráfico, especialmente, na sua forma internacional, tem sido especial fator de incremento à organização criminosa, afetando a economia e os direitos humanos nos países, criando vítimas indeterminadas pelo crime sem fronteiras, gerando o medo coletivo do ente criminoso que não se conhece, mas se sabe existir e dificilmente se o vê responsabilizado criminalmente.

As Convenções internacionais, especialmente a Convenção Única de Entorpecentes, de 1961, estipulam o dever mundial de controle e repressão ao tóxico, em busca de uma Justiça Universal contra o tráfico. Garantem as normas internacionais sempre relativa autonomia aos Estados signatários, ainda como reflexo da soberania¹, concedendo prazo para proibição de algumas substâncias entorpecentes, aceitando a tipificação de crimes e processo na forma dos ordenamentos internos do País e admitindo inclusive tratamentos até mais gravosos que os previstos nas normas internacionais.

No Brasil, a Lei Antitóxicos é a base do sistema repressivo ao tóxico e contém várias imperfeições na definição dos tipos penais, como ao igualar o tratamento típico entre comerciantes de drogas e condutas de ocasional cessão do entorpecente, ou ao diferenciar o crime agravado pelo concurso de pessoas do crime de quadrilha para o tráfico. Algumas dessas imperfeições, devemos reconhecer, advém contudo dos próprios tratados internacionais de origem: a identificação do tráfico por condutas múltiplas, a inexigência da mercancia e mesmo o tratamento criminal ao usuário.

Nada impediria que os países signatários usassem de sua autonomia legisferante para melhor identificar os crimes de tráfico e sua repressão, mas permanece o Brasil seguindo basicamente o modelo das normas internacionais.

O crime de tráfico, assim, abrange qualquer ação conscientemente dirigida à realização de conduta típica, independente de habitualidade, de lucro ou mesmo do

¹ Embora cada vez mais restritivas sejam as Convenções, com medidas impositivas, e cada vez mais a cooperação internacional acabe por gerar efetiva Justiça Universal quanto aos tóxicos, investigando, perseguindo e julgando criminosos por seus atos em variados países do mundo.

dolo de resultado. As figuras equiparadas nos parágrafos do art. 12 da Lei 6.368 e no art. 13, tráfico também se constituem.

O consumo de drogas tem tratamento como delito a partir das convenções internacionais e nessa situação apenas três condutas (adquirir, guardar ou trazer consigo), indicadas no art. 16 da Lei Antitóxicos, são admitidas. Outras condutas, como cultivar ou importar, mesmo realizadas com intento de consumo, são comportamentos tratados pela lei como tráfico, o que é explicável pelo maior perigo à coletividade que representam, mas geram inegável injustiça pela comparação com a situação paradigma do habitual comerciante de tóxicos.

Os órgãos encarregados do controle atuam apenas por raras regulamentações e os encarregados da repressão não conseguem atingir parcela significativa do tráfico.

A pena de multa é usada à exaustão na Lei Antitóxicos, ao par das penas privativas de liberdade, restando a medida de segurança com destino aos incapazes pela dependência ou pela ingestão involuntária de drogas. Valem os regramentos gerais do Código Penal para a aplicação das penas, salvo quanto ao valor e atualização do dia-multa, que entendemos continuar tendo o tratamento previsto pela lei especial.

A desproporcional Lei dos Crimes Hediondos vedou a liberdade provisória e exigiu o cumprimento da pena em regime fechado, porém acabou por beneficiar o traficante quando concedeu-lhe o direito de apelar em liberdade e reduziu a pena da quadrilha.

Nova incongruência surgiu com o regime fechado apenas para o início da pena, definido pela Lei de Tortura, fazendo com que os graves crimes de tortura – equiparados aos hediondos e de tráfico –, onde se pretendiam condições mais severas, tivessem não obstante tratamento menos gravoso quanto ao regime inicial da pena.

O tráfico admite cumulação material entre a causa especial de aumento de pena do concurso de pessoas (art. 18, III da Lei nº 6.368) e o crime de associação, que entendemos continuar vigente (embora com a pena reduzida pela Lei nº 8.072).

O tráfico internacional de entorpecentes é modalidade do que neste trabalho denominamos crime internacional, categoria de crime derivada da jurisprudência e aceita no inciso V, do art. 109, da Constituição Federal, onde há origem normativa internacional (tratados ou convenções internacionais) e parcela do

crime em diferentes países (crime à distância).

Ocorrendo crime internacional, há competência da Justiça Federal, pelo constitucionalmente presumido interesse federal, que não pode ser reduzido a reflexos de segurança nacional ou política.

Tratando-se de crime à distância, a verificação de sua tipicidade e processamento é feita exclusivamente pela norma brasileira, permanecendo o crime internacional mesmo quando o outro país atingido não seja signatário de tratados internacionais de repressão ao tóxico, ou mesmo se nesse país a substância não esteja tipificada como entorpecente (situação que ocorre com o lança-perfume).

Exige-se efetiva atuação no estrangeiro, para configurar o crime à distância, não bastando para tal a mera aquisição do produto em outro país - a origem da droga é elemento acessório na determinação do tráfico internacional. Há necessidade de atuação conjunta, de cooperação internacional na produção, circulação ou comercialização da droga, o que pode ser concretizado pela atuação de agentes, pelo uso de serviços relevantes ou pelos danos causados, no território estrangeiro.

A Justiça Federal possui competência absoluta e constitucional para o exame do tráfico com o exterior e enquanto for parte do caso penal a discussão sobre sua ocorrência, ainda que por recursos, a decisão continua nessa jurisdição.

Excluída, porém, a internacionalidade do tráfico, o Juiz Federal não pode prosseguir no julgamento do tráfico interno, que é matéria fora de sua competência material, sob pena de indevida prorrogação da jurisdição (não autorizada por qualquer dispositivo legal) e afronta ao Juízo Natural. Nesse passo, o julgamento deve principiar pelo exame do divisor de águas da competência, a existência do crime internacional que, se negado, fará obstar a continuidade do processo, com o encaminhamento ao competente Juízo Estadual, como ocorreria se na sentença verificasse o Juiz que o crime era militar.

Atuando o tráfico internacional em regra por meio de organizações criminosas, tornou-se relevante o estudo do tema. É necessário, preliminarmente, salientar a necessidade de alteração legislativa, para vincular as normas de crime organizado à efetiva característica empresarial da estrutura criminosa e à forte intimidação popular e do poder constituído, sob pena de perder-se grande estrutura de persecução criminal em casos de pequeno potencial social ofensivo.

Para o exame de leis específicas, com conteúdos de direito material, processual e até misto, como ocorrido em várias oportunidades neste trabalho,

consideramos melhor manter a seqüência legal – melhor ordenando o estudo e a correlação com a tese – ainda que gerando essa reunião, comentários de ambas as áreas.

Por ora, pelo direito posto, crime organizado no Brasil é simplesmente aquele praticado em quadrilha. É demonstração de que a pressão popular brasileira prefere agora evitar os crimes de maior perigo às pessoas em sua individualidade (seqüestro, estupro e homicídios cruéis), ainda restando débil e iniciante a persecução de efetivas associações criminosas, de entidades do estilo mafioso de controle da sociedade pelo crime – talvez mesmo por ser fenômeno ainda incomum em nosso país².

Todo o exame da prova e procedimentos de persecução criminal merecem o enfoque da necessidade social, como ajuste e reflexo jurídico das premências coletivas, o que pode inclusive gerar comprometimento de direitos fundamentais, como justificativa de melhor repressão criminal.

Em diversos países verificamos claramente o ir e vir da restrição aos direitos de defesa, em resposta à pressão popular maior ou menor de punição ao tráfico de entorpecentes, do crime organizado. Assim é que temos exemplos claros na Colômbia (com o Juiz sem rosto e as testemunhas anônimas), na Alemanha (agentes secretos e registros sigilosos) e na Itália (com a proteção dos arrependidos, inversão do ônus da prova e uso da prova indiciária).

No Brasil usam-se já medidas mais severas aos crimes de maior potencial ofensivo, como a investigação telefônica e de dados, a postergação do momento da prisão, a delação premiada, a interrupção voluntária do delito e mesmo as sanções civis de confisco.

Novas formas de restrição poderão vir a ser necessárias, como resposta social à mais grave delinqüência do tráfico organizado.

Se sempre pesará muito forte, e assim mesmo deve ser, o direito fundamental de defesa e de preservação do estado de inocência, não poderá de outro lado o Estado-Direito manter-se alheio ao terror social do crime e necessariamente precisará buscar respostas às premências de repressão à criminalidade organizada e

² No Brasil, a efetiva criminalidade organizada tem característica de atuação localizada, em focos geopolíticos de atividade empresarial, que não visam a busca do poder estatal exteriorizado – embora até possam nele interferir -, mas tão somente o controle do “morro” em que instalados e de seus “setores” de negociação.

especificamente ao crime de tráfico internacional.

O controle estatístico efetivo dos crimes de tráfico, com o exame crítico desses dados, é fundamental para o conhecimento da situação e orientador de novas medidas para a repressão e controle das drogas.

Pelo levantamento realizado, especialmente no Paraná, verificamos o incremento nas apreensões de drogas - em contraposição à recente redução de processos criminais por tráfico internacional -, o aumento no consumo de cocaína e crack nas áreas de maior concentração urbana, a dificuldade na caracterização do tráfico internacional e a maior incidência de condenações por consumo do que de tráfico – embora seja este o principal motivo de prisão e inquérito policial.

O crime de tráfico constitui ao mesmo tempo causa de males individuais, familiares, coletivos, dos poderes constituídos, dos direitos fundamentais e da própria soberania. É crime realizado pelo delinqüente individual, mas que muitas vezes é executado por quadrilha organizada - o que é regra no tráfico com o exterior.

O incremento nos casos de tráfico internacional e a melhor estruturação das associações criminosas exige resposta estatal, pressionada ou antecipando movimentos sociais. Se é difícil a caracterização da majorante de internacionalidade, pode a conduta típica ser alterada; se é difícil a colheita da prova, incentivos à colaboração com as investigações devem ser ampliados; se há temor à segurança das autoridades de repressão, medidas de proteção e eventualmente sigilo devem ser adotadas; se é falha a estrutura policial e o sistema de controle da situação criminal, urge pelo melhor aparelhamento e orientação; se falta um pouco de tudo, não pode faltar a vontade de melhorar, de prosseguir, de propiciar a segurança social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Jason. Criminologia (teoria e prática). 2.ed.. (s.l): Aide, (19--). 349 p.
- ALVES, Airton Buzo. A liberdade provisória no tráfico de entorpecentes. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 697, p. 249-253, nov. 1993
- APONTE, Alejandro David. Despenalización del consumo mínimo de drogas en Colombia: una apuesta por la libertad. Revista Brasileira de Ciências Criminais, (s.l.), n. 10, p. 5-26, (199-)
- BÁRTOLI, Márcio. O artigo 16 da lei 6.368/76 e a pena de multa - substituição permitida. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 682, p. 299-303, ago. 1992.
- BRASIL, Leis, decretos, etc. Tóxicos / organização dos textos: notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. 175 p.
- Ministério da Justiça. La lucha contra el tráfico ilegal de drogas y estupefacientes, procurando la coordinación de la legislación interna de los países miembros. Arquivos do Ministério da Justiça. Rio de Janeiro: (s.n), n. 147, p. 104-120, jul./set. 1978.
- Ministério da Justiça. Secretaria Geral. Secretaria de Documentação e Informática. Jus documentação. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, a.37, n.2, abr./jun. 1984. 70 p.
- CARVALHO, Ivan Lira de. A atividade policial em face da lei de combate ao crime organizado. ADV — Advocacia Dinâmica, São Paulo, p. 7-11, fev. 1997.
- CARVALHO, Vladimir Souza. Competência de Justiça Federal. In: Doutrina Brasileira. Curitiba: Juruá, 1990. 287 p.
- CAVALCANTI, Themístocles. Do Controle da Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CERVINI, Raul. “Referente comunitário” como base de una lucha eficaz contra la delincuencia organizada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 15, p. 68-80.
- CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, vol. 5, p. 25-36, jan. mar. 1994.
- CONFISCO de bens, uma arma contra o narcotráfico. GAZETA DO POVO, Curitiba, 23 ago. 1996. p. 5.

- CRIME organizado no Brasil será investigado. GAZETA DO POVO, Curitiba, 27 mar. 1997. p. 5.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. 398 p.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. Drogas: o modelo repressivo é inútil. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 8, p. 38-40.
- COUTINHO, Jacinto N. Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989. 163 p.
- CRUZ, João Claudino de Oliveira E. Tráfico e uso de entorpecentes. Rio de Janeiro: Forense, s. a. 214 p.
- DELMANTO, Celso. Código penal comentado, 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 917 p.
- Tóxicos. São Paulo: Saraiva, 1982. 296 p.
- DI GENARO, Giuseppe, LA GRECA, Giuseppe. La droga - traffico, abusi, controlli. 3.ed. (s.l.): Giuffrè, 1992. 692 p.
- DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. Curitiba, 1980. 484 p. Tese de Concurso para Professor Titular de Direito Penal, Universidade Federal do Paraná.
- DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. Revista dos Tribunais 664/245.
- DOTTI, René Ariel. A reforma do processo penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Separata, Lisboa, p. 561/571.
- FRANCO, Alberto Silva et al. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 2175 p.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 2175 p.
- Gazeta do Povo, Curitiba, 24 jul. 1995. Cad. Local, p. 4
- GOMES, Geraldo. Tóxicos: competência jurisdicional, tráfico internacional. São Paulo: Liv. Ed. Universitária do Direito, 1982. 237 p.
- Tóxicos - questões controvertidas. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 79, n. 282, p. 67-83, abr./jun. 1983.
- GOMES, Maurício Augusto. Aspectos da extradição no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 655, mai. 1995

- GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: prevenção - repressão. 11^a.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 508 p.
- GRINOVER, Ada Pelligrini. O crime organizado no sistema italiano. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, vol. 12, p. 76-86.
- HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, vol. 5, p. 55-69.
- . Perspectiva de uma moderna política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 8, p. 38-40.
- JESUS, Damásio E. de. Código de processo penal anotado. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 870 p.
- . Lei Antitóxicos Anotada. São Paulo: Saraiva, 1995. 142 p.
- JUÍZES Federais debatem a descriminalização das drogas. Informativo do CEJ. a. 3, n. 2, abr. mai. jun. 1995
- JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. Do livre convencimento do Juiz e de seus poderes na instrução criminal e na aplicação das penas. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 483, ano 65, p. 245- 249, jan. 1976.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 12, p. 93-100.
- MACHADO, Agapito. Lei 9.296/96 e as interceptações dos dados no sistema de informática e telemática. "In Verbis", Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, v. 8, ano 2, p. 16, jun. ago. 1996.
- MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 172 p.
- MAIEROVITCH, Walter Faranganiello. As associações mafiosas. Revista CEJ, Brasília, ano I, vol. 1, n. 2, p. 101-112, ago. 1997.
- . A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem o modelo mafioso. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 694, p. 443-449.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Senado Federal. Ano 26, n. 109, p. 103, jul/set 1989.
- MESA REDONDA SOBRE CRIME ORGANIZADO, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 8, p.143-158.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1992. 744 p.

- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Expropriação dos bens utilizados para fins de tráfico ilícito de entorpecentes. Lex - Jurisprudência do STJ e TRFs. São Paulo, v.7, n. 69, p. 9-23, mai. 1995.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. A lei da caixa preta. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 720, ano 84, p. 572-581, out. 1995.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de processo penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 501 p.
- Leis especiais (aspectos penais). 2.ed. São Paulo. Ed. Universitária do Direito, 1992. 344 p.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. Comércio ou facilitação do uso de entorpecente. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 704, p. 287-291, jun. 1994.
- POSNER, Richard A. Estados Unidos da América do Norte: a nação que mais pune — algumas modestas propostas para baixar os índices de criminalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 746, ano 86, p. 488-494, dez. 1997.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. Textos selecionados: A inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror". Curitiba: Juruá, 1991. v. 3. 96 p.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 13, p. 182-190.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. Breves considerações a respeito do “lança-perfume”, incluído como substância tóxica na Portaria 28 (13.11.86) da DIMED, e o seu enquadramento na Lei 6.368/76. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 735, p. 474-483, jan. 1997.
- ROCHA, Luiz Carlos. Tóxicos. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 267 p.
- RODRIGUES, Carlos E. (org.). Entorpecentes. In: Jurisprudência criminal: aplicação da legislação pelos tribunais. São Paulo: Ícone, 1993. 362 p.
- RUBIANES, Carlos J. Manual de derecho procesal penal. Buenos Aires: Depalma, 1978. V. 1. 486 p.
- SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da proibição de liberdade provisória do inciso II do artigo 2º da lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 667, p. 253- 258, mai. 1991
- SANTANA, Alberto. Narcotráfico na Colômbia. “In Verbis”, Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, v. 9, ano 2, p. 29, set. out. 1997.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Crime organizado: a nova lei. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 721, ano 84, p. 383-397, nov. 1995.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Crimes praticados por organizações criminosas inovações da lei 9.034/95. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 716, ano 84, p. 403-409, jun. 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2, 657 p.

VIEIRA, Luiz Gonzaga. Tóxicos. 1.ed. São Paulo: Edipro, 1991. 160 p.

VITOR, Enrique García. Aspectos políticos criminales en materia de drogas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 4, n. 16, p.64-76, out. dez. 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. A legislação "antidroga" latino-americana: seus componentes de direito penal autoritário. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 679, p. 447-454, mai. 1992.