

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA OCORRÊNCIA DO FLAGRANTE PREPARADO NO CRIME DE
TRÁFICO DE DROGAS**

Marina Braga da Costa

Presidente Prudente - SP
2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA OCORRÊNCIA DO FLAGRANTE PREPARADO NO CRIME DE
TRÁFICO DE DROGAS**

Marina Braga da Costa

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Mário Coimbra.

Presidente Prudente - SP
2013

DA OCORRÊNCIA DO FLAGRANTE PREPARADO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Monografia/Trabalho de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

MÁRIO COIMBRA
Orientador

ANDRÉ LUIS FELÍCIO
Examinador

ANTENOR FERREIRA PAVARINA
Examinador

Presidente Prudente, 13 de novembro de 2013.

“Não é nossa função controlar todas as marés do mundo, mas sim fazer o que pudermos para socorrer os tempos em que estamos inseridos, erradicando o mal dos campos que conhecemos, para que aqueles que viverem depois tenham terra limpa para cultivar. Que tempo encontrarão não é nossa função determinar.”

John Ronald Reuel Tolkien

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, meu muito obrigado mais profundo e merecido a meus pais, Mário e Márcia, por me amarem incondicionalmente, por sempre terem buscado proporcionar o melhor para a minha vida, renunciando muitas vezes a si mesmos, e por nunca terem deixado faltar condições para a construção do meu caráter e da minha carreira. Seus exemplos de esperança e força me acompanharão durante todos os dias da minha vida.

Agradeço, também, às minhas queridas avós, Dona Lourdes e Dona Olézia, por todo o incentivo e preocupação demonstrados com relação à confecção deste trabalho e por me admirarem com a mesma admiração que as dedico.

Um agradecimento especial a todos os meus tios e tias que sempre tiveram a liberdade de cuidar de mim como meus próprios pais, assumindo este papel quando assim fosse necessário. Aos meus primos, dos quais sou uma enorme fã, minha gratidão por serem mais do que apenas primos, mas verdadeiros irmãos.

Ao meu namorado, Rafael, principalmente por toda a paciência cultivada durante a execução desta monografia, por me apoiar e estar sempre ao meu lado. Mesmo que eu assim não demonstre, meu muito obrigado por ser uma das pessoas que mais me corrigem e ensinam a viver cultivando a alegria, o amor ao próximo e a dar o devido valor a tudo que tenho.

Minha comovida gratidão a todos os meus amigos, tanto àqueles que já não estão mais presentes em meu convívio como aqueles com os quais tenho a alegria de me encontrar todos os dias. Obrigado por serem fonte de esperança, de alegria, de amor, lugar de conforto e desabafo, de conselhos verdadeiros, de incentivo e principalmente de companheirismo para que a vida nunca passe sozinha por mim, meus verdadeiros tesouros.

Um agradecimento especial aos servidores, estagiários e juizes da 1ª Vara Federal de Presidente Prudente, por todos os ensinamentos didáticos que me foram dados e que desde já possuem extrema importância na construção da minha carreira profissional. Mais do que isso, obrigado por me propiciarem sempre um ambiente saudável de trabalho e aprendizado, por toda atenção e dedicação

prestados e por todo companheirismo edificado. Jamais me esquecerei de nada do que ali aprendi.

A todos os colegas e também amigos da minha turma de faculdade, meu generoso muito obrigado pela troca de experiências e de conhecimentos e por fazerem a cada dia com que a minha passagem pela universidade seja totalmente inesquecível. Minha enorme admiração e respeito a cada um.

Muito obrigado ao professor e mestre Mário Coimbra, pelo qual tive a honra de ser orientada durante a confecção do presente trabalho, quem admiro e respeito pelo ilibado saber e caráter. Minha profunda gratidão também ao professor Antenor Ferreira Pavarina por todos os ensinamentos prestados durante o quarto ano do curso de Direito e por ter prontamente se disponibilizado a integrar a banca examinadora do presente trabalho.

Ao doutor André Luiz Felício, minha imensa gratidão, pois mais do que apenas avaliar-me juntamente aos demais examinadores, sempre foi uma das maiores inspirações para que eu me encorajasse a seguir a carreira profissional que escolhi. Obrigado pela dedicação à sua profissão que a mim serve de exemplo. Enfim, obrigado a todos os amigos que através de suas carreiras construídas através do estudo do Direito constituem fonte de inspiração e exemplo para a construção da minha.

Em suma, meus mais sinceros e profundos agradecimentos a todos os que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho, até mesmo àqueles que apenas sobre ele ouviram falar. A presença, apoio e troca de experiências com cada um foram cruciais para que eu conseguisse concluí-lo.

De uma maneira muito especial, meu muitíssimo obrigado ao meu querido avô, Sebastião Miguel, que sempre investiu e acreditou nos meus estudos e recentemente deixou de fazer-se fisicamente presente ao meu lado, bem como à minha amada irmã, Mariana, que há muito tempo tem sido a ausência mais presente em meu coração. Obrigado por serem as lembranças mais bonitas que carrego comigo e por serem inspiração, força e motivação para que eu viva todos os dias da minha vida buscando alcançar o melhor e a ir sempre além dos meus próprios limites. Vocês são marcas eternas em meu coração.

Por último, porém não menos importante, meu agradecimento mais importante a Deus, por ter me dado a graça de existir e por me dar esperanças quando eu já não mais as detinha. Obrigado, Senhor, por ser a força que move cada

um dos meus passos, por estar sempre ao meu lado, ser fonte de vida e alimento para a minha alma e por sempre me fazer capaz.

Tenho a plena convicção de que não viemos a esta vida para passarmos por ela sozinhos. A nossa história e o nosso caráter são resultados das experiências e da convivência com cada um que passa pelo nosso caminho deixando um pouco de si. O que sou hoje é consequência de tudo aquilo que um dia foi depositado em mim por todos os que aqui agradei e por muitas pessoas que sequer se dão conta de que as guardo na memória. É extremamente honroso e fortalecedor saber que tenho ao meu lado pessoas capazes de acreditar em mim mesmo quando nem eu acredito. Nos tempos de hoje, é raridade achar quem se interesse, se importe e se doe pela vida e pelo bem estar de alguém. Mais do que isso, que insista em alguém, e, graças a Deus, eu tenho a oportunidade de vivenciar isso. Muito obrigado a todos por sonharem junto comigo, por me amarem e principalmente por nunca me deixarem caminhar sozinha.

RESUMO

A presente monografia cuidou da abordagem acerca do caráter ilegal atribuído à imposição de prisão em flagrante decorrente de provocação feita pela ação policial ao indivíduo que incide na prática delituosa tipificada pelo artigo 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). A prisão em flagrante não é instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, estando presente em nosso sistema processual desde o longínquo período colonial, evoluindo durante o passar do tempo sob a influência dos sistemas jurisdicionais internacionais, principalmente o francês, o português e o italiano, até que se chegasse ao flagrante delito na forma como previsto atualmente pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal. Para que a abordagem do agente criminoso em situação de flagrância seja devidamente efetuada, devem-se levar em consideração diversos fatores, tais como o enquadramento do fato a uma das modalidades de flagrante delito estabelecidas pelo diploma processual penal pátrio e até mesmo pela doutrina, a espécie de crime em questão e a natureza da ação penal pertinente ao ulterior processamento da causa. Diante disso, é importante vislumbrar-se a possibilidade de se deter em flagrante um determinado indivíduo que incorre em uma das práticas criminosas contidas na Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que, em linhas gerais, instituiu o SISNAD, órgão responsável pela política de vigilância e controle dos assuntos relacionados a drogas no país, cuidou da devida definição do termo “drogas” para efeitos jurídicos e da tipificação dos crimes envolvendo tais substâncias, bem como da normatização do procedimento que deve ser adotado para o processamento de tais infrações. Nesta toada, relevante hipótese a ser objeto de estudo é a adoção da prática cautelar chamada pela doutrina flagrante preparado ou flagrante provocado para a frenagem das ações criminosas daqueles que incidem nas condutas elencadas pelo tipo penal do artigo 33, qual seja o tráfico ilícito de drogas, principal figura incriminada pela nova Lei. Parte majoritária da doutrina e jurisprudência pátrias acreditam na maculação desta espécie de flagrância pela ilegalidade, argumentando no sentido de que o sujeito ativo do crime incide, sob provocação alheia, na prática de um delito impossível de ser consumado. Para corrente minoritária, a ilegalidade conferida à prisão decorrente da preparação de flagrante pela polícia resta infundada, orientação embasada em uma série de fundamentos que afastam o alegado por aqueles que acreditam na conferência do caráter ilegal a este instituto. Assim, defende-se através do presente estudo a tese de que o absolutismo do qual é dotada a imposição da mácula da ilegalidade sobre o flagrante preparado deva ser relativizado e até mesmo afastado em determinados casos de prisão, em virtude da atual conjuntura na qual se encontra a sociedade com relação à expansão do uso e do tráfico de drogas, buscando-se ponderar, de forma fundamentada, acerca de todos os argumentos nos quais se funda tal caráter ilegal.

Palavras-chave: Prisão em flagrante. Flagrante preparado. Flagrante provocado. Tráfico de drogas. Ilegalidade.

ABSTRACT

This monograph will highlight the illegal approach leading to imprisonment of peoples, due to blatant provocation by the police action, that focuses on the individual criminal act typified by Article 33 of Law 11.343/2006 (Drug Law). The arrest in flagrante is not a new institution in the Brazilian legal system, present in our procedural system since the distant colonial period, while evolving over time under the influence of international legal systems, especially the French, Portuguese and Italian, finally arriving at "in flagrante delicto" as enforced by the present Federal Constitution and the Criminal Procedure Code. Until an approach to the criminal agent in a flagrancy situation is properly made, there are several factors to take into account, such as the framework of the modalities of flagrante delicto established by criminal law procedure (and even the doctrine), kind of crime involved and the nature of the criminal action relevant to the further processing of the case. Therefore, it is important to envision the possibility of stopping "in flagrante delicto" for a particular individual who commits a criminal offence as contained in Law 11.343, of August 23, 2006, which established the SISNAD (the body responsible for political surveillance and control of drug-related issues in the country), taking care of the proper definition of the term " drug " for legal purposes and definition of crimes involving such substances, as well as the standardization of the procedure for the processing of such offenses. To this end, relevant hypothesis to be studied should be the adoption of precautionary practice known as the doctrine of blatant or flagrant provocation which causes the criminal actions of those relating to the criminal conduct listed in article 33, which is the illicit drug, vastly increasing those incriminated by the new Law. Many believe that the act of maculação (meaning dirty, illegal), this kind of flagrancy by illegality, in effect means the active subject of the crime falls under provocation of others, and thus the legitimacy of an offense is impossible to be proved. For the minority, given that the illegality of arrests resulting from blatant police interference remains unfounded, a number of fundamentalists drive the claims of those who believe in this policy of an illegal ideology promoted by this institute. Thus, it is the point of this thesis to propose the abolishment of this policy, which is not only leaving a taint of illegality upon some convictions, but is also leading to an expansion in the use and trafficking of "drugs".

Keywords: Prison-handed. Flagrant prepared. Blatant provocation. Drug trafficking. Illegality.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 CONSIDERAÇÕES INICIAS | 14 |
| 2.1 Definição de flagrante delito | 14 |
| 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE | 17 |
| 3.1 Evolução histórica da prisão em flagrante na legislação internacional | 17 |
| 3.2 Evolução histórica da prisão em flagrante na legislação brasileira | 22 |
| 3.3 A prisão em flagrante na atual legislação brasileira | 25 |
| 4 DA PRISÃO EM FLAGRANTE | 27 |
| 4.1 O flagrante delito frente à principiologia da Constituição Federal de 1988 | 27 |
| 4.2 Espécies de flagrante previstas pelo Código de Processo Penal | 29 |
| 4.3 Demais espécies de flagrante elencadas pela doutrina | 33 |
| 4.4 O flagrante nas diferentes espécies de delito | 35 |
| 4.5 O flagrante nas diferentes naturezas de ações penais | 38 |
| 5 ESTUDO DA NOVA LEI DE DROGAS – LEI 11.343/2006 | 42 |
| 5.1 Antecedentes históricos | 42 |
| 5.2 Disposições preliminares da Lei de Drogas | 44 |
| 5.2.1 Criação do SISNAD | 44 |
| 5.2.2 Análise do termo “drogas” | 45 |
| 5.2.3 Norma penal em branco | 48 |
| 6 DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL – ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 | 54 |
| 6.1 Do plantio e cultivo de drogas para uso pessoal – Artigo 28, § 1º | 61 |
| 6.2 Determinação da destinação da droga apreendida – Artigo 28, § 2º | 65 |
| 6.2.1 Princípio da insignificância e quantidade ínfima da droga | 67 |
| 6.3 Da aplicação das penas | 68 |
| 6.4 Garantias para o cumprimento da pena – Artigo 28, § 6º | 69 |
| 7 DO TRÁFICO DE DROGAS – ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 | 71 |
| 7.1 Condutas equiparadas ao tráfico – Artigo 33, § 1º | 75 |
| 7.2 Induzimento, instigação ou auxílio ao uso de drogas – Artigo 33, § 2º | 77 |
| 7.3 Oferecimento da droga a pessoa de seu convívio – Artigo 33, § 3º | 79 |
| 7.4 Causa de redução de pena – Artigo 33, § 4º | 80 |
| 7.5 Equiparação do tráfico de drogas aos crimes da Lei 8.072/1990 | 82 |
| 7.6 Prisão em flagrante no crime de tráfico de drogas | 86 |
| 8 DO FLAGRANTE PREPARADO | 96 |
| 8.1 Flagrante preparado <i>versus</i> flagrante esperado | 98 |
| 8.2 Da ilegalidade do flagrante preparado..... | 101 |
| 8.3 Da legalidade do flagrante preparado | 106 |
| 8.4 Defesa da legalidade do flagrante preparado em sede de tráfico de drogas ... | 112 |
| 9 CONCLUSÃO | 121 |

| | |
|---|------------|
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 124 |
|---|------------|

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, amplamente contemporâneo à realidade atual vivida no Brasil, aborda fator importante referente ao combate da criminalidade disseminadora do uso e tráfico de substâncias ilícitas no território nacional. Seu enfoque consiste na análise da prisão em flagrante do sujeito ativo do crime previsto pelo artigo 33 da nova Lei de Drogas, qual seja o tráfico ilícito de entorpecentes, através de uma específica modalidade desta medida cautelar denominada pela doutrina flagrante preparado ou flagrante provocado.

Primeiramente, buscou-se contextualizar o instituto do flagrante delito dentro da evolução histórica das legislações brasileiras e mundiais que deram origem ao tratamento atualmente dado a este pelo sistema processual penal pátrio. De acordo com a regulamentação jurídica dada à prisão em flagrante, discorreu-se sobre as modalidades de flagrância previstas pelo ordenamento brasileiro, bem como sobre aquelas elencadas pela doutrina como tal, além de terem sido feitos apontamentos acerca da configuração do flagrante delito a depender da espécie do crime praticado e da natureza da ação penal específica para o processamento da infração.

Na sequência, tratou-se da elaboração de um estudo referente à Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a muito conhecida Lei de Drogas vigente hoje no Brasil, traçando-se premissas relativas aos seus antecedentes históricos e influências à sua elaboração, bem como se promovendo uma análise específica sobre os dois principais tipos penais estabelecidos pela Lei, quais sejam o porte de drogas para consumo pessoal (artigo 28) e o tráfico ilícito de drogas (artigo 33), examinando-se todos os aspectos da tipificação criminal de tais condutas e as penas impostas ao agente que eventualmente venha a praticá-las, com a complementação advinda de várias considerações importantes para o entendimento desses institutos, tais como as inovações legislativas referentes a cada um dos ilícitos, condutas equiparadas etc.

Em continuidade, passou-se à exposição acerca da possibilidade de efetuar-se a prisão em flagrante do indivíduo que porventura incorresse na prática destas infrações, prestando-se esclarecimentos acerca do procedimento pelo qual o

referido encarceramento deve ser realizado. Então, especificamente, estudou-se o instituto ao qual se refere o presente trabalho, ou seja, o flagrante preparado, conceituando-o e estabelecendo a sua diferenciação com relação ao chamado flagrante esperado, modalidades de flagrância corriqueiramente confundidas, para que assim fosse possível realizar a devida explanação no que tange à ilegalidade ou não da provocação do flagrante por parte da atividade policial previamente disposta à efetivação da prisão do agente criminoso, expondo-se o entendimento da parte majoritária da doutrina e jurisprudência no sentido de que esta prática estaria totalmente maculada pela ilegalidade, bem como a orientação de outra parcela doutrinária e jurisprudencial defensora da legalidade da prisão realizada através da preparação do flagrante.

Por fim, defendeu-se o combate ao absolutismo impositor da ilegalidade ao flagrante entendido como preparado em sede de crimes de tráfico de drogas, configurado quando o agente, que não possui a droga, é acionado pelo agente provocador à venda da substância, necessitando dirigir-se a uma terceira pessoa para solicitar o produto e, consecutivamente, repassá-lo ao solicitante, argumentando-se que, em muitos casos, há como ser conferida plena legalidade a esta prática através da análise e da ponderação acerca de diversos fatores relativos ao ocorrido.

2 Considerações Iniciais

2.1 Definição de flagrante delito

A palavra flagrante deriva, do latim, da expressão *flagrans*, que significa aquilo que é ardente, aquilo que crepita. Etimologicamente, *flagrare* nos remete à ideia daquilo proveniente do fogo, que está queimando, em chamas.

Assim, flagrante delito pode ser entendido como aquele crime que ainda arde, que ainda queima, aquele que se está cometendo ou se acabou de cometer.

Conceituando a expressão, Nogent-Saint-Laurents, citado por Tostes Malta (1933, apud Tales Castelo Branco, 2001, p. 14), preceitua que “flagrante delito implica na posse da evidência, a evidência absoluta, quanto ao fato que acaba de cometer-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual seria absurdo ou impossível negá-lo”.

Portanto, flagrante delito traduz-se pela ideia da certeza da prática de um crime que decorre da visualização da conduta, desta ter sido presenciada, não havendo, assim, meios para negá-la, pois há uma notícia concreta do delito, um relato fiel dos fatos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 apresenta o instituto da prisão em flagrante em seu artigo 5º, inciso LXI, trazendo esta como a única exceção que permite a prisão sem a necessidade da existência de ordem judicial escrita para tal. Neste sentido, o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 484):

A nossa lei básica exige ordem escrita para a efetivação da prisão, de qualquer prisão. Ressalva, entretanto, a hipótese de flagrante. E o faz por razões óbvias. Não teria sentido permitisse a lei a prisão de alguém no instante da perpetração da infração e, ao mesmo tempo, exigisse a exibição da ordem escrita da autoridade competente... Seria uma *contradictio in adjectu*. Quem é que pode saber quem vai cometer a infração, onde e quando vai cometê-la? A desnecessidade, pois, da ordem escrita é tão evidente que dispensa qualquer comentário. O evidente não se prova nem se demora.

Infraconstitucionalmente, o Código de Processo Penal conceitua flagrante como a infração que se está cometendo ou aquela que acabou de ser cometida sem nenhum espaço de tempo ou com lapso temporal razoavelmente pequeno e que guarda relação com o crime praticado como, por exemplo, o intervalo de tempo referente à perseguição do autor após a ação criminosa. Eis o texto legal:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I – está cometendo a infração penal;
II – acaba de cometê-la;
III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele autor da infração.

Nesta oportunidade, breves considerações devem ser tecidas acerca do uso da palavra “delito” quando da nomenclatura da prisão em flagrante delito.

O sistema brasileiro divide os ilícitos penais em crimes e contravenções, sendo os crimes regulamentados pelo Código Penal e as contravenções pela Lei de Execuções penais, os quais determinam suas condutas típicas e as penas a serem aplicadas sobre quem os pratica.

Anteriormente, o Código Penal de 1890 estabelecia que crime e delito traduziam a mesma ideia, ou seja, eram expressões sinônimas. Contudo, nosso novo Código nada disse acerca da expressão delito, não a classificando como espécie de infração da lei penal.

Usualmente, vez que na vigência do antigo código dizia-se delito como sinônimo de crime, a palavra, costumeiramente, passou a fazer parte do vocabulário exatamente da maneira determinada pelo legislador de 1890, como sendo sinônima de crime e, no modo de falar da sociedade, amoldou-se sem distinção quanto àquela.

Porém, mesmo que a legislação penal em vigor não trate do instituto “delito”, a palavra continua aparecendo quando da nomenclatura, seguindo a expressão flagrante e ajudando a conceituá-lo, como pode ser visto no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988, que traz a determinação de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Nota-se que no texto constitucional a palavra

delito é usada para nomear o instituto tratado pelo referido inciso, adjetivada pela expressão flagrante.

Tal uso da palavra tem gerado divergências advindas de parte da doutrina que não o admite, uma vez que isto vai a desencontro com a classificação bipartite dos ilícitos criminais brasileira. Neste sentido, Roberto Lyra (1971, apud Tales Castelo Branco, 2001, p. 16), defende o uso apenas da expressão prisão em flagrante, tendo em vista que esta é atualmente a mais presente no dia-a-dia forense e acadêmico, passando a ser a palavra flagrante bastante em si mesma, traduzindo por si só a ideia de restrição da liberdade por flagrante crime ou flagrante contravenção.

Frente ao corriqueirismo do qual é dotada a expressão flagrante ou prisão em flagrante pura, nada há mais que se discutir acerca da utilização ou não da palavra delito, vez que a prática do dia-a-dia nos remete a uma linguagem cada vez mais simples com relação à nomenclatura do instituto.

3 Evolução histórica da prisão em flagrante

3.1 Evolução histórica da prisão em flagrante na legislação internacional

A prisão em flagrante é instituto antigo, existente desde as primeiras civilizações dotadas de regulamentação pelo direito.

Em Roma, a Lei das XII Tábuas autorizava a morte dos ladrões presos em flagrante durante a noite e também durante o dia em caso de resistência armada à prisão. A lei tratava a ocorrência do flagrante como majorante do crime de furto, estabelecendo uma divisão entre o *furtum nec manifestum* e o *furtum manifestum*, sendo este último o furto dotado do estado de flagrância de seu autor. Nos casos de ocorrência de furto não manifesto, o agente arcaria com punição referente a duas vezes o valor do objeto furtado e, nos casos de furto manifesto, este valor seria dobrado, arcando assim o criminoso com pena igual a quatro vezes o valor do respectivo objeto do crime. Observa-se que aqui o estado de flagrância funcionava como uma causa de aumento de pena sobre o crime de furto, uma vez que causaria maior alarde social e maior reprovabilidade pelo presenciamento do crime, ensejando o sentimento de vingança.

Como ensina o professor Tales Castelo Branco (2001, p. 19):

Os jurisconsultos sustentavam quatro opiniões divergentes sobre o conceito e a extensão do furto manifesto: a) o ladrão deve ser preso no momento em que comete o furto; b) é necessário, apenas, que o ladrão seja preso no local do furto; c) o ladrão pode ser preso em qualquer lugar, desde que esteja trazendo, ainda, consigo a *res furtiva*, ou seja, antes de a ter levado para outro lugar; d) a prisão se justifica sempre que o ladrão ainda estiver com o objeto do furto, independentemente das condições de tempo e de lugar (533 a.C.).

Em análise às quatro correntes supracitadas, pode-se claramente ver a correlação existente entre elas e o previsto atualmente pelo Código de Processo Penal Brasileiro que autoriza a prisão em flagrante daquele que está cometendo infração ou acaba de cometê-la, daquele que é este perseguido ao incorrer em fuga e daquele encontrado logo após com objetos que façam presumir ser ele o autor do fato.

Também se via a previsão legal do flagrante no *Codex Euricianus*, elaborado em Tolosa, que, em seu título “*De raptu virginum ET viudarum*”, permitia a morte do criminoso e de seu cúmplice, nos casos de rapto, pelos próprios tutores ou pais da vítima, quando os autores fossem surpreendidos em flagrante.

Vê-se, portanto, que a flagrância se dava geralmente apenas nos casos de estar o agente praticando a ação ou ter acabado de praticá-la, fato que permitia seu encarceramento e apresentação ao juiz sem a observação das práticas processuais devidas para tanto, vez que, já naquela época, a legislação proibia a exibição de alguém em juízo quando da falta de sua pronúncia pelo magistrado.

O sujeito que era surpreendido em flagrante delito era apresentado imediatamente ao magistrado e, somente após se pronunciar, encaminhado ao cárcere. Em determinadas situações a prisão do indivíduo não era possível frente à oposição da sociedade, chamada comemoração, que funcionava como um freio à arbitrariedade severa de alguns juízes, possibilitando-se através do testemunho público a liberdade do criminoso se assim se entendesse.

Interessante regulamentação sobre a prisão em flagrante também se vê na edição, em 595, de um decreto, por Chidelberto, determinando que aquele que praticou a infração, se surpreendido em flagrante, apenas poderia ser preso por iniciativa da vítima. Tal regra nos remete mais uma vez ao previsto em nossa legislação processual penal pátria que, em similitude ao decreto descrito acima, nos casos dos crimes processados através de ação penal pública condicionada à representação e ação penal privada, a autoridade policial somente poderá lavrar o auto de prisão em flagrante e proceder a esta com a autorização da vítima, que deverá ser ouvida no devido prazo para a lavratura do auto.

Com o decorrer dos anos, passou-se a ter uma visão social da pena, uma visão de que a sociedade teria o interesse na penalização como um todo, surgindo as primeiras legislações que autorizavam que a prisão em flagrante fosse feita por qualquer pessoa, fator justificado pela legítima defesa própria e de terceiros. Entendia-se que o povo poderia através disso evitar que o mal causado pelo criminoso continuasse a ocorrer.

Novamente, em comparação com o previsto em nosso Código de Processo Penal, observa-se que esta regra está presente na legislação brasileira, determinando o artigo 301 que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Têm-se aqui a figura do flagrante facultativo, ou seja, a opção que possui qualquer pessoa de prender em flagrante o autor de crime ou contravenção. Ressalte-se que a prisão em flagrante conferida a qualquer do povo é facultativa, não sendo, portanto, ninguém, senão as autoridades policiais e seus agentes, obrigado a prender quem se encontre praticando infração penal.

Entre as legislações antigas que passaram a admitir a prisão em flagrante efetuada por qualquer indivíduo, algumas não estabeleciam esta como facultativa. A civilização egípcia, por exemplo, obedecia a lei que determinava a obrigação por parte de quem testemunhou a prática de um crime a provar que não o puderam impedir e nem prestar socorro à vítima.

Previsão da prisão em flagrante delito também existia na lei dos povos bárbaros. Esta possibilitava também a prisão do criminoso por quem quer que fosse e, se este não fosse preso quando do exato momento da prática do crime ou investisse em tentativa de fuga, seria perseguido para onde quer que fosse. Para isso, era necessário que a autoridade desse o chamado grito de "*Haro*". Este consistia no alarde dado por alguém que estivesse em situação que lhe causasse prejuízo, como, por exemplo, sendo vítima de um crime, para clamar por justiça e pedir socorro à sociedade.

Em Portugal, estando o país sob a égide das Ordenações Filipinas, para se definir a aplicação da prisão em flagrante delito nas situações em que houvesse brigas, alardes e grandes tumultos (em termos portugueses, *arroidos*), expediu-se o Alvará de 25 de setembro de 1603, que assim dizia, segundo texto extraído da obra de Tales Castelo Branco (2001, p. 20):

Hei por bem e mando que qualquer dos julgadores, ou quaisquer oficiais de justiça, que poder tiverem para prender acudirem às brigas e arroidos e quaisquer outros delitos, pelos quais os delinqüentes, conforme as minhas Ordenações, devem ser presos, posto que os não achem na briga, nem lhe sejam logo mostrados para logo os poderem prender, ou chegarem a tempo que haja pouco espaço que a briga foi acabada e o delito cometido, tendo informação certa por onde os delinqüentes fugiram, sem perguntarem mais testemunhas, o seguirão e procurarão de com efeito os prender, posto que seja fora do lugar onde cometeram o delito, continuando o seguimento deles, e não se divertindo a outra coisa alguma por que pareça que os deixaram de seguir, e os que nesta forma forem presos, me praz por ser conforme a direito, que se hajam e regulem por presos em flagrante.

Observando-se as regras citadas acima, adotadas pelos povos bárbaro e português, podemos novamente observar uma semelhança entre estas e a atual lei processualista penal brasileira ao ensejar, em seu artigo 302, a hipótese de prisão em flagrante daquele que é perseguido após a prática da conduta criminosa. Além disso, a doutrina brasileira, quando da discussão sobre esta perseguição prevista pelo código, a define como perseguição ininterrupta, aquela realizada a pouco espaço do fato criminoso, não podendo existir nenhuma fator que interrompa este lapso temporal persecutório entre a ação e a prisão do indivíduo. Tal entendimento fica evidenciado também pela redação das Ordenações Filipinas apresentada anteriormente, quando se fala em não existir diversão a outra coisa alguma por que pareça que os perseguidores deixaram de seguir o autor do crime, apenas podendo este ser preso em flagrante delito se perseguido ininterruptamente.

Finalmente, entre as legislações internacionais e anteriores, a que mais se assemelha às regras adotadas pelo Código de Processo Penal brasileiro quanto à prisão em flagrante é a francesa.

Na França, o flagrante há muito já era conhecido, sendo chamado de *forefactum*. Com o advento da Lei 16-24, de setembro de 1791, durante o período chamado “Reino da França”, monarquia governada por Louis XVI, estabeleceu-se sobre o flagrante o regramento de que os acusados deveriam se conduzidos até o oficial de polícia sem ao menos aguardar as declarações de testemunhas. Se fosse o caso e estes não pudessem ser presos, o mesmo procederia à expedição do *mandat d’ amener* (mandado de condução), para fazer do comparecimento destes obrigatório. Neste cenário, tinha-se também a obrigatoriedade do flagrante, ou seja, não só a autoridade policial como também qualquer pessoa possuía o dever de prender o criminoso.

Pouco tempo depois, através da edição de novas leis, passou-se a prever também os chamados equivalentes à prisão em flagrante já existente. Eram estes os casos em que o agente criminoso quando abordado praticando um crime era perseguido mediante o chamado clamor público e quando o agente fosse encontrado com os objetos resultantes do crime ou aqueles que houvesse usado para cometê-lo, sob o fundamento de que estes muitas vezes representavam indícios da autoria de infração. A lei também estabelecia ponderação quando da ocorrência destes casos, uma vez que este tipo de indício poderia tranquilamente

ser algo ilusório, dando assim, a prisão e a apresentação do detido à autoridade policial a oportunidade de explicar-se e livrar-se inocente se assim o fosse.

Vê-se aqui completa semelhança com as hipóteses de prisão em flagrante delito elencadas pela legislação brasileira, contemplando a lei francesa os atualmente chamados quase flagrante e flagrante presumido.

Nos casos de prisão em flagrante decorrente de perseguição houve a preocupação relativa a delimitar-se a duração desta frente às dúvidas e interpretações divergentes surgidas após o advento da norma que a permitia.

A lei utilizava-se da expressão “em tempo vizinho ao delito” para estabelecer o *iter* entre a prática da ação e a prisão do indivíduo, ou seja, a duração da perseguição, sendo esta, por sua vez, deveras vaga, gerando uma margem muito ampla para interpretação. Frente a isto, as leis de 20 de maio de 1863 e de 8 de dezembro de 1897, passaram a delimitar quantitativamente e exatamente o tempo pelo qual a perseguição poderia perdurar, sendo este de quarenta e oito horas para a realização da fase policial do processo. Durante este período, a prisão poderia efetivar-se; cessadas as quarenta e oito horas, extinto estaria o estado de flagrância.

Faustin Hélie, citado por Tostes Malta (1933, apud Tales Castelo Branco, 2001, p. 23), apresenta a definição do flagrante delito de acordo com a legislação vigente na França em sua época:

Revela-se o flagrante delito quando o acusado é surpreendido, quer na execução mesma do crime, quer nos atos que seguem imediatamente a esta execução e que a ela se ligam estreitamente, ou quando ele é perseguido pelo clamor público, ou encontrado com os objetos, armas do crime, contanto que esta apreensão se dê em tempo muito próximo ao delito.

Frente às considerações tecidas acima, levando-se em conta a previsão da prisão em flagrante por qualquer pessoa do povo quando o criminoso fosse surpreendido praticando o ilícito penal e, também nas hipóteses de este poder ser preso quando perseguido após a prática do crime ou encontrado, logo após esta, portando objetos que indicassem ser ele o autor da ação e ainda as discussões acerca da concreta delimitação do período de perseguição ou encontro do criminoso entre a ocorrência do crime e a prisão do mesmo, vê-se claramente a enorme similitude guardada entre as normas francesas da antiguidade e as da atualidade brasileira

3.2 Evolução histórica da prisão em flagrante na legislação brasileira

A prisão em flagrante delito é instituto há muito contemplado pela legislação brasileira.

Sua historicidade no ordenamento jurídico brasileiro começa a ter relevância e similitude com o flagrante delito previsto hoje pelo Código de Processo Penal durante o período colonial do País.

Investido do cargo de Príncipe Regente, Don Pedro I, através de Decreto editado em 23 de maio de 1821, regulamentou contra a prisão executada sem a ordem judicial escrita, estabelecendo como exceção a prisão em flagrante delito. Eis o texto:

Ordeno, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente.

Através de tal dispositivo normativo podem-se extrair as seguintes conclusões: o flagrante desde muito tempo no Brasil é tido como a única exceção que permite a prisão de um indivíduo sem a existência de ordem judicial; não existe neste momento da história a figura do flagrante facultativo, ou seja, a prisão daquele que se encontra em estado de flagrância facultada a qualquer pessoa, sendo esta um dever atribuído a todos.

Posteriormente, com o advento do novo regime político imperial implantado no Brasil, foi promulgada a primeira Constituição do país, no ano de 1824. Esta, em seu oitavo título, versando sobre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, trazia a seguinte determinação:

Art. 179. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legítima. Se esta for arbitraria, o Juiz, que a deu, e a quem a tive requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

Aqui se vê uma novidade com relação à lei anterior no que tange à punição dos responsáveis por eventual prisão arbitrária. Em correlação com a atualidade, passa-se neste momento da história a considerar uma possível prisão ilegal ou autoritária.

No ano de 1832, o flagrante deixaria de ser regulamentado apenas pelas leis gerais previstas na Constituição pátria, com a promulgação do Código de Processo Criminal Brasileiro, apresentando inovações quanto ao instituto, conforme visto em seu texto legal:

Art. 131. Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto.

Primeiramente, estabeleceu-se a ideia da prisão em flagrante facultativa e da prisão em flagrante obrigatória ou compulsória conforme os ditames conhecidos hoje no país, consistindo a primeira naquela que poderia ser realizada por qualquer pessoa do povo e, a segunda, naquela que deveria, obrigatoriamente, ser realizada, à época, pelos chamados oficiais de justiça.

Também é de se destacar que, a partir do advento desta lei, considerava-se em estado de flagrância todo aquele que, após ter praticado o ilícito, incorresse em fuga e passasse a ser perseguido pelo clamor público. Vê-se aqui contemplada a atualmente conhecida figura do flagrante impróprio ou quase flagrante, marcado pela ocorrência de perseguição ao agente criminoso. Porém, na antiga legislação, este tipo de flagrante exigia a existência do então chamado clamor público. Conforme explica em sua obra o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2011, p. 489), “para a configuração dessa modalidade de flagrante, era preciso que o criminoso fosse apontado pelos gritos da multidão, indicando-o como autor de um crime. Era o “pega ladrão”, o “Aqui Del Rei” do Direito colonial...”.

Tão logo o Brasil adotou o sistema político republicano, foi editada uma nova Constituição no ano de 1889 que, ao dispor acerca das hipóteses que permitiriam a prisão, fez surgir uma lacuna legislativa no que se tratava da definição do flagrante delicto. O texto constitucional apenas dispunha no sentido de que o flagrante seria a única exceção na qual alguém poderia ser preso antes da

pronúncia do indiciado ou em virtude de ordem escrita da autoridade competente, deixando em branco a definição do instituto.

Com o advento da permissão tida por qualquer estado para criar suas próprias leis, margem foi aberta para que diversos estados, em seus Códigos de Processo Penal, procurassem estabelecer o devido conceito do instituto, frente à lacuna trazida pela Constituição no sentido de não definir as hipóteses em que se detectaria o estado de flagrância, surgindo assim as mais diversas possibilidades para que alguém fosse preso em flagrante em cada parte do país.

Sobre a determinação dos casos de flagrante delito por cada legislatura estadual, critica o professor Tales Castelo Branco (2001, p. 27):

Apesar das respeitáveis opiniões dos juristas – no sentido de que, por não se tratar de uma simples forma processual, mas, sim, da qualificação de um fato, isso não era possível, mesmo porque, tratando-se duma derrogação do direito comum, que afeta diretamente a liberdade individual, os casos de flagrante delito não podiam ser determinados pelas legislaturas dos Estados Federados.

No estado do Rio Grande do Sul, o Código de Processo Penal dispunha acerca de três hipóteses que ensejariam a prisão em flagrante, sendo esta a realizada no ato do cometimento do delito, a feita durante a fuga do agente que fosse perseguido pela própria vítima ou pelo anteriormente citado clamor público e aquela decorrente do encontro de alguém, em momento sucessivo ao delito, que porte armas, instrumentos e objetos capazes de gerar uma presunção de culpa por parte deste. Inovação em sede de flagrante delito no Brasil, vê-se aqui a modalidade de prisão em flagrante que perdura até hoje sob a denominação de flagrante presumido, na qual presume-se a culpa de indivíduo encontrado logo depois do fato criminoso com objetos que poderiam ter sido utilizados na prática deste ou até mesmo aqueles portados em sede de produto do crime.

Em semelhança ao citado acima, o Código de Processo Penal de Goiás dispunha que poderia ser preso em flagrante aquele que fosse encontrado cometendo a infração penal ou tendo acabado de cometê-la, tendo interrompido o crime, sendo perseguido pelo clamor público e, também, portando armas, instrumentos ou, como dizia o texto legal, “efeitos do crime”, sucessivamente à prática delituosa.

Em sucessão a este sistema, sob a égide da nova Constituição Federal de 1937, foi promulgado o Código de Processo Penal de 1941 (vigente até os dias hoje, com modificações legais), determinando que, sendo alguém preso em flagrante este continuaria preso até prolação de sentença final, ressalvadas as hipóteses em que este poderia livrar-se solto em decorrência de insignificância da pena que lhe seria aplicada ou de possível pagamento de fiança. É óbvio que, frente às garantias constitucionais previstas pela Constituição Federal de 1988 atualmente vigente, tal dispositivo foi alterado, uma vez que é incompatível a determinação de que alguém preso em flagrante continue privado de sua liberdade até a prolação de sentença final, fato que implicaria em antecipação ilegal de uma provável e futura pena aplicada ao indivíduo se condenado.

3.3 A prisão em flagrante na atual legislação brasileira

Atualmente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, o flagrante delito é contemplado por esta em seu rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º como uma excepcional modalidade de prisão, haja vista que é exceção à regra que preceitua que a prisão somente poderá ser efetuada mediante ordem escrita da autoridade competente. Conforme diz o texto constitucional:

LXI. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Vê-se claramente através da referida disposição o caráter de extrema excepcionalidade da prisão em flagrante como medida para a privação da liberdade. Isto porque a Constituição, ainda em seu artigo 5º, contempla o chamado princípio da presunção da inocência, extraído do texto do inciso LVII do mencionado artigo, estabelecendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ora, se ninguém será considerado culpado, enquanto presumir-se inocente, não haveria sentido recair sobre alguém qualquer tipo de sanção e nem ao menos privação de liberdade, pensamento que leva justamente à conclusão de que a prisão em flagrante deve ser encarada como instituto

excepcionalíssimo, vez que a privação da liberdade de um indivíduo somente poderia decorrer de preexistência não só de culpa, mas também de condenação deste.

Neste sentido, Zavaleta (1954, apud Tourinho Filho, 2011, p. 487):

Se a liberdade individual é um direito fundamental, como que inerente ao ser humano, reconhecido e amparado por todas as legislações democráticas do mundo, e se não se pode afirmar legalmente que um indivíduo é culpado de um delito senão quando uma sentença, passada com autoridade de coisa julgada, assim o tenha determinado, o lógico seria que se aguardasse esse momento para proceder ao encarceramento do imputado, sendo, portanto, eloquente violação dessa liberdade todo constrangimento corporal imposto antecipadamente àquele fato.

Quanto à regulamentação do procedimento e às hipóteses nas quais a prisão em flagrante poderá ser efetuada, estabelece o Código de Processo Penal a prisão em flagrante delito de quem é surpreendido cometendo uma infração penal (flagrante próprio), tendo acabado de cometê-la ou tendo sido perseguido logo após a prática delituosa (flagrante impróprio), e ainda tendo sido encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis através dos quais se possa presumir ser ele o autor do ilícito penal (flagrante presumido).

4 Da prisão em flagrante

4.1 O flagrante delito frente à principiologia da Constituição Federal de 1988

Como já dito anteriormente, a prisão em flagrante é prevista pela legislação brasileira no âmbito constitucional e infraconstitucional. O artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal brasileira, traz a possibilidade da prisão de um indivíduo em flagrante delito, sendo a única exceção admitida frente à regra de que a prisão apenas será feita mediante ordem da autoridade competente. Vê-se, portanto, que a prisão em flagrante constitui cautelar pessoal de caráter excepcional, vez que se não observados os fundamentos que permitem sua configuração, entrará em desacordo com o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto também pelo artigo 5º, inciso LVII.

Neste desiderato, a justificativa atual para a prisão em flagrante consiste na ideia de esta funcionar como uma acautelamento da materialidade delitiva do fato criminoso e de sua respectiva autoria, porquanto a abordagem do autor de um crime no momento de sua prática ou em um curto espaço de tempo após tê-la cometido constitui, nesses casos, o meio de prova mais eficiente e verossímil a ser levado à apreciação da autoridade judiciária para apuração da realidade fática. Conforme dito por G. Bricetti (1973, apud Tourinho Filho, 2012, p. 486), “uma das formas mais claras de evidência probatória no processo penal encontra-se na denominada flagrância do delito”.

Acerca do rigorismo atribuído a tal instituto, este tem sido dirimido através dos anos por diversas alterações no ordenamento jurídico, em especial no diploma processual penal pátrio, modificações estas influenciadas por diversos fatores, entre eles a observância ao disposto acerca do flagrante delito em legislações estrangeiras e a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1948), a qual contemplava o direito à presunção da inocência que, posteriormente, também foi inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da Magna Carta brasileira. Neste sentido, preceitua o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 486-487):

De sorte que, atualmente, a prisão em flagrante, malgrado se trate de certeza visual do crime, não é encarada com aquele rigorismo anterior, sobretudo em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória irrecorrível. (...) Não haverá motivo para mantê-lo preso se não estiver presente uma das circunstâncias que autorizam a preventiva ou não foram observadas as formalidades legais, e, mesmo havendo, ainda assim, dêz que haja representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público visando à sua convalidação em preventiva, cumprirá ao Juiz, tutelando o direito de liberdade do cidadão, procurar analisar as cautelares previstas no art. 319 e, após descartá-las, fundamentadamente, se inadequadas ou insuficientes – se for o caso -, convalidar a prisão em flagrante em preventiva. Poderá, outrossim, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Dessa forma, o entendimento acima transcrito expõe a gama de possibilidades as quais o Juiz deverá analisar quando dos casos de prisão em flagrante, sendo que a permanência do autor do fato delituoso junto ao cárcere, conforme defende Tourinho, constitui medida de *ultima ratio*. Assim, deverão ser observadas as hipóteses de cabimento da concessão de liberdade ao agente preso em flagrante delito, como por exemplo, nos casos em que a Autoridade Policial, consoante disposição contida no artigo 69 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), sequer lavrará o termo de prisão em flagrante ao se tratar da prática de delito de menor potencial ofensivo, quando for cabível o pagamento de fiança ou nas hipóteses em que não estiverem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam a garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e a asseguuração de eventual pena a ser imposta ao agente.

Porém, a grande problemática apontada por parte da doutrina quanto à prisão em flagrante delito refere-se não às hipóteses nas quais o sujeito deverá ser posto em liberdade diante da existência de alguma garantia legal ou da ausência de algum requisito necessário para a manutenção da prisão, mas sim ao caráter cautelar e excepcional inerente ao instituto. Neste contexto, a prisão em flagrante apenas se justificará se possuir o fim de assegurar a obtenção de prova e de atender aos fins processuais por ela ensejados, caso contrário, haverá ofensa à Constituição Federal. Sobre a manutenção do encarceramento, discorre Tourinho (2012, p. 493):

Pelo que se vê no art. 310, II e III do CPP, a preventiva foi guinada à categoria de *extrema ratio*. Só em último caso será ela decretada. Parece-nos que com a simples análise do auto de prisão em flagrante não se pode prever que o encarceramento será conveniente à instrução criminal ou que o indiciado está pretendendo tornar ineficaz eventual aplicação da pena.

Assim, infelizmente, tudo indica, ao contrário do que pensávamos, que a preventiva, aí, poderá ser decretada como garantia da ordem pública ou da ordem econômica.

Demonstra a supramencionada tese a convicção do doutrinador no tocante ao caráter extremamente excepcional da manutenção da prisão em flagrante através da sua conversão em prisão preventiva, hipótese permitida pelo inciso II do artigo 310 do Código de Processo Penal brasileiro. Acentua ainda que não acredita haver a possibilidade de auferir-se a aptidão desta referida substituição fundamentada nas garantidas de assegurar-se conveniência à devida instrução criminal e à aplicação da lei penal apenas através da análise do auto de prisão em flagrante, fazendo com que restem ao Juiz apenas as motivações referentes à garantia da ordem pública e econômica.

Portanto, pode-se extrair deste entendimento a defesa de que, para uma perfeita conformidade entre a prisão e o princípio constitucional da presunção da inocência, deve-se proceder a uma ponderação de valores sociais feita entre o direito fundamental de liberdade inerente a todo e qualquer indivíduo e o interesse coletivo em punir determinado agente pela prática de uma conduta criminosa, fator que refletiria diretamente no combate à crescente criminalidade e violência.

4.2 Espécies de flagrante previstas pelo Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 302, elenca as hipóteses nas quais alguém poderá ser preso em flagrante delito:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A partir de tal dispositivo legal, pode-se extrair três espécies de prisão em flagrante expressas pela legislação: o flagrante próprio, flagrante impróprio ou

quase flagrante e o flagrante presumido. Vejamos as peculiaridades de cada uma dessas modalidades.

O flagrante próprio, também chamado pela doutrina de flagrante real ou flagrante propriamente dito, é a modalidade de flagrância prevista pelos incisos I e II do artigo 302, ou seja, há flagrante em sentido próprio quando o agente é surpreendido no momento da prática da infração penal ou ao ter acabado de cometê-la. Aqui, consideração importante há de ser tecida acerca da expressão “acaba de cometê-la” empregada pelo legislador. Segundo os ensinamentos do professor Fernando Capez (2012, p. 315), “devemos interpretar a expressão “acaba de cometê-la” de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o agente deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal (sem qualquer intervalo de tempo)”.

Portanto, para que o flagrante se enquadre no previsto pela redação do inciso II, deve-se considerar um lapso temporal pequeno entre a efetiva prática delituosa e o momento em que o agente é surpreendido ainda no *locus delicti* ou em suas proximidades pelo sujeito ativo. Parecer minoritário da doutrina defende que, neste caso, não haveria de se falar em flagrante real, mas sim em ocorrência de quase flagrante ou flagrante impróprio, sob o argumento de que não existe uma certeza acerca da autoria do crime, mas sim uma presunção da prática por parte do sujeito encontrado, havendo uma pequena chance de este não ter cometido a infração. Para fim exemplificativo, cite-se aqui a hipótese de homicídio na qual o agente evade-se rapidamente do local e um terceiro totalmente alheio à prática delituosa apanha a arma utilizada para a execução do crime, sendo surpreendido em tal condição.

O inciso III, por sua vez, prevê a hipótese de prisão em flagrante do indivíduo que é perseguido pelo ofendido, pela autoridade policial ou por qualquer pessoa logo após a prática da infração, encontrado em situação através da qual se possa presumir ser ele o autor do crime. Na ocorrência de tal situação, tem-se o chamado quase flagrante, flagrante impróprio ou flagrante irreal. Aqui se deve ater à expressão “logo após” trazida pelo texto legal, não podendo esta ser entendida da mesma maneira pela qual se interpreta a disposição “acaba de cometê-la” do inciso anterior. Parte da doutrina entende que a palavra chave para o entendimento deste lapso temporal descrito como “logo após” seria “perseguição”, conferindo-se a esta um caráter de maior amplitude, não podendo ser medida em minutos ou horas,

tratando-se de tempo suficiente para que se apurem maiores informações acerca do crime praticado. O conceito legal de perseguição pode ser extraído do artigo 290, § 1º, do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:
a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encaicho.

Gize-se que o texto legal não define a ocorrência de perseguição tomando por base o tempo através do qual esta se estende, mas as circunstâncias sob as quais se configura, podendo alastrar-se por dias a fio, desde que, de acordo com o disposto pelo código, seja ininterrupta. Porém, o mesmo dispositivo que dispõe acerca da ininterruptabilidade da perseguição continua admitindo-a em hipóteses nas quais ocorre uma situação de continuidade, nos casos em que se perde de vista o perseguido ou em que o perseguidor souber em decorrência de informações ou indícios que este tenha passado por determinado local ou em determinada direção há pouco tempo. Neste sentido, preceitua o professor Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 376):

Deve-se entender que o logo após do dispositivo é o tempo que corre entre a prática do delito e a colheita de informações a respeito da identificação do autor, que passa a ser imediatamente perseguido após esta rápida investigação procedida por policiais ou particulares. Por isso, se tem entendido que não importa se a perseguição seja iniciada por pessoas que se encontravam no local ou pela polícia diante de comunicação telefônica ou radiofônica. Deve-se ter em conta, porém, que tal situação não se confunde com uma demorada investigação a respeito dos fatos.

Portanto, o tempo ao qual se refere a expressão trazida pela lei comporta, segundo o doutrinador, todos os atos tomados desde o momento da prática da infração até o instante da efetiva prisão do indivíduo, por policiais ou quaisquer pessoas, que tenham por objetivo a apuração de fatos e informações relevantes à devida apuração do delito cometido.

Por fim, tais disposições acerca da prisão em flagrante após a perseguição do autor da infração possibilitam a desmistificação da ideia de que, após passadas 24 horas da prática delituosa, não mais se pode efetuar a prisão, o

que se tornou uma crença popular, tendo em vista que a perseguição à qual a lei abre margem para que ocorra pode ser estendida por dias ou em determinados casos até mesmo por meses, considerando-se fatores como a amplitude da infração penal e os meios utilizados pelo agente criminoso para evadir-se da devida ação policial persecutiva.

A última modalidade de prisão em flagrante prevista em lei se encontra no inciso IV do artigo 302, conhecida como flagrante presumido, flagrante ficto ou flagrante assimilado. Nesta hipótese, admite-se a prisão do indivíduo que é “encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”. Em análise ao texto legal, vê-se que a prisão neste caso efetua-se com base em uma presunção de culpa, vez que não se tem a certeza visual do crime ou o encontro do autor no local da prática delituosa ou em suas proximidades, levando-se em conta os instrumentos portados por este que podem constituir indícios veementes de autoria do crime.

Aqui novamente pode-se observar o uso de uma expressão chave pelo legislador quando da previsão do flagrante presumido. O “logo depois” contido no texto legal é entendido pela doutrina como a expressão que prevê o maior elastério temporal para a execução da prisão em flagrante. Embora seja sinônima do dizer “logo após” empregado no inciso anterior, deve-se conferir a esta interpretação diversa. Assim discorre o professor Magalhães Noronha (1981, apud Fernando Capez, 2012, pg. 315-316):

Embora as expressões dos incisos III e IV sejam sinônimas, cremos que a situação de fato admite um elastério maior ao juiz na apreciação do último, pois não se trata de fuga e perseguição, mas de crime e encontro, sendo a conexão temporal daquelas muito mais estreita ou íntima.

Ainda sobre o tema, abordando questão atinente ao interesse social de repressão à prática de conduta criminosa, preceitua Mirabete (2006, p. 377):

Considerando-se o interesse na repressão dos crimes, há maior margem na discricionariedade da apreciação do elemento cronológico quando o agente é encontrado com objetos indicativos do crime, o que permite estender o prazo a várias horas ou, considerando-se o problema do repouso noturno, até o dia seguinte.

Sendo assim, pode-se chegar à conclusão de que as expressões empregadas pelos incisos II, III e IV, traduzem, respectivamente, lapsos de tempo cada vez maiores entre a prática delituosa e o efetivo momento da prisão. Acentua Mirabete que isto deve ocorrer em decorrência da motivação referente à repressão das condutas criminosas.

Do Código de Processo Penal ainda podem ser extraídas outras duas modalidades de flagrante. O artigo 301 do referido diploma legal faculta a qualquer pessoa a possibilidade de prender em flagrante quem pratica infração penal, sendo este o denominado flagrante facultativo. A partir da análise do texto da lei, pode-se concluir que o legislador conferiu à população uma faculdade no que tange a prender alguém que seja surpreendido ao cometer um crime, não havendo o dever de agir, mas uma mera discricionariedade.

Doutro lado, o mesmo artigo refere-se às autoridades policiais e seus agentes, atribuindo-lhes a obrigação de efetuar a prisão de quem seja flagrado nas hipóteses do artigo 302. Observe-se que, uma vez obrigatória a prisão por parte de tais indivíduos, caso esta não seja realizada, poder-se-á até mesmo falar na ocorrência de tipificação penal de tal omissão, incorrendo o agente na prática do delito descrito pelo artigo 319 do Código Penal, ou seja, prevaricação.

4.3 Demais espécies de flagrante elencadas pela doutrina

Além das modalidades de flagrante elencadas pelo legislador, existem também aquelas conceituadas pela doutrina e extraídas da legislação esparsa. São elas: flagrante forjado, fabricado, maquinado, ou urdido; flagrante de ação controlada, prorrogado, diferido, postergado, proletado, retardado ou estratégico; flagrante esperado e flagrante provocado ou preparado. Vejamos algumas considerações acerca de tais espécies de flagrância. Anote-se que, com relação à última modalidade mencionada, qual seja o flagrante preparado ou provocado, a devida abordagem sobre este instituto será feita mais adiante quando da análise da tese específica sustentada pelo presente trabalho.

Ocorre o chamado flagrante fabricado quando há a plantação de provas por particulares, autoridades ou agentes policiais, a fim de incriminar o sujeito

passivo da prisão, tratando-se da hipótese de crime inexistente. Em tais casos, além de não haver crime, poderão aqueles responsáveis pela plantação das provas responder por crime de abuso de autoridade.

Previsto pela Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) em seu artigo 2º, inciso II, o chamado flagrante prorrogado é aquele no qual é permitido o retardo na execução da prisão para que possa ser possibilitada uma maior dilação probatória acerca da prática criminosa ou até para que se proceda à localização de demais envolvidos nesta. A definição desta modalidade de flagrante é trazida pela própria lei, nos seguintes termos:

Consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Gize-se que esta modalidade de flagrante apenas poderá ser aplicada em duas situações, quais sejam a ocorrência de crime organizado, visto que é instituto previsto pela lei que regulamenta o procedimento penal ao qual tais organizações criminosas estão sujeitas, e em casos da prática de crimes previstos pela Lei nº 11.343/2006 (Nova Lei de Drogas), de acordo com seu artigo 53, II, que assim preceitua:

II - É possível a não autuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que não se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único: A autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Quanto ao flagrante esperado, esta modalidade consiste no aguardo por parte do sujeito ativo da prisão do momento consumativo do delito, para que assim possa proceder a esta. Entendimento pacífico é o de que, em tais casos, nada há de se falar acerca de crime inexistente ou impossível, uma vez que não há interferência na conduta do agente criminoso. Porém, tal instituto é comumente confundido com o flagrante preparado, uma vez que entre ambos há uma tênue

diferença no que tange exatamente à ocorrência de induzimento ou instigações por parte do sujeito ativo para que a infração penal se consuma, o que será ponderado mais adiante.

4.4 O flagrante nas diferentes espécies de delito

Para efetuar-se a prisão em flagrante de indivíduo surpreendido incorrendo em alguma das hipóteses elencadas pelo rol do artigo 302 do CPP, deve-se ater à natureza do crime praticado e até mesmo à natureza da ação penal que eventualmente será proposta em virtude deste.

A doutrina penal brasileira define o chamado delito permanente como sendo aquele no qual seu momento consumativo prolonga-se através no tempo, podendo ser cessado a qualquer momento pela vontade de seu autor. Exemplo clássico dos crimes permanentes é o delito descrito pelo artigo 148 do Código Penal, sequestro ou cárcere privado, o qual permanece em fase de consumação durante todo o período em que a vítima encontra-se privada de sua liberdade de locomoção.

Segundo ensina o professor Damásio de Jesus (2011, p. 233-234), tal classificação delituosa subdivide-se ainda em outras duas modalidades, sejam elas os delitos necessariamente permanentes e os delitos eventualmente permanentes. Os primeiros são aqueles para os quais a continuidade e a manutenção do momento consumativo são indispensáveis para o enquadramento da conduta no tipo descrito pela lei. Assim ocorre no exemplo citado acima, sendo que, para que o crime de sequestro ou cárcere privado seja configurado, é necessária a protelação da privação da liberdade do indivíduo.

Já os delitos eventualmente permanentes são aqueles para os quais a continuidade da consumação é dispensável e, se esta venha a ocorrer, haverá a responsabilização do autor por apenas uma conduta ilícita, como no delito de exercício abusivo de profissão. Ou seja, nos crimes necessariamente permanentes a protelação do evento danoso através do tempo é elementar do tipo penal, ao passo que nos eventualmente permanentes, esta apenas prolonga a consumação de crime que não a detém neste sentido.

Portanto, ao passo que crime permanente, em suma, é aquele no qual a situação antijurídica e o evento consumativo se prolongam no tempo, tal espécie de delito permite que se efetue a prisão em flagrante enquanto a permanência da conduta criminosa ainda existir. É neste sentido que dispõe o artigo 303 do Código de Processo Penal:

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Crime habitual, ainda de acordo com Damásio (2011, p. 254), “é a reiteração da mesma conduta reprovável, de forma a constituir um estilo ou hábito de vida. Ex.: curandeirismo (art. 284)”. Tais crimes subdividem-se em crimes habituais próprios, sendo aqueles configurados apenas se houver reiteração da conduta típica, e em crimes habituais impróprios, aqueles que não exigem tal reiteração para serem configurados, bastando apenas um mero ato de incitação.

Se o delito habitual é praticado com a intenção de aferição de lucro por parte do autor, denomina-se crime profissional, podendo ser citado como exemplo o crime descrito pelo artigo 230 do diploma penal brasileiro (rufianismo).

Diante da prática de tais crimes, há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento da prisão em flagrante. Para uma posição, não seria possível prender o agente em flagrante delito. Neste sentido, explica o professor Fernando Capez (2012, p. 318):

Em tese, não cabe prisão em flagrante, pois o crime só se aperfeiçoa com a reiteração da conduta, o que não é possível verificar em um ato ou momento isolado. Assim, no instante em que um dos atos componentes da cadeia da habitualidade estiver sendo praticado, não se saberá ao certo se aquele ato era de preparação, execução ou consumação. Daí a impossibilidade do flagrante.

O entendimento acima exposto chama a atenção para a correta verificação da finalidade e da classificação dos atos praticados pelo agente criminoso a título de reiteração da conduta. Segundo o doutrinador, não há como saber se a atuação posterior do sujeito ativo do crime será mero ato de preparação ou se realmente constituirá fator concernente à execução da figura típica.

Orientação diversa é defendida pelo mestre Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 378):

Apesar de tudo, não é incabível prisão em flagrante em ilícitos habituais se for possível, no ato, comprovar-se a habitualidade. Não se negaria a situação de flagrância no caso de prisão de responsável por bordel onde se encontram inúmeros casais para fim libidinoso, de pessoa que exerce ilegalmente a medicina quando se encontra atendendo vários pacientes etc.

Portanto, para a parte da doutrina que entende possível a prisão em flagrante quando da ocorrência de crimes habituais, a única ressalva feita para que se efetue tal prática em conformidade com a lei é a verificação da real habitualidade da conduta do agente. O cuidado com relação a isso também é de suma importância para que se configure motivo pertinente para a prisão.

O crime continuado é especificamente previsto pelo Código Penal de 1940 em seu artigo 71. Eis a redação da lei:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Da leitura do supracitado dispositivo pode-se concluir que o crime continuado é tido por uma ficção jurídica, visto que não há a prática de apenas um delito, mas sim de vários que se comunicam pela similitude das condições de tempo, espaço e *modus operandi* empregadas pelo agente, fazendo com que as infrações posteriores sejam caracterizadas como continuação da primeira ação criminosa. O conceito desta espécie de crime situa-se no título V do diploma penal pátrio, que trata das regras gerais para aplicação da pena, isto porque o artigo 71 em sua parte final determina o procedimento para a fixação da punição a ser imposta sobre quem comete tal tipo de infração, aplicando-se como sanção a pena de um dos crimes praticados se estas forem iguais; nos casos de penas diferentes, aplicar-se-á a mais gravosa com aumento de um sexto a dois terços.

Neste desiderato, sendo o crime continuado composto por várias ações independentes que se tornam continuação umas das outras, permite-se a prisão em flagrante do agente criminoso no momento em que este incide em cada uma delas, isoladamente.

Entende-se por crime exaurido o delito que possui desdobramentos posteriores à sua consumação, porém estes não modificam o enquadramento da conduta no tipo penal descrito, constituindo mero exaurimento. Têm-se como exemplo o crime de concussão, descrito pelo artigo 316 do Código Penal, o qual se consuma no momento em que o agente solicita a vantagem indevida, sendo o efetivo recebimento da propina mero exaurimento da conduta típica.

Na ocorrência de delitos desta natureza, há de se atentar para o momento em que se pode legalmente realizar a prisão em flagrante, uma vez que os atos de exaurimento, conforme discorrido anteriormente, não podem ser tomados como consumação do crime. No caso do exemplo anterior, não há de ser falar em flagrante no momento em que o agente recebe a vantagem solicitada, pois isto caracteriza mera exauriência do delito, nada interferindo em sua consumação. A prisão em flagrante apenas poderá ser legalmente efetuada no momento em que este solicita o pagamento indevido, por ser este o ato consumativo do delito. Parte da doutrina ainda entende que o flagrante seria possível ainda na hipótese de ter se passado um pequeno espaço de tempo entre a solicitação e o pagamento.

4.5 O flagrante nas diferentes naturezas de ações penais

Para efetuar-se legalmente a prisão em flagrante também devem ser observadas pequenas disposições referentes à natureza da ação penal originada pelo delito praticado, frente ao fato de que o artigo 301 nada distingue acerca da prática de crimes de ação pública incondicionada ou condicionada e crimes de ação penal privada.

No caso dos crimes de ação penal pública condicionada a representação, a prisão em flagrante apenas poderá ser efetuada mediante autorização expressa da vítima, já que é conferido a esta o direito de optar pela propositura ou não da ação penal cabível. Segundo Damásio de Jesus (2011, p. 708), “a representação é a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal no sentido de movimentar-se o *jus persecuendi in juditio*.” Portanto, uma vez que a representação nos crimes de ação penal pública

condicionada constitui verdadeira condição de procedibilidade para o devido andamento desta, pode ser entendido o mesmo com relação à prisão em flagrante.

Neste sentido leciona o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 499):

Sendo flagrante delito uma *notitia criminis* de natureza coercitiva, e se nesses casos a *notitia criminis* só pode ser dada pelo ofendido ou seu representante legal, não se concebe possam as Autoridades Policias, ou seus agentes, ou qualquer do povo, efetuar a prisão em flagrante. O mais que a polícia poderá fazer é evitar a continuação do fato delituoso ou mesmo o escândalo dele resultante. Se, entretanto, o titular do direito de representação – ofendido ou seu representante legal – solicitar a prisão, esta deverá ser efetuada.

Similar situação ocorre nos casos de crime de ação pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça, nos quais a persecução penal apenas se iniciará mediante tal requisição pelo mesmo raciocínio; sendo dado ao Ministro o direito de ponderar acerca da conveniência ou não da propositura de ação penal, a prisão em flagrante apenas se procederá mediante a requisição do mesmo.

Já nos casos em que há prática de crimes de ação penal privada, ou seja, aquela que se inicia mediante a queixa-crime oferecida pelo ofendido ou por seu representante legal, a execução da prisão em flagrante caberá apenas nos casos em que houver solicitação da vítima, uma vez que este é o titular da ação penal. Conforme preceitua o artigo 5º, § 4º, do Código de Processo Penal, “nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”, conclui-se que a prisão em flagrante, por ser uma das formas pelas quais se instaura inquérito policial elencadas pela lei, não poderá ser efetivada sem a manifestação da vontade do ofendido.

Anote-se que, para todas as espécies de ação ora citadas, deverá o titular do direito de representação ou queixa expressar sua autorização para que se efetue o flagrante dentro do prazo máximo de vinte e quatro horas, quando deverá ser entregue a nota de culpa ao acusado de acordo com as disposições legais contidas no artigo 306 do CPP.

É possível também a prisão em flagrante no caso de incorrer o agente na prática de infração penal de menor potencial ofensivo e contravenção penal, não obstante a lei utilize a expressão “flagrante delito”. Com relação ao procedimento

adotado para tanto, ensina o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 501):

Hoje, normalmente, quando alguém é surpreendido cometendo uma contravenção, ou crime cuja pena máxima não supere dois anos, sujeito ou não a procedimento especial, é levado obviamente à Delegacia de Polícia. Não se lavrará, entretanto, auto de prisão em flagrante, mas sim um termo circunstanciado, encaminhando-se, em seguida, o autor do fato ao Juizado Especial Criminal. Ainda que não seja encaminhado incontinenti, se ele assumir o compromisso de comparecer ao Juizado, também não se lavrará o auto, nos termos do parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099/95.

Dessa forma, segundo a explicação do doutrinador, sendo alguém surpreendido em flagrante pela prática de crime cuja pena máxima não exceda ao *quantum* de dois anos ou pela prática de qualquer contravenção penal, deverá ser encaminhado à Delegacia de Polícia junto à autoridade de Polícia Judiciária competente para que seja lavrado o chamado termo circunstanciado, que substitui o auto de prisão em flagrante no procedimento penal referente às infrações de menor potencial ofensivo, sendo consecutivamente encaminhado ao Juizado Especial Criminal e, caso esta pronta condução não seja possível, deverá o agente criminoso prestar o compromisso de comparecimento perante a referida jurisdição competente.

Entretanto, algumas ressalvas devem ser feitas dentro deste tópico, uma vez que há determinadas situações específicas que autorizam a lavratura do auto de prisão em flagrante mesmo na ocorrência de contravenções e infrações de menor potencial ofensivo. A primeira delas diz respeito aos crimes de trânsito quando praticados nas condições elencadas pelo artigo 291, § 1º, incisos I, II e III do Código de Trânsito Brasileiro, de acordo com seguinte disposição:

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n.9.099, de 25 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine a dependência;

II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou de demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

Ainda com relação aos crimes de trânsito, dispõe o artigo 301 do referido diploma legal que, nos casos em que resultar vítima e a esta for prestado o

devido socorro por parte do agente causador da infração, não se procederá à prisão em flagrante. *Contrario sensu*, se o motorista não socorrer a vítima, esta poderá ser efetuada.

Há também exceção concernente ao crime previsto pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas). Nos casos em que o sujeito é flagrado portando drogas para consumo pessoal, não será autorizado o flagrante, conforme disposto pelo artigo 48, § 2º, da referida lei:

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se o termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

A última e mais recente exceção à regra da proibição da prisão em flagrante quando da prática de contravenções penais e de crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos é estabelecida pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 19, de 9 de fevereiro de 2012, que desta forma preceitua: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995”.

5 Estudo da nova Lei de Drogas – Lei 11.343/2006

5.1 Antecedentes históricos

A Lei 11.343, em vigor desde 23 de agosto de 2006, é atualmente o dispositivo legal responsável pelos ditames do tratamento penal dado àqueles que usam, produzem sem autorização e promovem o tráfico ilícito de drogas, bem como pela prescrição de medidas para prevenção do uso indevido destas substâncias. Porém, há muito no país já se regulamentam questões atinentes aos crimes envolvendo entorpecentes. A primeira legislação a tratar sobre o tema de que se tem conhecimento são as Ordenações Filipinas, editadas durante o período colonial, mais precisamente no ano de 1603. Em linhas gerais e muito menos específicas do que o disposto atualmente pela lei, o referido diploma dispunha da seguinte maneira em seu título LXXXIX:

Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso.

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamoneá, nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, ametade para nossa Câmara, e a outra para quem o accusar, e seja degradado para África até nossa mercê.

E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticários.

1. E os Boticários as não vendão, nem despendão, se não com os Officiaes, que por razão de seus Officios as hão mister, sendo porem Officiaes conhecidos per elles, e taes, de que se presume que as não darão á outras pessoas.

E os ditos Officiaes as não darão, nem venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano for.

2. E os Boticários poderão metter em sua mezinhas os ditos materiaes, segundo pelos Médicos, Cirurgiões, e Escriptores for mandada.

E fazendo o contrario, ou vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, pola primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir.

E pola segunda haverão mais qualquer pena, que houvermos por bem.

O termo “rosalgar” empregado pelo texto legal era o nome vulgar dado à época a uma substância conhecida como trióxido de arsênio, um importante complexo óxido comumente utilizado na produção de pesticidas e venenos. Vê-se

que a lei vedava a qualquer pessoa possuir tal substância em depósito, salvo aos “boticários”, ou seja, aos farmacêuticos que gozavam de autorização legal para ministrar tais elementos. Apesar da prerrogativa de poderem utilizar-se destes, aos boticários era proibida sua venda àqueles que não detinham autorização para portá-los e manuseá-los em decorrência de seus ofícios, sendo penalizados caso os fornecessem nestas circunstâncias.

Tratamento rigoroso era dado ao indivíduo que, não gozando de autorização para estar na posse de substâncias tóxicas, as mantinha em depósito com a finalidade de venda a terceiros. Nestas circunstâncias, a pena imposta seria a perda de todo o seu patrimônio (chamado “fazenda” pelo texto das Ordenações), sendo que metade deste ficaria de posse do Governo e a outra parte àquele responsável por denunciar o crime, além de ser exilado à África até ulterior deliberação sobre o fato.

Posteriormente, no ano de 1830, foi editado o Código Criminal do Império no Brasil, que tratou indiretamente sobre o tema, uma vez que em seu corpo nada dispunha acerca das substâncias tóxicas, porém deu lugar à promulgação do Regulamento de 29 de setembro de 1851, que trazia os ditames que seriam utilizados pela recém-instituída polícia sanitária no país e regulamentava a venda de medicamentos.

No período abrangido entre a entrada em vigor do Código Penal de 1890 e o de 1940, vários foram os Decretos Legislativos que se encarregaram do estabelecimento de uma regulamentação e repressão dos entorpecentes, vez que o uso de substâncias tóxicas cada vez mais ganhava força entre os brasileiros, inspirados pelas ondas toxicomaníacas que tomaram conta de outros países pelo mundo.

No ano de 1940 foi promulgado o último Código Penal Brasileiro, em vigor até os dias de hoje, que dispunha acerca do tratamento penal dado aos tóxicos em seu artigo 281:

Art. 281. Importar ou exportar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior Salário-mínimo vigente no País.”

Posteriormente, referido artigo sofreria alterações advindas da edição de diversas leis e decretos legislativos. Foram acrescentadas ao tipo penal as condutas referentes ao plantio e cultivo de qualquer substância entorpecente, a posse de drogas para o uso próprio, a prescrição de dose maior do que a necessária por parte de médicos ou dentistas, a instigação ao uso de drogas, a contribuição na difusão do uso de substâncias entorpecentes, entre outras, determinando que ao agente que incorresse em qualquer uma dessas ações seria imposta a mesma pena estabelecida no *caput*.

A primeira lei especial a tratar sobre o tema foi a Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, representando até o momento a mais eficaz iniciativa legal no combate aos tóxicos. Foi posteriormente substituída pela Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, exceto com relação ao procedimento referente aos estrangeiros autores do crime de tráfico de entorpecentes, aos quais era determinada a expulsão, à qual se procederia pelo rito sumário.

A Constituição Federal de 1988 também faz menção a questões atinentes ao crime de tráfico de entorpecentes em seu artigo 5º, incisos XLIII e LI, definindo-o como inafiançável e insuscetível de anistia ou graça e elencando-o como uma das hipóteses que permitem a extradição de brasileiros naturalizados.

Mais recentemente, no ano de 2002, foi editada a Lei 10.409, com a finalidade de substituir a legislação em vigor, porém deixando a desejar em diversos aspectos, tendo inclusive todo o seu capítulo III vetado pela péssima definição dada aos crimes envolvendo substâncias tóxicas e às penas cominadas a estes, o que resultou na continuidade da vigência da lei anterior no que não fosse compatível ao novo diploma. Por fim, em 23 de agosto de 2006, foi promulgada a Lei 11.343, que atualmente regulamenta o tratamento dado aos tóxicos no Brasil, sendo, por sua vez, alvo de inúmeras críticas, por exemplo, quanto à questão da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio e do tratamento benevolente dado aos traficantes de substâncias tóxicas no Brasil.

5.2 Disposições preliminares da Lei de Drogas

5.2.1 Criação do SISNAD

O artigo 1º da Lei 11.343/2006 elenca de forma geral as finalidades e objetivos do referido diploma legal. Eis o texto do *caput*:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Inicialmente, a Lei incumbiu-se da instituição e criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o Sisnad, sucessor do antigo Sistema Nacional Antidrogas. Suas finalidades são desta forma descritas pela redação legal:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

- I – a prevenção do uso indevido, a atenção a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
- II – a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de entorpecentes.

Em suma, referida instituição é responsável pela concretização dos objetivos da nova Lei antidrogas, quais sejam a ressocialização do dependente químico e o combate à produção indevida e ao tráfico ilícito de drogas. As finalidades atribuídas ao órgão são nada menos do que a efetiva caracterização do espírito da nova política de combate à dependência química adotada pelo Brasil, fundada na conscientização e recuperação de usuários e na repressão do tráfico.

A atuação deste Sistema tem seus princípios elencados pelo rol do artigo 4º da Lei 11.343/2006 e seus objetivos listados pelo artigo 5º da mesma.

5.2.2 Análise do termo “drogas”

O texto da nova lei traz em seu artigo 1º, § 1º, a definição jurídica de drogas:

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim

especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

O legislador, em observância aos parâmetros adotados pela Organização Mundial de Saúde, que passou não mais utilizar os termos “entorpecentes”, “toxicomania” e “hábito” para se referir às substâncias definidas como drogas, emprega à redação do dispositivo a expressão “produtos capazes de causar dependência”. Vejamos algumas considerações acerca dos termos anteriormente utilizados.

Os entorpecentes são brilhantemente definidos pelo professor Di Mattei (apud Italo Grasso Biondi, apud Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi, 2009, p. 11):

Venenos que agem eletivamente sobre o córtex cerebral, suscetíveis de promover agradável ebriedade, de serem ingeridos em doses crescentes sem determinar envenenamento agudo ou morte, mas capazes de gerar estado de necessidade tóxica, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas profundas e progressivas.

Como dissertado, tais substâncias possuem o condão de causar enormes distúrbios a quem as ingere em razão da abstinência provocada pela falta de seu uso, sendo responsáveis, ainda, por alterações psiquiátricas profundas e por originarem uma verdadeira dependência tóxica a quem delas faz uso.

A toxicomania, conforme preceituam Vicente Grecco Filho e João Daniel Racci (2009, p. 10-11), de acordo com o entendimento da Organização Mundial da Saúde, “é um estado de intoxicação periódico ou crônico, nocivo ao indivíduo e à sociedade, pelo consumo repetido de uma droga natural ou sintética”. Tal fenômeno, segundo a OMS, detecta-se pela presença de quatro características: a) uma verdadeira compulsividade de consumo da substância, procurando-se consegui-la através de todas as maneiras possíveis; b) tendência a um constante aumento das doses do produto utilizadas; c) o desenvolvimento de efetiva dependência física e/ou psíquica da substância; d) a geração de alterações significativas em diferentes esferas da vida cotidiana do indivíduo usuário de produtos tóxicos.

Considera-se que as drogas capazes de gerar a toxicomania são aquelas que possuem um alto grau de periculosidade que incide sobre o sistema

nervoso central do indivíduo que delas faz uso, causando sérias perturbações em sua saúde física e mental, com potencial para a produção e o oferecimento de risco de dano à sociedade.

Porém, como dito, a nova terminologia utilizada pela lei passa a ser “droga”, definida desta maneira por Márcia Silva Có Freitas (1990, apud Damásio de Jesus, 2009, p. 5):

Qualquer substância natural ou sintética que, ao entrar em contato com um organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções; é uma substância química que tem ação biológica sobre as estruturas celulares do organismo, com fins terapêuticos ou não.

As principais drogas responsáveis por alterações psíquicas em seus usuários são os chamados psicotrópicos. Estes compostos agem diretamente sobre o sistema nervoso central do indivíduo, fazendo com que sejam originados efeitos de diferentes ordens.

As drogas psicotrópicas subdividem-se em três grupos de acordo com as consequências causadas por estas no organismo de quem as utiliza. O primeiro grande grupo são as substâncias chamadas psicoanalépticas, definidas da seguinte forma por Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 16):

São os provedores dos estados de alerta e prontidão e os antidepressivos. Sua ação é oposta à dos barbitúricos, eliminando a fadiga e o sono. Seus efeitos são semelhantes aos da cocaína, mas até 1950 eram considerados como não-criadores de hábito, dependência e sintomas de supressão. Eram vendidos livremente até 1954, tanto no Brasil como no exterior, inclusive e envelopes simples, de 1 ou 2 comprimidos, o que facilitava o consumo. Por isso, os estudantes os consumiam largamente em vésperas de provas.

Desta forma, pode-se concluir que o primeiro grupo de psicoanalépticos, responsáveis pelo estado de inquietação gerado no organismo, são altamente populares entre os estudantes, justamente pelo fato de levarem o usuário a um elevado índice de concentração e alerta, facilitando atividades como o estudo e o trabalho. Hoje em dia, ainda são muito utilizados nestas circunstâncias, mesmo com a proibição de sua venda sem prescrição médica. Um exemplo bem conhecido de tais drogas é a ritalina, medicamento bastante usado para o tratamento de transtornos de déficit de atenção e hiperatividade.

Ainda segundo Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 16), também existem as substâncias psicoanalépticas antidepressivas que possuem o condão de alterar a disposição psíquica do usuário. Estes podem ser de dois tipos: os inibidores da produção de Monoamina Oxidase (enzima presente no organismo dos seres humanos e animais e que, se encontrada em níveis exacerbados ou reduzidos, é capaz de causar diversas alterações psíquicas), e os chamados derivados tricíclicos, de ação lenta e efeito bastante duradouro.

Outra derivação dos psicotrópicos são as substâncias psicolépticas. Tais compostos possuem ação tranquilizante e são capazes de, com o passar do tempo, originarem uma desorganização do sistema nervoso do usuário, sendo extremamente tênue a linha entre a prescrição em doses seguras e doses capazes de causar a intoxicação e dependência.

Por fim, existem as chamadas substâncias psicodislépticas, popularmente conhecidas como alucinógenas, drogas despersonalizantes causadoras de alucinações. São exemplos conhecidos desta classe de compostos a maconha e o ácido lisérgico (LSD).

5.2.3 Norma penal em branco

Em análise ao artigo 1º, § 1º, da Lei 11.343/2006, pode-se observar que o legislador condicionou a especificação de determinadas substâncias como drogas a listagens e relações editadas pelo Executivo, tratando-se, portanto, de um claro caso de norma penal em branco.

Este tipo de norma é conceituada pela doutrina como aquela que necessita da edição de outro complemento normativo que suplete as suas determinações. Conforme ensina Damásio de Jesus (2012, p. 63), “normais penais em branco são disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo”. Assim, tem-se que, o legislador, ao conceber dentro do ordenamento jurídico um dispositivo com caráter normativo penal em branco, apesar de determinar com clareza a tutela estabelecida através deste, o objeto integrante desta tutela permanece indeterminado até a sua complementação por portarias administrativas, leis especiais etc. Ainda segundo o professor, norma penal

em branco é gênero subdividido em duas espécies, quais sejam as normas penais em branco em sentido lato e as normais penais em branco em sentido estrito.

No caso em questão, relativamente aos crimes definidos pela Lei de Drogas, manifesta-se Damásio de Jesus (2012, p. 65) acerca da espécie normativa empregada pelo legislador:

O art. 33 da Lei n. 11.343, de 23-8-2006, define o crime de importar ou exportar, preparar, produzir etc. “drogas”, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nos termos do art. 66 da referida lei, “Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998”. Como se vê, o complemento pode ser expedido por órgão do Ministério da Saúde.

Dessa forma, no caso da Lei 11.343/2006, verifica-se a existência de uma norma penal em branco em sentido estrito, que, segundo Damásio de Jesus (2012, p. 64) “são aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa. As fontes formais são heterogêneas, havendo diversificação quanto ao órgão de elaboração legislativa”. Portanto, a tipificação penal da conduta daquele que incide nos crimes de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas será complementada por uma portaria administrativa elaborada pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), arrolando todas as substâncias consideradas drogas no território nacional. Não obstante o trecho acima transcrito faça referência apenas ao artigo 33 da Lei de Drogas, evidente que a explicação também pode ser utilizada com relação ao delito normatizado pelo artigo 28, tendo em vista que o objeto material de ambas as infrações é o mesmo, qual seja o produto apreendido em posse do agente, que dependerá de sua inclusão ou não na listagem administrativa para que realmente seja consignado como droga e esteja consumado o tipo penal.

Sobre o tema, preceitua o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 22):

(...) Mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder Executivo da União (...), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das ações previstas nos arts. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinada ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco ou norma penal e branco, que exige um complemento normativo. Não existindo esse

complemento, a figura típica não se completa (ou seja: não há que se falar em tipicidade penal).

Em suma, o entendimento acima diz estar desclassificada como conduta típica a prática de qualquer das ações elencadas nos artigos 33 a 39 da Lei 11.343/2006 quando tenha por objeto substância que, mesmo capaz de originar dependência química daquele que a usa, não esteja listada oficialmente pelo Poder Executivo da União.

Parte da doutrina acredita ter o legislador adotado a opção menos viável ao instituir desta forma uma norma em branco, conforme expõem Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 13):

Consigne-se que optou, porém, a nosso ver, pela solução pior, que desatende aos interesses sociais, apesar do respeito que merece a opinião contrária. Isso porque, se droga nova, não relacionada pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, for difundida no Brasil, a despeito das piores e mais funestas consequências que possa gerar para a saúde pública, causando dependência física ou psíquica, não sofrerá repressão penal em virtude de sistemática mantida pelo parágrafo único do art. 1º da lei.

Referido entendimento contraria o estabelecimento de norma penal em branco a ser complementada por listagem oficial pautando-se na hipótese de o agente criminoso tomar por objeto do tráfico ilícito substância nova e sobre a qual ainda não foram difundidas as devidas informações quanto à sua periculosidade no país. Aplicando-se o sistema adotado pelo legislador na Nova Lei de Drogas, tal conduta não seria caracterizada como crime, uma vez que a nova droga, até o momento da prática, não consta da listagem publicada pela União. Neste sentido, Pierpaolo Bottini (2005, apud Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi, 2009, p. 13):

Há quem sustente que a análise normativa objetiva do crime de droga deva ser feita pelos critérios objetivos da teoria da imputação objetiva, e não complementadas pela portaria respectiva (ANVISA), como foi a opção do legislador no art. 1º da Lei. Seguindo esse entendimento, a determinação da periculosidade abstrata da conduta relativa ao tráfico ilícito passa a depender de critérios valorativos, ou seja, se criou ou não risco potencial de perigo ou de resultado. Tal investigação se faz de maneira objetiva, sem considerações sobre a intenção do agente.

A crítica que se faz ao sistema parte da premissa de que se devem analisar os crimes de drogas partindo-se da ponderação de critérios objetivos para a imputação, ou seja, dever-se-ia analisar se, independentemente de a substância encontrada em poder do autor estar ou não listada como droga, a conduta do agente seria capaz de criar um risco ou perigo de resultado. Desta forma, até mesmo o tráfico de novas drogas ainda não conhecidas ou relacionadas como tal no Brasil seria passível de incriminação penal, tendo em vista a periculosidade da ação intentada pelo autor do fato.

Questão interessante a ser explanada envolvendo justamente a complementação da norma penal através da edição de portarias ocorreu quando da exclusão do cloreto de etila, componente essencial do popularmente conhecido “lança-perfume”, da listagem administrativa editada pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, responsável, entre outras atribuições, pela confecção da portaria que lista as substâncias definidas como drogas no país).

Referido fato trouxe consequências no âmbito criminal no sentido de não mais constituir conduta criminosa o tráfico desta substância, uma vez que não mais era classificada como droga. Porém a maior dúvida pairava acerca de outra problemática: a exclusão passageira do cloreto de etila da listagem emitida pelo Poder Público ensejaria *abolitio criminis*, englobando-se também neste entendimento todos os delitos praticados quando da constância da substância na portaria?

Neste cenário, houve o surgimento de diversos entendimentos acerca da retroatividade da não tipificação da conduta. O Superior Tribunal de Justiça passou a uniformizar em diversos julgamentos o entendimento de que não haveria *abolitio criminis* por se tratar de ato rapidamente cassado pela Diretoria da ANVISA e tido como nulo em razão de não ter sido contemplado pelo entendimento do colegiado correspondente ao órgão, sendo decisão tomada unicamente pelo Diretor-Presidente da Agência. Neste sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior:

PENAL. CLORETO DE ETILA (LANÇA-PERFUME). ABOLITIO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA.

1 - Não há *abolitio criminis* pelo fato da Resolução nº 104/2000 do Diretor-Presidente da ANVISA, ter retirado da lista de substâncias proscritas, o cloreto de etila (lança-perfume), dado que, pouco depois, foi o ato cassado pela Diretoria colegiada daquele órgão, ante a sua nulidade de pleno direito.

Precedentes desta Corte. 2 - Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp 474508 SP 2002/0128980-7, 6ª Turma, Relator Min. Fernando Gonçalves, julgamento em 06/02/2003, DJ de 24/02/2003, p. 333)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CLORETO DE ETILA. RESOLUÇÃO RDC 104. ABOLITIO CRIMINIS. ATO MANIFESTAMENTE INVÁLIDO.

Inocorrente a abolitio criminis em face da exclusão, pela Resolução RDC 104, de 06/12/2000 (DOU 07/12/2000), tomada pelo Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, ad referendum da Diretoria Colegiada, do cloreto de etila da Lista F2 Lista de Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil e o incluiu na Lista D2 Lista de Insumos Químicos Utilizados como Precursores para a Fabricação e Síntese de Entorpecentes e/ou Psicotrópicos. Resolução que foi republicada, desta feita com a decisão da Diretoria Colegiada da ANVISA incluindo o cloreto de etila na Lista B1 Lista de Substâncias Psicotrópicas. Prática de ato regulamentar manifestamente inválido pelo Diretor-Presidente da ANVISA, tendo em vista clara e juridicamente indiscutível a não caracterização da urgência a autorizar o Diretor-Presidente a baixar, isoladamente, uma resolução em nome da Diretoria Colegiada (Precedente). Ordem denegada. (STJ, HC 21004 MG 2002/0021693-2, 5ª Turma, Relator Min. Félix Fischer, julgamento em 21/05/2002, DJ de 10/06/2002 p. 238, RSTJ vol. 161 p. 428

Em contrapartida, entendimento diverso se configurou no sentido de que haveria a ocorrência de *abolitio criminis* ante a retirada do cloreto de etila do rol de substâncias definidas como droga, reconhecendo-se ainda que a publicação de nova listagem, por ser considerada, neste viés, lei nova e mais prejudicial ao réu, estaria impossibilitada de retroagir para abarcar os crimes praticados no período em que a droga encontrava-se fora desta. Neste sentir, manifestou-se o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em julgamento de embargos infringentes:

CLORETO DE ETILA. ABOLITIO CRIMINIS. EXTINCAO DA PUNIBILIDADE. REPRISTINACAO. O EMBARGANTE FOI CONDENADO COMO INCURSO NAS SANCOES DO ARTIGO 12 DA LEI 6368/76 POR TENTAR VENDER LANCA-PERFUME DE FABRICACAO ARGENTINA, MARCA UNIVERSITARIO E LA USADO COMO AROMATIZADOR DE AMBIENTES. O FATO OCORREU NESTA CAPITAL, EM 03.3.84. ABSTRAIDAS AS TESES DOS PRESENTES EMBARGOS, VERIFICA-SE QUE NA PORTARIA N-03, DE 31 DE MAIO DE 1984 E SEU ANEXO I, EXPEDIDA PELA DIVISAO NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA DE MEDICAMENTOS - DIMED E PUBLICADA NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DE 08.06.84, NAO FOI INCLUIDO O CLORETO DE ETILA. POR OUTRO LADO, A PORTARIA N-20, DE 6.9.77, DE MESMO ORGAO, QUE CONTINHA A MENCIONADA SUBSTANCIA DESDE 27.01.83, DATA DA PUBLICACAO DA PORTARIA N-01, DE 21.01.83, FOI EXPRESSAMENTE REVOGADA PELO ITEM 10.7, DA PORTARIA N-2, DE 30.03.1984.

VERIFICA-SE, NESSAS CONDIÇÕES, QUE A PARTIR DE 08.06. 84, DEIXOU DE CONSTITUIR INFRAÇÃO A LEI 6368/76 O ENVOLVIMENTO COM CLORETO DE ETILA (LANÇA-PERFUMES), NOS TERMOS DOS ARTIGOS 36 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 6368/76 E 2 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 6368/76 E 2 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO E 108,III, DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO, PORTANTO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 61 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PARA EVITAR QUE ESTA DECISÃO POSSA COOPERAR PARA A AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA DE ILICITUDE, CONSIGNA-SE QUE O CLORETO DE ETILA ESTA, NOVAMENTE, PROIBIDO, NOS TERMOS DO ANEXO III DA PORTARIA N-02, DE 08.03.85, DA DIMED, PUBLICADA NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DE 13. 03.85. TAL REPRISTINAÇÃO, ENTRETANTO, POR INCRIMINADORA, NÃO TEM EFEITO RETROATIVO, APLICANDO-SE EXCLUSIVAMENTE OS FATOS POSTERIORES A 13.03.85. (TJRS, EI 684019425 RS, Câmaras Criminais Reunidas, Relator Des. Gilberto Niederauer Corrêa, julgamento em 26.04.1985, Diário da Justiça do dia)

Neste desiderato, permite-se concluir que a opção pela criação de uma norma penal em branco adotada pelo legislador deu vazão ao aparecimento desta problemática envolvendo o cloreto de etila que, por erroneamente ter sido retirado da resolução publicada pela ANVISA, ensejou divergências doutrinárias com relação ao enquadramento ou não da conduta como crime e até mesmo da existência de *abolitio criminis* e da possibilidade de esta poder retroagir alcançando todos aqueles delitos envolvendo tal substância já praticados, gerando clara insegurança jurídica.

Feitas tais considerações acerca das disposições gerais e preliminares da Lei 11.343/2006, passemos à análise dos crimes e penas previstos por esta, mais especificamente dos delitos tipificados pelos artigos 28 e 33 do diploma legal, quais sejam o porte de drogas para uso pessoal e o tráfico.

6 Do porte de drogas para consumo pessoal – Artigo 28 da Lei 11.343/2006

O porte de substâncias definidas como drogas com a finalidade de uso próprio foi tipificado pelo legislador no artigo 28 da Lei 11.343/2006. Eis o texto legal:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

Inicialmente, pode-se verificar que, ao cominar a pena imposta a quem incorre nas condutas previstas pelo dispositivo supramencionado, a lei portou-se de

forma extremamente benevolente, estabelecendo como sanção àquele que pratica esse tipo de delito as modalidades de advertência verbal sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e imposição de medidas de cunho educacional visando o comparecimento a programas e cursos educativos sobre o tema.

Com a edição da lei, a interpretação da doutrina acerca desta opção legislativa cingiu-se, defendendo alguns ter ocorrido a descriminalização do crime de porte de drogas para consumo pessoal. Nesse sentido, vejamos o entendimento do ilustre professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 118):

A conduta descrita neste art. 28, antes, achava-se contemplada no art. 16 da Lei 6.368/76, que dizia: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine 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”.

O fato que acaba de ser descrito era considerado “crime” (em razão da cominação da pena de detenção). De qualquer maneira, praticamente ninguém era preso por esse delito, porque a ele incidia a lei dos Juizados Criminais. No novo texto legal (art. 28) já não se comina a pena de prisão. Logo, como vimos nos comentários do art. 27, o fato deixou de ser criminoso (em sentido estrito). Houve descriminalização “penal” (*abolitio criminis*), porém, sem a concomitante legalização. O art. 16 foi descriminalizado, mas a posse da droga não foi legalizada.”

Vê-se que o entendimento de parte da doutrina, aqui representada por Luiz Flávio Gomes, sustenta a desclassificação da conduta prevista pelo artigo 28 como crime, considerando a natureza da pena agora imposta a quem incorre em tal conduta.

Na exposição de motivos do Código Penal de 1940, o legislador estabelece a definição de crime como sendo “a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”; no mesmo viés, estabelece ainda a definição de contravenção penal que, por sua vez, está em concordância com o disposto pela Lei das Contravenções Penais, como sendo “a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Dessa forma, tendo em vista que o legislador, ao conceituar as infrações penais baseou-se nas penas impostas a cada uma delas, conclui-se o

crime previsto pelo artigo 28 não se enquadra em nenhuma das definições acima expostas em razão das penas cominadas a este, razão pela qual a lei faz surgir um chamado ilícito *sui generis*.

Por outro lado, uma parte da doutrina continua a considerar a referida infração como conduta incriminada. É o caso dos professores Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 44):

Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em ser art. 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. Desde que a pena não seja infamante, cruel ou perpétua, pode ser criada por lei e ter compatibilidade constitucional, causando estranheza interpretação que alei não possa atribuir à conduta criminosa penas que não sejam a reclusão, a detenção a prisão simples ou a multa, e que a natureza da infração, crime ou contravenção, seja ditada por lei ordinária (no caso decreto-lei com força de lei ordinária, como faz o Código Penal) e que lei mais recente não possa alterar.

A tese defendida acima se funda na premissa de que as leis devem adequar-se aos novos ditames estabelecidos pela Constituição Federal brasileira no sentido de que esta, no rol de direitos e garantias fundamentais de seu artigo 5º, contempla várias outras espécies de pena que não as de prisão ou pecuniária. Portanto, a nova Lei de Drogas, ao cominar como pena as hipóteses elencadas no artigo 28, apenas amoldou-se às prerrogativas constitucionais, “criando”, de certa forma, um novo tipo de pena que deve ser completamente aceito, tendo em vista não ferir as garantias da não imposição de penas perpétuas ou desumanas.

O porte de drogas para consumo pessoal possui natureza jurídica de crime de perigo, ou seja, a razão de incriminar a conduta daquele que traz consigo substância definida como droga, ainda que em ínfima quantidade e com a finalidade de consumo pessoal, é o perigo oferecido à saúde pública quando praticado, sendo esta, portanto, o bem jurídico tutelado pela criação deste tipo penal.

O sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa, observando-se o tratamento penal dado a cada um dependendo de suas características. Por exemplo, se o autor da infração for sujeito menor de dezoito anos, deve-se atentar para a aplicação das medidas socioeducativas elencadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Com relação ao sujeito passivo, entende-se que o crime é praticado contra a coletividade. O elemento subjetivo é o dolo, vontade livre e consciente de

incidir na prática da infração, uma vez que a lei não tipifica a modalidade culposa do delito.

Insta salientar ainda que a lei estabeleceu elementos normativos constitutivos do tipo penal em questão, devendo estar o agente portando a droga “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, circunstâncias estas sem as quais não há o enquadramento do autor como sujeito ativo do crime. A observância das referidas elementares é importante para que não seja incriminada, por exemplo, a conduta de médicos e dentistas, indivíduos que possuem autorização para manter em depósito ou fornecer substâncias arroladas como drogas a terceiros por meio de prescrição, devendo, no entanto, sempre serem observadas as dosagens ideais indicadas de cada medicamento. Sobre isto, brilhantemente explica o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 124):

Se a conduta praticada é autorizada ou está em consonância com uma determinação legal ou regulamentar, não pode ser desaprovada (ou seja: não é típica). Muitas pessoas estão autorizadas a trazer consigo, guardar, adquirir, transportar ou ter em depósito algumas drogas: dentistas, médicos, hospitais etc. Nesse caso, havendo uma norma que permite realizar a conduta, o que está permitido por uma norma não pode estar proibido por outra (essa é a lógica da tipicidade conglobante de Zaffaroni, que coincide tanto com a lógica da tipicidade material que nós sustentamos como com a lógica da imputação objetiva de Roxin). A base do juízo de desaprovação da conduta é a seguinte: só responde por uma infração quem cria ou incrementa riscos proibidos relevantes. Ou seja: quem cria ou incrementa riscos permitidos (autorizados por uma norma), não responde por nada. Porque se trata de uma conduta atípica.

Pela lógica apontada acima, pode-se extrair a ideia de que as condutas daqueles que mediante autorização possuem a droga e promovem sua utilização para fins lícitos e regulamentados são totalmente atípicas, isto porque essas pessoas estão expressamente autorizadas a agir de tal forma por determinação legal, sendo contraditório que lei editada posteriormente no sentido de incriminar o porte de drogas incida sobre tais ações para torna-las ilícitos penais.

As condutas sancionadas pela Lei são cinco: Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.

Pela conduta “adquirir” entende-se a propriedade da droga por parte do agente gerada pelo fenômeno da tradição, pouco importando se onerosa (compra e venda, troca, v.g.) ou gratuita (doação), bastando que o sujeito passe a ser proprietário da substância.

O verbo “guardar” representa a ação do sujeito que mantém clandestinamente a droga sob sua vigilância, ocultando tal fato do conhecimento público.

“Ter em depósito” significa promover a conservação da droga sob iminente disponibilidade e controle, mantendo-se uma espécie de estoque da substância, podendo a conduta ser ou não dotada de clandestinidade.

“Transportar” exprime a noção de promover o deslocamento da substância de um lugar para o outro.

Por fim, a expressão “trazer consigo” retrata a principal conduta do tipo penal, sendo efetivamente a posse da droga detida pelo agente, que transporta ou mantém a substância junto a si, sendo proporcionado um fácil acesso a esta.

O objeto material da infração tratada são as drogas que, por sua vez, são definidas pelo artigo 1º da Lei de Drogas, como anteriormente visto. Aqui atenção deve ser dada à questão da norma penal em branco instituída pelo legislador, através da qual se conclui que a definição das substâncias determinadas como drogas far-se-á mediante listagem oficial confeccionada pelo Poder Executivo da União.

O crime de porte de drogas para consumo pessoal consuma-se com a incidência do sujeito ativo em uma das cinco condutas acima descritas, isso porque se trata de um crime de mero perigo, não havendo assim a necessidade da consumação do dano em efetivo, pois apenas a mera ação do agente que detém a droga já oferece perigo à saúde pública.

Quanto à possibilidade de se configurar o delito na forma tentada, parte da doutrina entende ser possível no que tange à modalidade “adquirir” a droga, tendo em vista a ocorrência de hipóteses em que, por exemplo, o agente é surpreendido logo após solicitar a compra da substância e pouco antes de recebê-la. Sobre a tentativa, preceitua o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 122):

Do ponto de vista fático é possível. Por exemplo: tentar adquirir droga para consumo pessoal. Mas para essa conduta nenhuma sanção foi contemplada expressamente na nova Lei. É impunível, portanto (não sendo possível aplicar o art. 14, parágrafo único, do CP, por analogia). O tipo já não exige nenhum resultado. Não exige nenhum perigo concreto para um ser humano. Contenta-se (para a consumação) com a mera realização da conduta, que então é um “perigo de um perigo concreto”. Esse é o patamar mínimo para a punibilidade da posse da droga para consumo pessoal. Toda conduta que represente menos que a efetiva posse deve ficar impune, pois

do contrário haveria uma exagerada antecipação da tutela legal (ou seja: um perigo de perigo de um perigo concreto). Considere-se que o objetivo (a mentalidade) da nova Lei é mais no sentido de cuidar (não punir) do usuário de droga. Aquele que nem sequer conseguiu realizar qualquer uma das condutas descritas no tipo legal, ou seja, quem não conseguiu alcançar sequer a posse da droga, deve ficar afastado de qualquer tipo de sanção. Do contrário, seria punido pela sua intenção (por uma mera intenção de ter a posse de droga). E ninguém pode ser punido pela mera intenção ou cogitação.

Partindo deste entendimento, deve-se considerar que, apesar de a tentativa ser admissível para a conduta de quem adquire a droga, a ocorrência da mesma não será punível, uma vez que a lei não tipifica a modalidade tentada do delito em questão. Ademais, a lei não exige para a consumação do crime o efetivo dano à sociedade, mas sim o mero perigo da concretização deste, o que dá espaço para uma interpretação legal no sentido de que, se apenas o mero perigo é punível, conduta sequer capaz de gerá-lo encontra-se abaixo do grau de reprovabilidade que o legislador desejou estabelecer, restando impassível de punição eventual tentativa.

Doutro lado, há quem defenda não ser possível a tentativa para nenhuma das condutas elencadas pelo *caput* do artigo 28 pelo simples fato de a tratativa entre o fornecedor e aquele que solicita a droga para si ser mero ato preparatório, os quais não são punidos de acordo com a legislação penal pátria. Outra premissa justificadora desta tese funda-se no fato de o crime de porte de drogas para consumo pessoal possuir carga sancionatória aquém daquela cominada para as contravenções penais (punidas com prisão simples e multa, conforme visto anteriormente). Desta forma entende-se que, não havendo possibilidade da tentativa de incidir em contravenção penal, menos ainda seria possível vislumbrá-la com relação a delito tratado de maneira menos gravosa pela Lei.

Questão relevante forma-se no que tange à criminalização ou não do uso da droga pelo agente que a mantém em sua posse, havendo quando a isto diversidade de pensamentos doutrinários. Parte da doutrina acredita ser atípica a conduta de quem usa a droga que detinha consigo pelo fato de não ter o legislador elencado o verbo “usar” entre as condutas arroladas no *caput* do artigo 28. Ademais, atentando-se para o bem jurídico tutelado através da incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, qual seja a saúde pública, quando o sujeito faz uso da droga não estaria oferecendo qualquer tipo de perigo à incolumidade social, haja vista que a substância deixou de existir, tendo o agente praticado o dano contra si

mesmo, ou seja, fazendo surgir a figura da autolesão, que, por sua vez, não é punida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal em julgamento de habeas corpus:

Entorpecentes: posse para uso próprio: inexistência do crime ou, de qualquer sorte, de prova indispensável à condenação: habeas corpus deferido por falta de justa causa.

1. É mais que razoável o entendimento dos que entendem não realizado o tipo do art. 16 da Lei de entorpecentes (L. 6.368/76) na conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti, a consome: a incriminação do porte de tóxico para uso próprio só se pode explicar - segundo a doutrina subjacente à lei - como delito contra a saúde pública, que se insere entre os crimes contra a incolumidade pública, que só se configuram em fatos que "acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado grupo de pessoas" (Hungria).

2. De qualquer sorte, conforme jurisprudência sedimentada, o exame toxicológico positivo da substância de porte vedado é elemento essencial à validade da condenação pelo crime cogitado, o que pressupõe sua apreensão na posse do agente e não de terceiro: impossível, assim, imputar a alguém a posse anterior do único cigarro de maconha que teria fumado em ocasião anterior, se só se pode apreender e submeter à perícia resíduos daquela encontrados com o outro acusado, em contexto diverso." (STF, HC 79189 SP, Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12/12/2000, DJ 09-03-2001 PP-00103 EMENT VOL-02022-01 PP-00193)

Verifica-se da leitura da decisão anteriormente transcrita que a ação criminosa operou-se durante a vigência da Lei anterior (6.368/76), que, em seu artigo 16, incriminava o uso de drogas. Porém, aplicando-se o exposto no contexto da legislação atual, permite-se concluir que não há de se falar na incriminação da conduta do agente que apenas faz uso da droga pelo fato de que tal ação não seria hábil a oferecer o perigo de dano à sociedade, motivo pelo qual se pune a posse para consumo pessoal.

Mais além, o entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal afasta também a tipicidade penal no que tange ao uso pretérito da droga diante do fato de que a prova deste decorre do resultado da realização de exame toxicológico, que apenas pode apontar sinais de drogadição e resíduos da substância presentes no organismo do agente em decorrência da utilização da droga. Deste modo, o objeto material do delito não é encontrado em posse do indivíduo, o que leva à impossibilidade da incriminação deste.

Também é defensor da supracitada posição o professor Damásio de Jesus (2009, p. 54), discorrendo sobre o tema nos seguintes termos:

Se o uso pessoal constituísse delito não seria preciso definir como crime o fato de induzir ou instigar alguém a utilizar-se da droga (art. 33, § 2º, desta Lei), uma vez que se aplicaria ao indutor ou instigador a norma do art. 29 do CP (concurso de pessoas). Ele seria partícipe do crime de uso (se a conduta de uso estivesse descrita no art. 28).

A tese sustentada pelo penalista funda-se em uma lógica estabelecida através da interpretação da lei penal na forma em que foi proposta pelo legislador, formando-se uma linha de raciocínio no sentido de que, se o uso da droga fosse passível de incriminação, de nada valeria tipificação penal da conduta daquele que instiga ou induz alguém a utilizar-se de determinada droga como delito autônomo (artigo 33, § 2º, Lei 11.343/2006), bastando aplicarem-se a tais indivíduos as regras do artigo 29 do Código Penal concernentes ao concurso de pessoas, intitulando-se este como partícipe do crime de uso de drogas.

Para outra corrente, é possível a incriminação do agente que faz o uso da droga que detém consigo pelo fato de que a conduta anterior a este obrigatoriamente deve ser o ato de portar a substância, mesmo que por um pequeno lapso temporal, alguns segundos ou alguns minutos. Neste *iter*, verifica-se a presença do perigo de dano oferecido à sociedade decorrente da materialidade da droga existente nas mãos do indivíduo, fator que gera a possibilidade da imposição de sanção a eventual uso.

6.1 Do plantio e cultivo de drogas para uso pessoal – Artigo 28, § 1º

Com a edição da Lei 11.343/2006, o legislador expressamente passou a incriminar a conduta daquele que promove o cultivo de substâncias definidas como drogas com a finalidade de consumo pessoal. Eis a redação do artigo 28, § 1º:

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Através da promulgação da supracitada inovação legislativa, sanou-se uma controvérsia existente há tempos acerca do melhor enquadramento legal do semeio, cultivo e colheita de plantas que constituíssem matéria-prima para a produção de drogas, isto porque a lei sequer prestava maiores esclarecimentos sobre o elemento subjetivo do tipo penal descrito, o que deu margem ao surgimento de diversas correntes para a interpretação desta questão. De um lado, sustentava-se a incriminação da conduta com base no extinto artigo 12, § 1º, inciso II, da Lei 6.368/76, uma vez que a lei não distinguia entre a conduta daquele que promovia o plantio de substâncias potencialmente aptas à produção de drogas com a finalidade de consumo pessoal e entre a ação daquele que o praticava para posterior fornecimento a terceiros, sendo, portanto, irrelevante que se considerasse a intenção do autor do fato para o devido enquadramento típico da conduta.

Também era apresentada pela doutrina a hipótese de ser incorrer o criminoso no delito previsto pelo artigo 16 da antiga lei, como uma forma de se proceder através de uma analogia *in bonam partem*, por ser a pena cominada para este tipo penal menos gravosa do que aquela estabelecida no artigo 12. Porém, este posicionamento facilmente tornou-se alvo do críticas no sentido de que o que se estaria criando seria na verdade uma analogia *in malam partem*, tendo em vista que a conduta daquele que cultiva plantas para a produção de drogas sequer estava penalmente tipificada, não constituindo crime.

Por último, era sustentada a evidente tese de que referida ação não poderia amoldar-se a nenhum tipo penal descrito pela antiga Lei de Drogas, sendo, portanto, um fato penalmente atípico. Neste cenário, grande foi a contribuição do legislador ao tipificar as ações de quem semeia, cultiva ou colhe plantas exclusivamente para futuro consumo pessoal, sanando, desta forma, a divergência doutrinária anteriormente ocasionada. Sobre o tema, explica brilhantemente o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 130):

Essa velha polêmica agora encontrou solução legislativa (diga-se de passagem, bastante adequada): o § 1.º do art. 28 expressamente prevê a conduta de semear, cultivar ou colher plantas tóxicas “para consumo pessoal”. Esse requisito subjetivo especial (essa intenção especial) do agente delimita essa infração da prevista no art. 33, § 1.º, II. Uma coisa é semear, cultivar ou colher plantas tóxicas para consumo pessoal, outra para tráfico. Nesse ponto o legislador merece elogios. Não se pode equiparar uma plantação de vários alqueires de maconha (v.g.) com o cultivo ou

colheita de um pé de maconha. Fatos distintos merecem tratamentos diferenciados.

A lógica trabalhada pelo pensamento do penalista parece fundar-se nos critérios de proporcionalidade utilizados para a interpretação da lei, manifestando-se do sentido de ter agido bem o legislador ao tipificar de formas diferentes as condutas de plantio de acordo com o elemento subjetivo da conduta do agente, tendo em vista que as circunstâncias nas quais ambos os delitos são praticados tornam-se extremamente indicadoras da finalidade da ação.

Para a adequada identificação da intenção do agente também se faz mister a análise de fator referente à quantidade e à caracterização da droga encontrada em posse deste. Neste sentido, explana o professor Renato Marcão (2008, p. 78):

Típica “atividade de subsistência”, para a configuração da modalidade típica sob análise é preciso que o agente, *para seu consumo pessoal*, semeie, cultive ou colha plantas destinadas à preparação de *pequena quantidade* de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Trata-se da “plantação caseira”, de diminuta proporção, para uso próprio, recorrente na prática forense. É bastante comum casos em que o agente planta e cultiva pé maconha em vaso, floreira ou outro pequeno espaço de sua residência, visando suprir o próprio consumo.

Referida ponderação expressa a ideia de que, para a constatação da finalidade do cultivo como sendo para uso pessoal, o agente deve manter plantação em proporção à esta. Torna-se óbvia a intenção daquele que promove o cultivo de plantas potencialmente capazes de destinar-se à preparação de drogas em larga escala, enquadrando-se a conduta ao crime descrito pelo artigo 33, § 1º, II, da Lei de Drogas.

Para o entendimento do professor Damásio de Jesus (2009, p. 60), a tipificação da conduta daquele que promove o plantio de drogas para uso pessoal constitui uma *novatio legis* incriminadora, nos seguintes termos:

Cuida-se, segundo nossa orientação, de nova figura típica. O comportamento era atípico à luz da legislação anterior (Lei n. 6.368/76). O fato de semear, cultivar ou fazer a colheita, para uso próprio, de substância destinada à preparação de entorpecente não se encontrava tipicamente definido como crime no art. 12 nem no art. 16 da Lei n. 6.368/76. Era atípico, pois não há crime sem lei que o defina (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º). Além disso, não se poderia enquadrá-lo no art. 16 por analogia *in*

bonam partem. A analogia empregada não é *in bonam*, mas sim *in malam partem*. Sendo atípico o fato, enquadrá-lo no art. 16 por semelhança vem a prejudicá-lo. E a analogia não pode ser empregada para prejudicar o agente. Ademais, havendo dúvida, deve ser adotada a interpretação mais favorável ao agente.

Conforme exposto, considera-se que a nova lei tornou-se prejudicial com relação à anterior, uma vez que estabeleceu a incriminação de conduta que sequer estava tipificada. De acordo com a tese supracitada, não poderia ser aplicada a analogia referente ao artigo 16 da lei sob o fundamento de que o agente seria privilegiado. Na verdade, o que se estaria fazendo seria prejudicá-lo, tendo em vista que o fato em questão não era definido como crime e, com a incidência da referida analogia, o indivíduo seria penalizado por este.

Referida cisão doutrinária a respeito do novo tratamento dado ao cultivo de plantas potencialmente capazes à preparação de drogas reflete diretamente no estabelecimento de regras de direito intertemporal. Se considerarmos que a Lei 11.343/2006 constitui *novatio legis in pejus* de acordo com a orientação defensora da atipicidade da conduta daquele que promovia o plantio de drogas na vigência da lei anterior, sua retroatividade para alcançar tais casos estaria vedada pelo princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Lado outro, adotando-se o entendimento de que seria possível a aplicação da analogia *in bonam partem* e o enquadramento do fato nos tipos penais descritos pelos artigos 12, § 1º, II e 16 da antiga Lei 6.363/76, permitir-se-ia a retroatividade na nova Lei de Drogas para alcançar os fatos cometidos em período anterior à sua edição, tratando-se esta de *novatio legis in melius*.

As condutas passíveis de incriminação elencadas pelo legislador são três: semear, cultivar e colher. O verbo “semear” exterioriza a ideia de promover a germinação da planta a partir do tratamento adequado dado à semente. O cultivo caracteriza conduta permanente daquele que realiza o tratamento de sua plantação com o objetivo de mantê-la apta ao fim a que se destina, ou seja, à posterior colheita e produção da droga. Por fim, a colheita enseja o aproveitamento do produto final da plantação, o recolhimento dos frutos originados desta.

No mais, ao delito em questão aplicam-se todas as considerações acerca da caracterização dos sujeitos ativo e passivo, natureza jurídica do delito, bem jurídico tutelado através da incriminação da conduta e objeto material

estabelecidas anteriormente quando da análise do crime descrito no *caput* do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

6.2 Determinação da destinação da droga apreendida – Artigo 28, § 2º

Diversos critérios foram elencados pelo legislador a fim de possibilitar a análise acerca da destinação da droga encontrada em posse do agente. Eis a determinação legal:

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

Inicialmente, propõe-se que a orientação sobre a verdadeira finalidade empregada à substância pelo agente que a possuía partirá do livre entendimento do magistrado em análise às circunstâncias presentes no caso concreto. Estipula a lei que este analisará os critérios referentes à quantidade apreendida da droga, ao deslinde da ação que surpreendeu o agente criminoso, bem como às condições do local em que esta se verificou e àquelas circunstâncias atinentes à pessoa do autor da infração, tais como antecedentes criminais e perfil social e pessoal. Sobre esta sistemática, discorrem Vicente Grecco Filho e João Daniel Racci (2009, p. 49):

No sistema anterior ao Decreto-Lei n. 385, o critério único de distinção era o da pequena quantidade, circunstância que determinou que o tráfico passasse a ser feito sempre em pequenas quantidades, de modo a possibilitar ao traficante a arguição constante do uso próprio. Infelizmente, a dificuldade retornará. O § 2º do artigo refere outras circunstâncias que deverão ser levadas em consideração para a caracterização do delito, mas, na prática, sabemos que todas ficarão reduzidas à quantidade, especialmente em comarcas em que o movimento forense impede exame aprofundado da causa (...).

Os aspectos subjetivos de uma conduta, porém, só poder ser aferidos por circunstâncias objetivas, que o artigo enumera com a finalidade de orientação do juiz. Na verdade, o dispositivo nada acrescenta, mas tem uma intenção que o justifica, qual seja, a de chamar a atenção do magistrado para que aprecie todas as circunstâncias do crime e não apenas a quantidade da droga apreendida, critério simplista e único considerado na vigência do art. 281 do Código Penal antes do Decreto-Lei n. 385. A quantidade da droga, não se nega, é fator importante, mas não pode ser

exclusivo, devendo, pois, o juiz apreciar as demais circunstâncias que envolvem o delito, tais como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Desta forma, expõem os doutrinadores questão atinente a uma problemática existente em período anterior à edição do Decreto-Lei n. 385, responsável pela alteração do revogado artigo 281 do Código Penal. Determinava a lei um único critério a ser objeto de análise pelo juiz para discernir acerca da finalidade da droga, qual fosse a quantidade da substância apreendida na posse do agente. Nesse contexto, os traficantes elaboraram manobras com o objetivo de descaracterizar o crime de tráfico de drogas, passando a efetuar o fornecimento destas apenas em pequenas quantidades que, se eventualmente apreendidas, ensejariam a tipificação penal do crime de porte de entorpecentes para consumo pessoal, daí a importância de terem sido adicionadas à lei novas circunstâncias a serem ponderadas.

Porém, de acordo com a explicação supramencionada, mesmo diante desta nova disposição legal, na prática acaba-se por verificar apenas o critério quantitativo, não sendo esta a maneira ideal de se proceder. Não obstante tal circunstância seja realmente a mais decisiva para determinar-se com clareza qual a finalidade atribuída à substância apreendida, o juízo de valor no que tange às demais características do caso concreto também deve ser visto como peça chave para tanto. Neste sentido, dispõe o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 132):

A quantidade da droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou de maconha revela traficância (destinação a terceiros). Há, entretanto, quantidades que não permitem uma conclusão definitiva. Daí a necessidade de se valorar não somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei.

Verifica-se, portanto, a essencial importância das novas circunstâncias criadas pela lei para atribuição da finalidade para a qual se destina a droga encontrada com o agente nos casos em que a simples utilização do critério quantitativo não é bastante para conduzir a uma conclusão totalmente plausível. Todavia, deve-se considerar que, em determinados casos, resta evidenciada a

intenção do autor em incidir não apenas na posse da substância ilícita, mas sim em traficá-la, em razão de deter consigo quantidades exorbitantes desta.

6.2.1 Princípio da insignificância e quantidade ínfima da droga

O entendimento da doutrina cinge-se quanto à incidência ou não do princípio da insignificância nos casos em que a quantidade de droga encontrada em posse do agente for pequena. Para a orientação dominante, sustentada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, a quantidade ínfima da substância não descaracteriza a tipificação do delito, tendo em vista que estamos diante de um crime de perigo abstrato no qual a posse, mesmo que em quantia pequena, é hábil ao oferecimento do risco de dano à incolumidade pública. Neste sentido, decidiu a Suprema Corte:

A CIRCUNSTANCIA DE SER MINIMA A QUANTIDADE DA MACONHA ENCONTRADA EM PODER DOS REUS NÃO PREJUDICA A CONFIGURAÇÃO DA TIPICIDADE DO CRIME PREVISTO NO ART. 16 DA LEI N. 6368-76, QUE ESTA VINCULADA AS PROPRIEDADES DA DROGA, AO RISCO SOCIAL E DE SAÚDE PÚBLICA E NÃO A LESIVIDADE COMPROVADA EM CADA CASO CONCRETO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO, PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO PENAL. (STF, RE 109619 SP, Primeira Turma, Relator Min. Octávio Galotti, julgamento em 19/08/1986, DJ 19-09-1986 PP-17145 EMENT VOL-01433-02 PP-00291)

Lado outro, há também quem considere haver a exclusão da tipicidade do fato nos casos em que se apreende pequena quantidade de droga com base no fundamento de que a ínfima quantia não é capaz de oferecer efetivo perigo de dano à saúde pública. Dessa forma orienta-se o Superior Tribunal de Justiça, conforme retratado pelo seguinte julgamento:

RHC - PENAL - ENTORPECENTE - QUANTIDADE MINIMA TODO CRIME, ALEM DA CONDUTA, TEM RESULTADO. NO CASO, PREVENIR A SAUDE, O BEM ESTAR FISICO DO PACIENTE PARA NÃO SOFRER DEPENDENCIA FISICA E PSIQUICA, A QUAL A LEI SE REFERE. TRATANDO-SE, NO CASO CONCRETO, DE UM CIGARRO DE MACONHA E NÃO HAVENDO INFORMAÇÃO DE ESSE COMPORTAMENTO TRADUZIR REPETIÇÃO, SEQUENCIA DE OUTROS DA MESMA NATUREZA, E EVIDENTE, QUE A PEQUENA QUANTIDADE NÃO

EBASTANTE PARA CAUSAR O EVENTO. SE HOUVE A CONDUTA, NÃO HOUVE, ENTRETANTO, O RESULTADO RELATIVAMENTE RELEVANTE. E IMPORTANTE DEMONSTRAR SE A SUBSTANCIA TRAZIA POTENCIAL PARA AFETAR O BEM JURIDICAMENTE TUTELADO. (STJ, RHC 7252 MG 1998/0008708-7, 6ª turma, Relator Min. Anselmo Santiago, julgamento em 30/03/1998, DJ 01/06/1998 p. 190)

Observa-se que o julgador fundou-se no critério da potencialidade ou não da substância portada pelo agente capaz de oferecer risco ao bem jurídico tutelado pela lei, qual seja a saúde pública, considerando-se um caso concreto em que o agente detinha a posse de apenas um cigarro de maconha e não foram constatados possíveis indícios de que este incidiria novamente em tal conduta.

6.3 Da aplicação das penas

Como forma de sanção à prática dos crimes tipificados pelo artigo 28, o legislador estabeleceu três espécies de penas a serem impostas de acordo com o entendimento do magistrado. São elas a advertência oral sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e imposição de medidas educativas de comparecimento a programas ou cursos educativos. Anote-se que a determinação legal é no sentido de que estas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Primeiramente, a lei estabelece como sanção a submissão do agente criminoso à oitiva de advertências sobre os efeitos causados pelo uso de drogas. Esta espécie de pena configura efetiva inovação legislativa, porquanto foi instituída pela Lei 11.343/2006, não existindo anteriormente no ordenamento jurídico medida de caráter semelhante a esta imposta como sanção àquele que cometesse crime de porte de drogas para consumo pessoal.

Referida sanção foi objeto de inúmeras críticas por conta de seu caráter extremamente benevolente, deixando a desejar com relação ao seu potencial de coercitividade, pois, como bem observado por René Ariel Dotti (1999, apud Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi, 2009, p. 53), a “admoestação verbal, por sua gentileza, igualmente carece do indispensável substrato coercitivo, necessário para operar, no grau mínimo exigido pela jurisdição penal, como sanção alternativa à pena objeto de condenação.”

Sua aplicação será feita mediante a designação de audiência com a finalidade de fornecer ao réu esclarecimentos acerca dos aspectos negativos do uso das drogas, bem como sobre sua consequência à saúde do usuário. O juiz, para tanto, poderá ser auxiliado por profissionais hábeis a fornecer este tipo de informação, como, por exemplo, médicos ou psicólogos.

Doutro lado, conforme determinação contida no § 3º do artigo 28, a imposição de pena de prestação de serviços à comunidade obedecerá ao prazo máximo de cinco meses de duração, podendo ser aumentados para dez caso o réu seja reincidente, conforme dispõe, logo em seguida, o § 4º.

Com relação ao local e qualidade do cumprimento, o § 5º estabelece que este se realize, preferencialmente, junto a instituições que tenham como finalidade a recuperação de dependentes químicos e a conscientização para prevenção do uso.

Por fim, com relação à imposição de medidas de comparecimento a programas e cursos educativos sobre as drogas, novamente fala-se em uma inovação legislativa, tendo em vista que esta pena possui caráter inédito na legislação brasileira. Sua duração também deve obedecer aos ditames do artigo 28, § 3º, da Lei de Drogas.

6.4 Garantias para o cumprimento da pena – Artigo 28, § 6º

A lei garante ao juiz a faculdade de submeter o agente criminoso a admoestações verbais e pagamento de multa em caso de recusa injustificada deste ao cumprimento da pena imposta. No que tange às referidas garantias, manifestam-se Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 55):

Justifica-se sua previsão como única forma de garantir o cumprimento das penas previstas no art. 28. Como não se trata de penas restritivas de direitos que substituam pena privativa de liberdade aplicada, hipótese em que o descumprimento injustificado provocaria conversão em pena de prisão (art. 44, § 4º, CP), não haveria outro meio de torná-las efetivas. A “admoestação verbal” é também de pouca ou nenhuma eficácia, entendendo-se, porém, que deva ser mais séria do que a advertência aplicada como pena (art. 28, § 6º, I).

Vê-se que aqui novamente é exposto o problema referente ao baixo grau de coercitividade do qual são dotadas as penas comidas ao delito de porte de drogas para consumo pessoal, fator que deu espaço à necessidade da criação das garantias do artigo 28, § 6º, para assegurar a eficácia das mesmas. Uma vez que a estas não se aplica o disposto pela legislação penal no que tange ao descumprimento de penas restritivas de direitos, a imposição de multa ou admoestação verbal foi a solução encontrada pela lei como forma de penalização àquele que se recusa injustificadamente a proceder ao cumprimento da sanção.

7 Do tráfico de drogas – Artigo 33 da Lei 11.343/2006

A Lei 11.343/2006 tipificou o crime de tráfico de drogas em seu artigo 33 e parágrafos, da seguinte forma:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O dispositivo em questão configurou, quando da sua edição, uma inovação legislativa no sentido de agravar a penalização imposta àquele que promove o tráfico de substâncias ilícitas. A redação manteve em seu *caput* a incriminação de dezoito condutas já previstas anteriormente pela revogada Lei 6.368/76, apresentando alterações apenas no tocante à terminologia utilizada para a denominação das drogas, que passaram a ser chamadas dessa forma e não mais de “substâncias entorpecentes” ou “substâncias que determinam a dependência física ou psíquica”. Foi acrescentada ao delito uma nova modalidade de ação descrita pelo § 3º do artigo 33, qual seja a tipificação penal da conduta do indivíduo que instiga ou induz alguém a fazer uso de droga.

O *caput* do artigo 33 elenca dezoito modalidades de conduta que caracterizam a tipicidade objetiva do crime de tráfico, quais sejam: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas. Isto resulta na configuração de um delito de ação múltipla, ou seja, aquele no qual o autor poderá incidir concomitantemente ou sucessivamente na prática de mais de uma ação nuclear do tipo legal, respondendo criminalmente por um único ilícito em decorrência do princípio da alternatividade.

O verbo “importar” exprime a ação daquele que insere a droga em território nacional. Do contrário, “exportar” é todo ato do indivíduo que promove a saída da substância dos limites territoriais do Estado. Referidas condutas ocasionaram o surgimento de dúvida atinente a um aparente concurso de normas entre o artigo 33 da Lei 11.343/2006 e o artigo 334 do Código Penal, que tipifica o crime de contrabando ou descaminho, permitindo-se o enquadramento da ação em ambas. Apresentando solução a esta questão, expõem Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 89):

A nosso ver o delito a ser considerado é o da lei. Em primeiro lugar porque é o de pena mais elevada, consumindo o mais leve pelo princípio *major absorvent minorum*; em segundo lugar pela prevalência do bem jurídico protegido: no delito de contrabando protege-se a administração pública, burlada nos direitos alfandegários, ao passo que no delito comentado o bem jurídico protegido é a saúde pública, que não pode ser ressarcida pelo recolhimento do imposto devido, daí ser violação mais grave. Ademais, o delito de contrabando é genérico em relação à importação ou exportação de entorpecentes, que é especial, sendo que *lex specialis derogat generalem*.

Para a defesa desta orientação, os doutrinadores fundaram-se em três argumentos. Primeiramente, no que tange à sanção imposta aos crimes, o delito de tráfico de drogas estipula pena mais gravosa àquele que incide em sua prática do que o delito de contrabando, devendo-se optar pelo enquadramento da conduta ao primeiro tipo penal em razão da absorção da infração mais branda pela pior delas. Em segundo lugar, atenta-se para a preponderância da saúde pública sobre a administração pública como bem jurídico tutelado, pelo fato de que esta última permite a reparação do dano com a mera prestação pecuniária paga posteriormente pelo agente, enquanto que, em caso de dano à saúde da coletividade, há a impossibilidade de ressarcimento por tal forma. Por fim, há de se considerar o fato de que o crime de tráfico de drogas encontra-se previsto em legislação especial, tendo potencial para derrogar lei geral (no caso, o Código Penal).

A expressão “remeter” foi incluída ao tipo penal pela nova lei e traduz a ação daquele que possibilita o envio da substância a alguém.

O núcleo “preparar” retrata a criação de um determinado elemento a partir da composição ou decomposição de outros, tendo em vista existirem drogas que possuem um princípio ativo alcançado através da junção das propriedades químicas de outras drogas combinadas. A ação de quem prepara possui como variantes as condutas “produzir” e “fabricar”, entendendo-se pela primeira o ato de criação de uma substância, desdobrando-se à segunda quando a referida criação se dá através de meios industriais.

A figura “adquirir” dá-se quando o indivíduo obtém a droga para si independentemente se a título oneroso ou gratuito. Já aquele que vende promove a tradição onerosa da droga e pode também incidir na prática do núcleo “expor à venda” ao apresentar a substância a potenciais adquirentes.

Os verbos “oferecer” e “fornecer” interligam-se, tendo em vista que o agente primeiramente oferta a droga para que outrem detenha a sua posse e posteriormente a entrega.

No que tange aos núcleos “ter em depósito” e “guardar”, há orientação doutrinária no sentido de que a diferenciação entre estes se refere à propriedade da droga, sendo que o mantenedor da droga em depósito retém a coisa para sua própria utilização, enquanto aquele que guarda a retém em nome de terceiro. Diverso a esta orientação, há também o entendimento de que os dois verbos possuem a mesma conotação, exprimindo ambos a ideia de retenção da coisa,

porém distinguindo-se no sentido de possuir o depósito uma finalidade provisória, ao passo que a guarda traduz a ideia de uma detenção permanente da substância.

“Transportar”, como anteriormente explanado, significa promover o deslocamento da substância de um lugar para o outro e, em caso de transporte feito pelo próprio agente, verifica-se a conduta “trazer consigo”.

“Ministrar” e “prescrever” são as ações passíveis de serem praticadas por parte de médicos, dentistas e demais profissionais da área da saúde, os quais fornecem de maneira legal a droga a terceiros, bem como procedem ao manuseio da mesma.

Por fim, a lei fala em “entregar de qualquer forma a consumo” com o claro intuito de abranger quaisquer ações que propiciem o tráfico ilícito de drogas.

O tipo subjetivo do tráfico é o dolo, não tendo sido tipificada a forma culposa deste.

O objeto material do delito é a substância classificada como droga, sendo válidos aqui todos os apontamentos anteriormente referentes à complementação do tipo penal por ato administrativo do poder público através da edição de listagem oficial, tendo em vista tratar-se de norma penal em branco. Dessa forma, no caso de o agente incorrer em uma das condutas incriminadas por lei tendo por objeto da ação substância que não é classificada como droga, não haverá crime. O bem jurídico tutelado pelo tipo penal continua sendo a saúde pública.

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do crime de tráfico, em se tratando de crime comum. Todavia, condição especial é necessária ao agente que prescreve drogas sem autorização legal ou em desconformidade com os parâmetros estabelecidos, podendo a referida conduta ser praticada apenas por farmacêuticos, médicos, dentistas etc. O sujeito passivo da infração é a coletividade de um modo geral, por se tratar de crime contra a saúde e incolumidade públicas.

Constituem elementos normativos do tipo as expressões “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar” da mesma maneira em que ocorre no crime de porte de drogas para consumo pessoal, sendo aplicadas para o tráfico todas as considerações anteriormente feitas sobre o tema.

O crime de tráfico consuma-se com a simples prática de uma das ações elencadas pelo *caput* do artigo 33, tendo em vista falar-se em crime de perigo, ou seja, a produção do resultado é prescindível, bastando para a concretização do

crime apenas o oferecimento de perigo de dano à sociedade. Quanto à possibilidade da ocorrência de tentativa, o entendimento acerca desta para a traficância é o mesmo quanto ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, cingindo-se em duas correntes, sendo uma defensora da tese de que seria incabível falar-se em tentativa, pois eventuais atos preparatórios para a realização de determinadas condutas são, em si mesmos, ações incriminadas pelo tipo penal. Doutro lado, podem existir atos de preparação que fujam à tipificação penal, hipótese na qual seria possível a verificação do delito na forma tentada.

A pena imposta ao agente que pratica o tráfico de drogas nos termos previstos no artigo 33 é a reclusão durante o período mínimo de 5 (cinco) anos até o período máximo de 15 (quinze) anos, além do pagamento da quantia que vai de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, tendo ocorrido uma majoração da sanção estabelecida pela lei anterior. Tal fato é justificado pelo argumento de que a exacerbação da pena privativa de liberdade leva à impossibilidade de sua substituição por restritiva de direitos.

A autorização à progressão de regime é possível em sede de tráfico de drogas, o que se concluiu a partir da edição da Lei 11.464/2007, que alterou a redação do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, aos quais o crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006 equipara-se, que passou a determinar o início do cumprimento da pena em regime fechado, operando-se a progressão quando cumpridos dois quintos da mesma em caso de réu primário ou quando cumpridos três quintos em caso de reincidência. Gize-se que tal regra constitui *novatio legis in pejus*, sendo, portanto, proibida sua retroatividade, uma vez que anteriormente a lei previa o cumprimento de ao menos um sexto da pena para a progressão.

7.1 Condutas equiparadas ao tráfico – Artigo 33, § 1º

O legislador elencou no artigo 33, § 1º, outras condutas que se equiparam àquelas descritas pelo *caput* do mesmo, ou seja, caso sejam praticadas haverá a responsabilização penal do agente a título de tráfico de drogas.

O tipo penal do inciso I possui as mesmas características do crime descrito pelo *caput*, ou seja, os mesmos elementos normativos, bem jurídico

tutelado, sujeitos ativo e passivo e tipos objetivo e subjetivo, diferenciando-se apenas no que tange aos objetos materiais da ação, sendo estes “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”. De acordo com Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 99), “*matéria-prima* ou *insumo* é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes ou drogas que causem dependência física ou psíquica”.

Na determinação no inciso II está um delito que já se encontrava previsto pela Lei 5.726/71, porém esta elencava como conduta apenas o cultivo de plantas que se destinassem à confecção de substâncias entorpecentes. Posteriormente, foi acrescentada ao tipo objetivo a ação de plantar, o que, segundo Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 100-101), ocasionara um sutil erro:

Ora, nem sempre, ou quase nunca, se “planta a substância entorpecente”. O que se faz é o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes, isto é, das quais se possa extrair o tóxico, ou, ainda, que tenham princípios ativos que causem dependência. O entorpecente é a droga extraída ou o princípio ativo da planta e não a planta em si mesma; logo, não pode ser plantado. O Decreto-Lei n. 385 corrigiu o erro, destacando a ação de plantar na fórmula “fazer ou manter o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

Diante do equívoco legal no que tange à referência feita ao plantio de entorpecentes, correção foi feita quando da edição do Decreto-lei n. 385, que alterou a redação do antigo artigo 381 do Código Penal. Atualmente, a nova Lei de Drogas manteve a orientação acerca da possibilidade de incriminação do cultivo de plantas das quais se extrai a substância entorpecente, referindo-se a estas como constitutivas de matéria-prima para a preparação de drogas.

A esta infração aplicam-se todas as considerações feitas sobre o tráfico do *caput* do artigo 33 no que tange aos elementos normativos, bem jurídico tutelado, sujeitos ativo e passivo e tipos objetivo e subjetivo. Sua diferenciação, igualmente ao que ocorre com o crime previsto pelo inciso I, encontra-se na definição do objeto material da ação, qual seja planta que constitua matéria-prima para a produção de droga.

Por fim, com relação ao inciso III, este tipo penal já era figura equiparada ao crime de tráfico na vigência da legislação anterior, fator que foi mantido com o advento da nova norma.

O crime refere-se à utilização de bem de qualquer natureza ou local sobre o qual se detenha algum tipo de administração para o tráfico de drogas. Quanto a este local, a doutrina entende ser não somente o lugar público possível de ter seu uso consentido através dos agentes da administração, mas qualquer local que seja hábil à utilização para a finalidade estabelecida. Já a expressão “bem de qualquer natureza” interpreta-se como qualquer bem, móvel ou imóvel, colocado à disposição do traficante para que este possa praticar o delito. Para a consumação da infração, é indispensável que o agente efetivamente faça o uso do local ou bem, não sendo bastante a mera convivência de seu mantenedor.

7.2 Induzimento, instigação ou auxílio ao uso de drogas – Artigo 33, § 2º

Estabelece o legislador com a criação do tipo penal previsto pelo artigo 33, § 2º, uma figura que pode ser entendida como privilegiada, pois, pela lei anterior, era conferida a este a mesma pena cominada para o tráfico. Desse modo, deu-se a criação de uma nova lei mais benéfica ao acusado, podendo esta retroagir para alcançar os crimes praticados anteriormente à sua vigência.

O crime em questão pune a ação de quem induz (insere a ideia), instiga (estimula psicologicamente a fruição de pensamento já existente) ou auxilia (ajuda materialmente, fornecendo meios para que o uso se configure) terceiro a praticar o uso ilícito de droga. Anote-se que haverá concurso material de crimes nos casos em que o agente, além de promover a incitação psicológica, cuidar-se de fornecer a droga, configurando-se o crime de tráfico de drogas previsto no *caput* do artigo 33, devendo ser observadas as hipóteses nas quais haverá a aplicação do aumento de pena do artigo 40, II. Acerca do enquadramento de cada conduta ao tipo penal correto, brilhantemente sintetizam Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 107):

(...) a) se o agente somente pratica atos de induzimento, incide só no § 2º, simples, se o sujeito passivo do induzimento for maior; b) se o agente somente induz menor aplica-se o § 2º, com o aumento do art. 40, II, porque não há outro núcleo a considerar; c) se o agente induz e fornece para maior e capaz incide, em concurso, nos crimes do *caput* e do § 2º; d) se o agente induz e fornece para menor incide, em concurso, nos crimes do *caput* e do § 2º, com aumento do art. 40, II, em ambos os crimes; e) se o agente induz e oferece para maior que vem a consumir junto, há concurso entre o § 2º e o § 3º, sem prejuízo da incidência do art. 28 quando for o caso; f) se o agente induz menor ou incapaz e lhe oferece a droga, consumando-se o uso conjunto, há concurso do § 2º com o *caput* na forma de fornecer, com o aumento do art. 40, II, em ambos os crimes.

Assim, há de se observar todas as circunstâncias presentes no caso concreto para a correta definição do fato criminoso, aplicando-lhe, se cabível, aumento de pena ou a somatória destas segundo as regras do concurso material de crimes prevista pelo Código Penal.

Sobre o momento consumativo da infração, o entendimento doutrinário cinge-se com relação à necessidade do efetivo uso da droga pelo terceiro instigado. Para uma primeira corrente, a interpretação da norma deve se dar no sentido de que a utilização da substância é requisito imprescindível para a consumação delitiva. Assim defende o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 163):

Com a nova redação a conclusão deve ser outra. Pune-se, hoje, aquele que induzir, instigar ou auxiliar alguém *ao uso* indevido da droga, consumando-se o crime ainda que a pessoa incentivada assim não o faça (bastando a potencialidade lesiva). A tentativa é passível, por exemplo, se o incentivo se faz por meio escrito, como na carta interceptada.

Ao utilizar-se da expressão “com a nova redação”, o penalista faz referência ao texto trazido pela nova Lei de Drogas, uma vez que a legislação anterior, na tipificação penal do delito, dizia “incentivar alguém a usar a droga”, fazendo menção a uma efetiva ação (usar), que deveria ser realizada pelo terceiro induzido. Com a mudança do dispositivo legal, na visão de Luiz Flávio, a interpretação acerca do referido tipo penal altera-se no sentido de não ser mais exigida pela lei a incidência no uso por parte do instigado. Muito embora a visão do professor deva ser extremamente respeitada, aparenta não fazer sentido a distinção feita entre os termos “a usar” e “a fazer uso”, tendo em vista que são formas de escrita diferentes, porém capazes de transmitir a mesma ideia ao leitor.

Em sentido contrário, acredita-se ser necessária a ocorrência do efetivo uso da droga pela pessoa que se submeteu ao induzimento do agente criminoso, sendo nomes defensores desta orientação o professor Magalhães Noronha e Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi, estes últimos influenciados pela ideologia do primeiro.

No mais, aplicam-se ao delito tipificado pelo § 2º do artigo 33 todas as considerações delineadas na análise do crime do *caput* relacionadas ao bem jurídico tutelado, objeto material da ação, tipicidade subjetiva e sujeito ativo, ressalvada informação concernente ao sujeito passivo da infração, que passa a ser diretamente o terceiro objeto da instigação e, indiretamente, a saúde pública.

7.3 Oferecimento da droga a pessoa de seu convívio – Artigo 33, § 3º

Durante a vigência da Lei anterior, muito se discutia acerca do enquadramento legal da conduta de quem pratica o oferecimento de droga a pessoa de seu convívio social visando o consumo compartilhado. De um lado, defendia-se a ideia de que tal ação configuraria o crime de tráfico de drogas, diante do oferecimento da substância a terceiro. *Contrario sensu*, acreditava-se no amoldamento da conduta ao delito de porte de drogas para consumo pessoal, levando-se em consideração não existir por parte do autor a finalidade do lucro, além do que o mesmo também se utilizaria da droga juntamente com a pessoa a qual esta fora oferecida. Pois bem, fato é que este tipo de divergência restou totalmente superado com a edição da Lei 11.343/2006, que tipificou a referida conduta como crime autônomo no artigo 33, § 3º.

O tipo objetivo da infração consubstancia-se no verbo “oferecer”, devendo ser tal oferecimento totalmente desprovido de finalidade lucrativa. Sobre a tipicidade objetiva, pronuncia-se Luiz Flávio Gomes (2006, p. 164), nos seguintes termos:

Se o oferecimento for frequente e/ou visar enriquecimento (mesmo que indireto) do fornecedor, o crime passa a ser do de tráfico (art. 33, *caput*). Dentro desse espírito, parece óbvio que responderá por tráfico aquele que oferece gratuitamente droga visando futuros consumidores, isto é, para que

pessoas (ainda que de seu relacionamento) experimentem a substância e confirmem a qualidade, fomentando futuras formas.

Dessa forma, deve-se observar com atenção a intenção daquele que oferece a droga, tendo em vista que, a depender de sua natureza, o crime configurado será de outra ordem, por exemplo, como citado pelo professor Luiz Flávio, nos casos em que o autor da ação promove o oferecimento da substância a fim de proporcionar verdadeira espécie de propaganda desta, com o objetivo de atrair outros usuários para sua cadeia de traficância.

Para a consumação do delito, ao contrário do explanado em análise ao delito descrito no tópico anterior, é pacífico o entendimento de que não é necessário o efetivo uso, quão menos a aceitação da proposta por terceira pessoa.

Quanto aos apontamentos acerca da tipicidade subjetiva, objeto material da ação e bem jurídico tutelado, valem aqui as mesmas orientações citadas quando da análise do delito de tráfico de drogas. No que tange ao sujeito passivo do ilícito, assim como acontece no crime de induzimento, instigação ou auxílio ao uso de drogas, este passa a ser o terceiro a quem a substância é oferecida, ao lado do Estado (saúde pública).

7.4 Causa de redução de pena – Artigo 33, § 4º

O § 4º do artigo 33 da nova Lei de Drogas fez surgir uma inovação legislativa, elencando uma série de critérios que deverão ser objeto de análise pelo magistrado para eventual diminuição da pena de agente que incorrer em uma das práticas delituosas tipificadas por este dispositivo. Gize-se que foi utilizada a expressão “deverão”, tendo em vista o entendimento dominante de que a redução da pena constitui direito subjetivo do réu, ou seja, tendo sido cumpridos o requisitos legais para tanto, o juiz, obrigatoriamente, deve concedê-la.

Ao considerar esta garantia dada ao acusado, Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 109-110) concluíram pelo surgimento de uma problemática advinda da determinação legal. A primeira delas concerne à ponderação sobre a dedicação do agente às atividades criminosas ou ao crime organizado. Vejamos:

Dispõe o parágrafo, em sua parte final, sobre as condições negativas de que o agente não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Toda prova negativa é difícil, de modo que militará em favor do réu a presunção de que é primário e de bons antecedentes e de que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa. O ônus da prova, no caso, é do Ministério Público no sentido de demonstrar a reincidência, os maus antecedentes e a participação em atividades criminosas ou organização criminosa. Não importa que a prova seja difícil para o Ministério Público. Mais difícil seria para o réu que, por sua vez, tem o direito de não ser condenado a não ser que haja prova, ou receber, sem prova, uma pena maior quando a lei permite uma pena mais branda. Na prática, então, a pena na verdade não será, por exemplo no *caput*, de cinco a quinze anos, mas de um sexto a dois terços menor, a não ser que se traga aos autos prova da reincidência, dos maus antecedentes ou de que o agente se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa.

Os doutrinadores fazem referência à produção da prova concernente ao envolvimento do agente com o crime organizado ou com as atividades criminosas, ponderando acerca da dificuldade deste em produzir a chamada prova negativa, ou seja, a gerar no juiz o convencimento de que não incorre em tais condutas. Doutro lado, a prova positiva do envolvimento eventualmente trazida aos autos pela acusação denota-se de muito mais facilidade para sua produção. Assim, acredita-se que a pena imposta ao réu deverá, mesmo na falta de prova negativa, ser reduzida, reforçando-se a ideia de que o benefício constitui direito subjetivo.

Anotação interessante também deve ser realizada sobre a previsão de alguns dos requisitos ser feita concomitantemente por dois dispositivos legais, quais sejam o § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e o artigo 59 do Código Penal. Diante disso, segundo o entendimento de Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 110-111), duas soluções podem ser utilizadas. De um modo, considerando-se o previsto pelo artigo 42 da Lei de Drogas, a cominação da pena deve ser feita em apenas um “bloco”, tendo em vista que, por se tratar de lei especial, o critério trifásico estabelecido pelo legislador no Código Penal não se encontra bem delineado. Caso contrário, deve o juiz utilizar-se de algumas das circunstâncias referentes ao autor do fato na primeira fase da cominação penal, fazendo com que outras passem a incidir durante a terceira fase desta. Estas duas possibilidades apontadas pela doutrina preocupam-se com a não ofensa a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada na Súmula 214,

que veda a consideração da reincidência penal concomitantemente para a fixação de pena-base e como circunstância agravante.

7.5 Equiparação do tráfico de drogas aos crimes da Lei 8.072/1990

A Lei 8.072/90, conhecida Lei dos Crimes Hediondos, estabelece a equiparação dos crimes de tráfico de drogas, prática de tortura e terrorismo aos delitos elencados por ela, a fim de que, ao agente que incorre em tais práticas, seja dado tratamento igual àqueles a qual é submetido o autor de crimes de natureza hedionda.

Em nível hierarquicamente superior à supramencionada lei, a Constituição Federal de 1988 veda a concessão dos institutos da anistia e graça e impõe a infiançabilidade a tais crimes, ressaltando dessa maneira o caráter gravoso destas práticas criminosas e dando suporte à equiparação feita pela legislação especial.

Em decorrência disto, recaem sobre os traficantes de substâncias consideradas drogas consequências específicas advindas das determinações feitas pela Lei dos Crimes Hediondos.

O primeiro ponto a ser ressaltado é questão atinente à vedação de concessão de anistia, graça, indulto ou possibilidade de pagamento de fiança a quem incide nas práticas descritas pelo artigo 33 da Lei de Drogas. Em linhas gerais, a anistia é o instituto concedido através de Lei Federal com o objetivo de afastar a punição que decairia sobre o agente em razão da prática de determinadas condutas criminosas. O indulto origina-se através de um decreto normativo editado anualmente, possuindo caráter genérico e impessoal, a fim de possibilitar a extinção da punição do preso que cumprir os requisitos objetivos e subjetivos necessários para tanto. Em hipótese de efetivo cumprimento destes, o potencial beneficiário do instituto deve requerer sua aplicação ao juiz da execução penal. Por sua vez, a graça é benefício concedido pelo Presidente da República ao preso que a requerer, sendo entendida como uma extinção personalíssima da punibilidade.

Insta salientar o surgimento de discussão acerca da constitucionalidade do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que prevê a vedação da concessão de

tais institutos, fator que resultou na manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que tal dispositivo em nada fere os ditames constitucionais (tendo sido levantada problemática acerca de uma extrapolação da lei com relação à Magna Carta, tendo em vista que esta incluiu em sua redação a vedação do indulto, não compreendido pela regra constitucional), diante do fato de que, essencialmente, os institutos do indulto e da graça são iguais, diferenciando-se apenas no fato de que o primeiro seria benefício genérico, ao passo que o segundo, individual. Portanto, a determinação legal é no sentido de que, aos autores de crimes de tráfico de drogas, é vedada a concessão de anistia, graça ou indulto.

Relativamente à inafiançabilidade do delito, levanta-se questão no tocante à contrariedade estabelecida pela lei, uma vez que, não obstante à proibição do pagamento de fiança, subsiste a possibilidade da concessão de liberdade provisória ao autor de crimes hediondos e, conseqüentemente, de tráfico de drogas. Porém, aparente contradição explica-se da seguinte maneira: a vedação ao pagamento de fiança impossibilitou que a Autoridade Policial procedesse ao arbitramento da mesma para que fosse concedida liberdade ao agente criminoso. Dessa forma, a liberdade do indivíduo apenas será restaurada em sede de concessão de liberdade provisória sem fiança pelo magistrado.

Porém, em sede de tráfico de drogas, verifica-se um conflito de normas entre a previsão de inafiançabilidade da Lei dos Crimes Hediondos (que restaurou a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao preso em virtude da prática de tais delitos) e o artigo 44 da Lei 11.343/2006, que dessa forma dispõe:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

A disposição contida nos textos legais seriam as mesmas, se não fosse pelo acréscimo da vedação da concessão de liberdade provisória feito pela Lei de Drogas. Desta forma, criou-se uma dúvida acerca de qual determinação deveria ser aplicada no tratamento daquele que comete o crime de tráfico. Sobre isso, manifesta-se o professor Damásio de Jesus (2009, p. 77), amparado em pronunciamento da Suprema Corte brasileira:

O art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, dispõe que os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de fiança. O dispositivo legal, desde a mudança introduzida pela Lei n. 11.464, deixou de proibir a concessão de liberdade provisória aos delitos regidos pela Lei dos Crimes Hediondos. Discute-se se a mudança teria derogado tacitamente o art. 44, *caput*, desta Lei, no que concerne à proibição de liberdade provisória. Entendemos que não, uma vez que nesse conflito aparente de normas admite-se o convívio de ambas, cabendo ao intérprete delimitar o campo de atuação de cada uma delas. Em outras palavras, o art. 44, *caput*, da Lei de Drogas é especial em relação à regra constante do art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos. Foi nesse sentido o pronunciamento do Ministro do STF, Menezes Direito, quando relator do HC 91.118/SP, j. 2-10-2007, noticiado no *Informativo de Jurisprudência STF*, n. 482. O Ministro asseverou, ainda, que o óbice em questão não se aplica a fatos anteriores à entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, pois, conforme consta do citado Informativo: “não obstante a Nova Lei de Drogas seja norma especial face à lei dos crimes hediondos, não deveria ser observada quanto a delitos ocorridos antes de sua vigência, pois, embora de tratasse de inovação processual, seus efeitos são de direito material e prejudicam o réu (CF, art. 5º, XL). Assim, enfatizou que, tendo sido o crime praticado na vigência da Lei 6.368/76, aplicável, na espécie, a Lei 8.072/90, em razão do princípio *tempus regit actum*. Ocorre que a mencionada Lei 11.464/2007 removeu o óbice antes existente e permitiu a concessão de liberdade provisória, sendo, pois, a norma que incidiria, por ser mais benigna que a Lei 11.343/2006.

A solução apresentada pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Menezes Direito, ultrapassa a premissa de que o dispositivo contido da Lei de Crimes Hediondos de caráter permissivo à concessão de liberdade provisória deveria restar tacitamente revogado pela nova vedação desta trazida pela Lei de Drogas e dá lugar à tese de que ambas as normas são capazes de coexistirem, sendo responsabilidade de seu intérprete determinar acerca de sua aplicação. O Ministro ainda vai além e tece considerações no que tange à possível retroatividade da nova disposição contida no artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, proibindo-a em face da mais gravosa consequência material que recairia sobre o réu em virtude desta.

Em segundo lugar, com relação à possibilidade da progressão de regime de cumprimento de pena dos condenados pela prática do delito de tráfico, esta se encontra atualmente possibilitada pela redação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º da Lei 8.072/90, dada pela Lei 11.464/2007. Anteriormente à edição desta última, estabelecia-se a vedação da progressão de regime diante da prática de crimes hediondos e equiparados. Porém, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, declarou a inconstitucionalidade de tal proibição, o que resultou na alteração supracitada, que determinou como regime inicial de cumprimento de pena para os

autores de crimes hediondos o fechado, possibilitando que estes progredissem de regime quando cumpridos dois quintos (em caso de réu primário) ou três quintos da pena (em caso de reincidência).

Com relação à eventual decretação de prisão temporária do acusado por crime de tráfico de drogas, o prazo desta, em conformidade com a previsão do artigo 2º, § 4º, da Lei dos Crimes Hediondos, será de trinta dias, com a possibilidade de prorrogação por igual período, se necessário.

No que tange à possibilidade de livramento condicional do agente que comete tráfico ilícito de drogas, para sua efetiva concessão deverão ser cumpridos dois terços da pena de acordo com o artigo 5º da Lei 8.072/90. Devem-se observar os casos em que o réu seja reincidente específico em crime hediondo ou, no caso, em crime de tráfico, hipóteses para as quais é vedado o benefício.

Interessante se faz tecer um pequeno apontamento relativo ao artigo 10 da Lei dos Crimes Hediondos, que acrescentou à redação do artigo 35 da Lei 6.368/76 um parágrafo único, determinando a contagem em dobro dos prazos procedimentais contidos no referido artigo em se tratando dos crimes dos artigos 12, 13 e 14 do diploma legal. Evidente que, com a edição da Lei 11.343/2006, a disposição contida na Lei dos Crimes Hediondos perdeu sua eficácia em razão da revogação da lei 6.368/76, e também pelo fato de ter o legislador estabelecido novas regras atinentes aos procedimentos nos crimes de drogas.

Por fim, quanto às modalidades delitivas elencadas pela Lei de Drogas equiparadas aos crimes de natureza hedionda, entendimento predomina no sentido de estes seriam apenas os crimes descritos pelo artigo 33, *caput*, e § 1º, incisos I, II e III. Com relação ao tráfico abarcado pelas causas de diminuição de pena elencadas no § 4º da Lei, há orientação no sentido de que este também seria equiparado aos crimes hediondos, uma vez que a incidência da redução da pena não descaracteriza o delito praticado. Porém, tese predominante defende a não equiparação nesses casos, considerando-se dois aspectos: a) o privilégio é instituto totalmente incompatível com a hediondez da qual é dotada a infração; b) de acordo com as normas penais do direito brasileiro, as circunstâncias pessoais prevalecem sobre as circunstâncias materiais, o que faz com que o privilégio se sobressaia ao caráter hediondo.

7.6 Prisão em flagrante no crime de tráfico de drogas

A prisão em flagrante daquele que incorre na prática do delito de tráfico de drogas é perfeitamente possível, visto que sobre esta não recai nenhum tipo de vedação. Portanto, presente um dos estados de flagrância elencado pelo artigo 302 do Código de Processo Penal e observadas as legalidades procedimentais referentes a este tipo de prisão, esta será totalmente legal.

Em contrapartida, diante do crime descrito no artigo 28 da Lei de Drogas, qual seja o porte de drogas para consumo pessoal, incabível é a hipótese de ocorrência da referida modalidade de prisão em decorrência da regra imposta pelo artigo 48, *caput*, e parágrafos 1º e 2º, da Lei, nesses termos:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

“§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.”

Desta forma, entende-se que, por equiparação à regulamentação feita pela Lei dos Juizados Especiais relativa ao procedimento aplicado às infrações penais de menor potencial ofensivo expressamente determinada pelo legislador, o crime de porte de substâncias definidas como drogas com a finalidade de consumo pessoal processar-se-á mediante a jurisdição destes, sendo aplicáveis subsidiariamente a este procedimento todas as disposições contidas na Lei 9.099/95.

Porém, fato é que o entendimento acerca da vedação da imposição de prisão em flagrante aos autores de crime de porte de drogas para consumo pessoal estabelecida pelo legislador ganhou específica atenção. Ora, a lógica permite-nos

concluir que, se às infrações de menor potencial ofensivo cuja pena máxima não ultrapassa o prazo de dois anos é incabível a hipótese de prisão em flagrante, muito menos seria possível proceder desta maneira com relação ao crime de porte para consumo pessoal, tendo em vista serem os tipos de sanções cominadas a este infimamente menos gravosas do que as cominadas àqueles.

Desta forma, em caso da apreensão de sujeito a título de porte ilegal de drogas para consumo pessoal, proceder-se-á à lavratura do Termo Circunstanciado, nos moldes do artigo 48, § 2º, da Lei 11.343/2006 e do artigo 69 da Lei 9.099/95. Sobre o tema, discorre o professor Damásio de Jesus (2009, p. 239):

De notar-se que o art. 48, § 2º, da Lei é categórico: “Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante (...)”. Ressalte-se que a redação do dispositivo difere daquele relativa às demais infrações de menor potencial ofensivo, uma vez que a Lei dos Juizados condiciona a não-imposição de prisão em flagrante ao encaminhamento imediato do agente aos Juizados Especiais ou à assunção do compromisso de a ele comparecer (“ao autor do que fato, após a lavratura do termo for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança” – art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.99/95).

Muito embora as redações de ambos os dispositivos mencionados na explanação supracitada sejam semelhantes, sua interpretação deve ser feita de maneira diversa, considerando que a Lei de Drogas traz uma regra incondicionada acerca da prisão em flagrante, ao passo que a Lei dos Juizados condiciona sua imposição ou não ao cumprimento de certas formalidades por parte do réu. Em sede de infração de menor potencial ofensivo, apenas não será imposta a prisão processual se o acusado for encaminhado ao Juizado ou se comprometer ao comparecimento perante este após a devida lavratura do termo circunstanciado, devendo, portanto, serem preenchidas tais condições para que a vedação do flagrante seja válida. Já no que tange ao crime do artigo 28 da Lei 1.343/2006, a regra está no sentido de que a condução ou a promessa de comparecimento do autor do fato junto à jurisdição competente existem em decorrência da não imposição de prisão em flagrante, sendo as providências cabíveis quando da apreensão do sujeito criminoso.

Lado outro, com relação ao crime do artigo 33 da nova Lei de Drogas, extrai-se a conclusão de que a prisão em flagrante é perfeitamente cabível, primeiramente da leitura da disposição contida no *caput* do artigo 48 do diploma

legal, estabelecendo a aplicação subsidiária de todas as regras concernentes a procedimentos criminais constantes do Código de Processo Penal, sendo válidas, portanto, as interpretações doutrinárias referentes a esta modalidade de prisão processual. Como visto anteriormente em ocasião de estudo acerca do flagrante nas diferentes espécies de crimes, diante de infrações penais de natureza permanente, cujo momento consumativo se prolonga através do tempo, como é o caso da maioria das condutas incriminadas pelo tipo penal em questão, a imposição da referida cautelar é permitida em qualquer tempo durante tal consumação. Neste sentido, os professores Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 186):

A forma e os casos de lavratura do auto de flagrante são as do Código de Processo Penal. A prisão em flagrante ocorrerá nas hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal e normalmente não oferecerá problemas de caracterização porque as infrações mais encontradas dos arts. 33 ou 34 enquadram-se como figuras de crimes permanentes, entendendo-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. A situação mais comum, portanto, é a do Código de Processo Penal, art. 302, I, não sendo excluídas, porém, as demais hipóteses nas figuras de vender, fornecer, preparar etc. que não são permanentes. As formalidades do flagrante são as constantes do art. 304 do Código de Processo Penal (...).

Desta forma, entendem-se aplicáveis à prisão em flagrante nos casos de crimes de tráfico de drogas todas as regras concernentes a esta elencadas pelo diploma processual penal pátrio a título de subsidiariedade à Lei de Drogas. Com efeito, a referida lei estabeleceu particularidades referentes à cautelar apenas no que tange à lavratura do auto e a questão relacionada à comprovação da materialidade delitiva, bastando para tanto a confecção de laudo de constatação indicativo da natureza e quantidade da droga. No mais, o restante do procedimento será extraído do Código de Processo Penal.

Além disso, a Lei expressamente cita a ocorrência da prisão em flagrante na redação de seu artigo 50:

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

Ora, se a norma penal estabelece regras quanto ao procedimento a ser tomado em hipóteses de flagrante delito, evidente a ideia de que este é perfeitamente aceitável, neste caso, quando ao crime de tráfico de drogas.

Consideração importante deve ser tecida no que tange à possibilidade de se efetuar a prisão em flagrante no interior da residência do indivíduo suspeito da prática criminosa. Sobre o tema, expõe o professor Damásio de Jesus (2009, p. 249), citando entendimentos dos Tribunais Superiores:

Nos termos do art. 303 do CPP, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. Alguns crimes de tráfico de drogas definidos nos arts. 33 e 34, como os dos verbos “ter em depósito”, “guardar”, e “expor à venda”, são permanentes, i. e., o momento consumativo prolonga-se no tempo. De modo que, enquanto não cessadas as condutas, a autoridade policial e seus agentes podem efetuar a prisão em flagrante de seu autor (STF, HC 67.908, RT, 656:377). E, para tanto, prescindem de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar. O STJ, já na vigência da CF de 1988, decidiu que o seu art. 5º, XI, admite, ainda que durante a noite, a entrada em casa alheia, mesmo contra a vontade do morador e sem mandado judicial, para efetuar a prisão em flagrante (RHC 1.099, 5ª Turma, DJU, 27 de maio 1991, p. 6972). Assim, nos termos do art. 5º, XI, da CF, não é proibida a entrada do agente da autoridade, mesmo durante a noite, em casa alheia, contra a vontade do morador, para efetuar prisão em flagrante. Já decidiu o STF: “Em se tratando de flagrante delito, não é necessário mandado de busca e apreensão domiciliar, pois o próprio texto constitucional admite que se penetre na casa, mesmo à noite, e sem o consentimento do morador, em caso de crime e desastre”.

Portanto, considera-se que, diante da ocorrência de crime em estado de flagrante delito é perfeitamente permitida ao policial a entrada em qualquer residência a fim de deter o autor do fato, seja esta a morada do próprio criminoso ou até mesmo de terceiro alheio à prática ilícita. De acordo com entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, isto se torna possível em decorrência de expressa determinação legal contida no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, no sentido de que a regra da proibição da violação da moradia de um indivíduo excetua-se em razão de flagrante delito, sendo, nesse caso, prescindível eventual existência de mandado judicial para a permissão da atividade policial.

Observa-se da leitura do artigo 50 da Lei 11.343/2006, que o diploma legal utilizou-se da expressão “autoridade de polícia judiciária” para referir-se àquele que possui competência para a realização de diversos atos concernentes à prisão nos crimes envolvendo drogas. A qualidade “judiciária” fora posteriormente acrescentada como complemento do termo “autoridade de polícia”. Referida

inclusão, de acordo com Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 187), afastou “a possibilidade de a autoridade policial militar, por exemplo, lavrar termo circunstanciado, já que se trata de função exclusiva da autoridade policial *judiciária*”. Sobre a atividade de polícia judiciária nos crimes da Lei de Drogas, o professor Damásio de Jesus (2009, p. 248):

É o Delegado de Polícia Civil ou Delegado Federal. Os dispositivos da Lei de Drogas utilizam a expressão “autoridade de polícia judiciária” para se referir ao servidor com atribuição para atuar na incineração de droga ou plantações ilícitas (arts. 32 e 72), lavratura do termo circunstanciado por porte de droga para consumo pessoal e encaminhamento do agente aos Juizados Especiais (art. 48, §§ 3º e 4º), lavratura do auto de prisão em flagrante (art. 50, *caput*), representação pra dilação de prazo de conclusão de inquérito policial (art. 51, parágrafo único), providências quando da conclusão do inquérito policial (art. 52, *caput*), representação para adoção de medidas assecuratórias em face dos bens ou valores que constituam produto ou proveito obtido com os crimes previstos na Lei (art. 60, *caput*) e custódia e utilização de veículos, embarcações, aeronaves, outros meios de transporte ou objetos utilizados para os crimes previstos na Lei (art. 62).

Vê-se que são inúmeras as atividades para as quais a lei determina a competência exclusiva dos detentores da função de autoridade de polícia judiciária que, como esclarecido pelo professor, são os delegados de polícia civil e delegados federais, responsáveis pela realização de todos os atos acima descritos com relação às práticas criminosas punidas segundo a Lei de Drogas.

Para a lavratura do auto de prisão em flagrante, devem ser obedecidas todas as regras contidas no Código de Processo Penal, sendo uma das formas de dar-se início ao inquérito policial. Assim, realizar-se-ão todas as etapas para a confecção do auto lá elencadas, procedendo-se, após a verificação acerca da legalidade ou ilegalidade da prisão para efeitos de eventual relaxamento, à comunicação ao preso sobre seus direitos constitucionais, tais como o aviso da prisão à família e a assistência prestada por advogado. Feito isto, passa-se à oitiva do condutor do agente criminoso, ou seja, aquele que efetuou a voz de prisão em momento oportuno, que assinará a cópia de seu termo de oitiva e receberá por parte da autoridade policial um recibo de entrega do preso. Em continuidade, serão ouvidas as testemunhas do flagrante, devendo ser no mínimo duas, obrigatoriamente; o condutor pode ser ouvido como testemunha e, em caso de falta de testemunhas da prisão, deverão ser providenciadas duas instrumentárias ou indiretas. Se houver vítima da infração, esta será ouvida logo após; se não for o

caso, ocorrerá o interrogatório do preso, que detém o direito de permanecer calado, com a ulterior entrega da nota de culpa a este.

Feito isto, serão encaminhadas cópias do auto de prisão em flagrante a diversas autoridades. Primeiramente, deve-se dar vista ao Ministério Público para que seja cientificado da prisão, sendo também responsável por apontamentos acerca de eventual ilegalidade do ato, em decorrência de sua função como *custos legis*. Cópia também será remetida ao Juízo competente para o processamento da infração, para que proceda à análise no que tange à legalidade da prisão de acordo com os ditames constitucionais (artigo 5º, LXV, CF/88). Atenção especial é dada ao tema pelo professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 222), nos seguintes termos:

Uma vez concluído o auto de prisão em flagrante, deve a autoridade policial fazer a imediata comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia daquele documento. Comunicação imediata significa a mais pronta possível, a mais rápida possível. Terminado o auto de prisão, não pode haver delongas nem demoras injustificadas, sob pena de se macular a legalidade da prisão. Cópia do auto de prisão em flagrante é mandada ao juiz para que ele examine a legalidade do ato. Não estando em termos, cabe ao juiz relaxar a prisão. A finalidade última da comunicação da prisão ao juiz consiste precisamente nisto: é para o juiz supervisionar a legalidade do ato. Havendo ilegalidade patente, de plano cabe o relaxamento (podendo ser decretada, eventualmente, a prisão preventiva, quando presentes os seus requisitos legais – art. 312 e ss. do CPP).

Do entendimento supramencionado extrai-se a suma importância conferida à pronta comunicação da prisão em flagrante à autoridade judiciária competente. O juiz deve zelar pela legalidade do procedimento, sendo sua obrigação proceder ao relaxamento da ordem de prisão se verificar a presença de alguma afronta a esta ou de nulidade procedimental. A desídia por parte do magistrado resultará em eventual responsabilização a título de abuso de autoridade, nos termos da Lei 4.898/65.

Por último, a Defensoria Pública também será alertada acerca da prisão caso o autor do fato não tenha constituído advogado. Comunicar-se-á também a família do preso que, na sequência, será recolhido ao cárcere.

O parágrafo 1º do artigo 50 da Lei de Drogas traz disposição específica a ser observada para a lavratura do auto de prisão em flagrante ante a prática dos crimes elencados por esta. O referido dispositivo faz menção à necessidade mínima de apresentação de laudo de constatação acerca da natureza e quantidade da

droga. Em crítica a confecção deste documento nos moldes estabelecidos pela Lei, sustentam Vicente Grecco Filho e João Daniel Rassi (2009, p. 187-188):

O § 1º do artigo, repetindo a Lei n. 6.368, manteve a figura estranha do laudo de constatação, provisório, da natureza da substância apreendida. No Direito Processual Penal, o exame de corpo de delito é um só, subscrito por dois peritos e só modificável se demonstrado erro ou dolo. A lei generalizou, como a anterior, para o Brasil inteiro, uma prática (aliás salutar) existente em alguns grandes centros. Os órgãos da Polícia Técnica desses centros mantêm peritos de plantão que, por meio de reagentes químicos básicos, analisam, em caráter provisório, as substâncias apreendidas a fim de que possa a autoridade policial lavar o flagrante com segurança. Como equipar a Polícia no País inteiro seria impossível, a lei admitiu que pessoa idônea (de preferência com habilitação técnica, apesar de a lei não fazer mais referência a essa circunstância) fizesse tal constatação. Ora, fazer exame de substância sem o material científico chega a ser ridículo. O perito nomeado será obrigado a fazer um prognóstico de que a substância “deve ou pode ser” entorpecente, o que, em termos processuais, é inadequado, porque o laudo de exame de corpo de delito, como vimos, é um só, e em termos farmacológicos tal prognóstico é um verdadeiro absurdo. Na verdade, a lei instituiu a figura do “cheirador” de maconha ou do “provador” de heroína, o qual, pelo aspecto externo e sua “experiência”, atestará, por escrito, que a substância apreendida “pode ser” uma das proibidas. Isto sem falarmos dos comprimidos, os quais, sem exame químico só poderão ser “identificados” pelo rótulo, pela “aparência suspeita”, odor ou sabor. A exigência, porém, está instituída e, da forma como o foi, a omissão poderia determinar a nulidade da prisão em flagrante ou a falta de justa causa para a ação penal, porque seria condicionante de ambos.

O entendimento expressado pelos professores chama a atenção para uma realidade de veras desconhecida existente no país no que tange à confecção do laudo de constatação da Lei de Drogas. Com efeito, tal exame não é realizado da forma pela qual se imagina ser, tendo em vista que, conforme relatado, seria impossível a prontidão de peritos para que, a qualquer momento, efetuassem a análise de substâncias apreendidas a título de crimes de drogas. Tendo em vista a imprescindibilidade do laudo para a regular lavratura do auto de prisão em flagrante, a saída encontrada para a problemática foi a possibilidade de confecção deste por parte de perito nomeado, o que leva a uma certa desídia na elaboração da prova que sustentará a prisão do agente, uma vez que não há a realização do devido exame da composição química da substância encontrada, sendo atestada a sua natureza com base em seus aspectos externos aparentemente característicos de elementos classificados como tóxicos.

Em contrapartida, a falha citada pelos doutrinadores parece ser sanada em sede de instrução criminal, quando há a produção de um segundo laudo pericial

de cunho definitivo, capaz de atestar de modo convicto a natureza e quantidade da substância apreendida, sendo proibido ao juiz proferir sentença condenatória na ausência deste. Ainda assim, eventual erro quando da confecção do primeiro laudo de constatação em sede de prisão em flagrante apenas será redimido tempos depois, ao final da fase instrutória do processo-crime instaurado, podendo potencialmente, durante o *iter* que se sucede entre a prisão e o referido momento, causar prejuízo grave ao agente preso em decorrência deste.

Anote-se que, conforme determina o § 2º do artigo 50 da Lei de Drogas, para fins de elaboração deste segundo laudo de constatação de caráter definitivo, o perito subscritor daquele primeiro não estará impedido para a participação em posterior elaboração.

Com a instauração do inquérito policial dada por ocasião da prisão em flagrante do indivíduo que incorre em prática delitiva elencada pela Lei 11.343/2006, o artigo 51 do diploma legal estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para sua conclusão, podendo ser prorrogados por igual prazo, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, mediante pedido devidamente justificado da autoridade de policial judiciária. No que tange à duplicação dos prazos, preceitua o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 225):

Recorde-se que todo acusado preso tem direito a ser julgado em prazo razoável (CF, art. 5.º, LXXVIII). Disso se infere que o juiz, para deferir a duplicação de prazo em caso de indiciado preso, deve ser extremamente criterioso. A fundamentação deve ser muito clara e demonstrativa da real necessidade da duplicação. Somente em casos muito esporádicos é que não haverá abuso. E note-se que agora, deferida a duplicação desnecessária, a autoridade coatora é o próprio juiz. Contra ele é que se deve ingressar com *habeas corpus* (para questionar o excesso de prazo).

Note-se a extrema atenção dada pelo entendimento do doutrinador à garantia constitucional conferida ao réu de ter julgamento proferido em ação penal na qual é parte em tempo razoável, podendo ser citado também como relevante a esta linha de raciocínio o princípio do devido processo legal, que tem o condão de atender da melhor forma os interesses dos litigantes através da prestação jurisdicional adequada. Nos casos de duplicação de prazo para conclusão do inquérito policial que investiga crimes de droga, é dever da autoridade policial zelar pelo bom andamento do procedimento investigatório a fim de que este seja concluído no menor prazo possível para que não cause maiores prejuízos ao

indiciado preso. Não há de se falar em dilação injustificada deste tipo de prazo, uma vez que se caracterizaria constrangimento por parte das autoridades responsáveis pelo andamento do procedimento, cabendo impetração de *habeas corpus* contra qualquer ato que configure abuso excessivo, tanto por parte do delegado de polícia quanto do juiz competente para o julgamento da ação.

Com o término do prazo para a conclusão do procedimento investigatório, os autos serão obrigatoriamente remetidos ao juízo competente para o processamento e posterior julgamento do feito, nos termos do artigo 52, *caput*, da Lei 11.343/2006. No momento da referida remessa ao juízo, a autoridade policial poderá proceder de duas formas, conforme elencam os incisos I e II do dispositivo: primeiramente e, em sendo o caso, o delegado de polícia relatará o fato de forma sintetizada, apontando as principais circunstâncias do fato criminoso, amparando-se, também, em todas as provas colhidas durante o procedimento. Por outro lado, é facultada a este a possibilidade de requerimento de devolução dos autos para a realização de outras diligências necessárias para o deslinde da investigação, para que possa atribuir concretamente uma justa causa à propositura da ação penal. Porém, no que tange a esta devolução nos casos em que o indiciado encontrar-se preso, ensina o professor Luiz Flávio Gomes (2006, p. 227):

Quando preso o agente, impossível a devolução do inquérito. Se existe motivo para a prisão, existem fundamentos básicos para a propositura da ação penal. Estando o indiciado preso, portanto, nada impede que o Ministério Público ofereça denúncia e, separadamente, sejam efetivadas outras diligências (pela autoridade policial). Se o indiciado está preso e realmente se faz necessária a devolução do inquérito policial, o correto então é liberar o réu e devolver o inquérito depois.

Apesar da lei não fazer expressa menção à proibição de devolução do inquérito nos casos em que o indiciado encontra-se preso durante a investigação, a doutrina a interpreta desta forma. Ora, se ao juiz nos casos de requerimento de dilação de prazo para conclusão do procedimento investigatório é determinado proceder da forma mais benéfica ao réu, sendo possibilitada a duplicidade apenas em casos de justificada necessidade por parte da autoridade policial, não haveria sentido a permissão de devolução do inquérito para a realização de mais diligências uma vez que isto estenderia o período investigativo e, conseqüentemente, a prisão do indiciado. A solução apresentada acima diz respeito ao oferecimento da denúncia

pelo Ministério Público mediante o inquérito policial na forma em que se encontra, sendo cumpridas concomitantemente as demais diligências necessárias ao processo. Se, de fato, houver a efetiva devolução do inquérito à autoridade policial, defende o doutrinador que o indiciado deverá ser posto em liberdade.

Porém, não obstante ocorra a devolução com fim específico de realização de novas diligências necessárias à instrução penal, a autoridade policial está autorizada a proceder à continuidade da atividade investigativa durante toda a duração do processo crime, devendo apresentar tudo quanto foi levantado em até três dias que antecedem a audiência de instrução, debates e julgamento da causa.

Então, diante do recebimento definitivo dos autos da autoridade policial, o juízo competente deverá remetê-los ao Ministério Público para que proceda da forma pela qual achar cabível (artigo 54, Lei 11.343/2006). Inicialmente, poderá ser efetuado o pedido de arquivamento dos autos, em se verificando, por exemplo, a insuficiência de provas que embasem a denúncia do agente etc. O arquivamento deve ser necessariamente requerido, sendo vedada a possibilidade de o juiz agir de ofício neste sentido. Poderá também ser solicitada a realização de diligências que colaborem com o posterior oferecimento da denúncia, porém deve-se observar que isto apenas ocorrerá nos casos em que forem imprescindíveis para este fim. Por fim, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia em face do preso em flagrante, sendo aplicadas aqui todas as determinações acerca deste instituto contidas no Código de Processo Penal brasileiro. O oferecimento da peça acusatória marca o início da ação penal.

8 DO FLAGRANTE PREPARADO

Especificamente, o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade da ocorrência do chamado flagrante preparado ou provocado nos casos dos crimes descritos pelo artigo 33 da Lei nº. 11.343/2006, ou seja, tráfico de drogas. A referida modalidade de prisão em flagrante é conceituada pela doutrina como sendo aquela na qual há um induzimento produzido por parte de um determinado particular ou dos agentes policiais à prática do crime. O que se faz mister para a configuração de tal fenômeno é a tomada de providências por parte da própria polícia controladora da ação do criminoso para que o ilícito não chegue a se consumir. A título de exemplificação acerca do referido instituto, brilhantemente ensina o professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 442):

Normalmente, o exemplo apresentado para fins de caracterização do flagrante preparado ou provocado parte da suspeita existente acerca da autoria de delitos anteriores, de tal maneira que um terceiro, denominado agente provocador, atuaria com a finalidade específica de proporcionar uma situação de realidade na qual o suspeito se veria compelido a repetir (já que ele é o suspeito) a infração. No momento em que ele assim atuasse, a polícia, já previamente colocada em posição estratégica, efetuará a prisão em flagrante delito.

Evidencia o professor a finalidade da prática conhecida como flagrante preparado, sendo esta comumente utilizada em situações nas quais se pretende efetuar uma apuração de eventual cadeia delitiva antes caracterizada. O suspeito de incorrer em práticas ilícitas é colocado como sujeito ativo do flagrante, sendo influenciado mediante argumentos apresentados por uma terceira pessoa a fim de que este efetivamente pratique o crime para o qual o induzimento o direciona.

Segundo o professor Fernando Capez (2012, p. 316), pode-se dizer que há a existência de flagrante preparado “quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando a sua vontade, e, logo em seguida, o prende em flagrante.” Nota-se que o referido entendimento expressou a ideia de haver um vício presente na conduta daquele que pratica o crime instigado por terceiro, tendo em vista que o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de incorrer na ação ilícita não surge do subjetivo deste, é apenas

implantando à sua mente pelo agente provocador, de modo que o autor do fato não o teria praticado sem a devida orientação por parte de outra pessoa.

Buscando conceituar o flagrante provocado e proporcionar sua exemplificação através da citação de uma hipótese concreta de ocorrência, o professor Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1281) utiliza-se da possibilidade deste se materializar a título de crimes de drogas, nos seguintes termos:

Ocorre quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consuma. Como adverte a doutrina, nessa hipótese de flagrante o suposto autor do delito não passa de um protagonista inconsciente de uma comédia, cooperando para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores, ou da simulação da exterioridade de um crime.

Exemplificando, suponha-se que, após prender o traficante de uma pequena cidade, e com ele apreender seu computador pessoal no qual consta um cronograma de distribuição de drogas, a autoridade policial passe a efetuar ligações aos usuários, simulando uma venda de droga. Os usuários comparecem, então, ao local marcado, efetuando o pagamento pela aquisição da droga. Alguns minutos depois, são presos por agente policiais que se encontravam à paisana, sendo responsabilizados pela prática do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

O doutrinador reitera o exposto pelo professor Eugênio Pacelli no que tange à possibilidade de se proceder ao flagrante preparado como um meio investigativo de cadeia criminosa anteriormente formada, apurando-se a autoria de determinados crimes pela pessoa que será influenciada à prática ilícita. Porém, acentua o fato de que o indivíduo não passará de um mero protagonista de uma comédia forjada, tendo em vista que sua ação será totalmente controlada pela atividade policial desde o momento em que a ideia de praticar o ato criminoso é implantada em sua mente.

Complementando sua explicação, Renato Brasileiro cita um exemplo de situação concreta na qual se verificaria a ocorrência do flagrante provocado, hipoteticamente esquematizando uma situação na qual, após a prisão de um traficante de drogas e a consequente apreensão e averiguação de seu computador pessoal, a organização policial estabelecesse contato com todos os possíveis consumidores da droga fornecida por este, propondo-os uma venda. Ao passo em que as pessoas contactadas começassem a comparecer ao local acertado, realizando-se a negociação e entrega da substância, referidos adquirentes seriam

prontamente autuados em flagrante pela prática de crime previsto pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006. Anote-se que, conforme anteriormente estudado, é vedada a prisão decorrente do flagrante desta prática delituosa, em virtude de expressa disposição legal contida no artigo 48, § 2º, da Lei de Drogas, resultando a ação esquematizada pela polícia apenas na lavratura de termo circunstanciado e no encaminhamento dos agentes ao juízo competente.

Em síntese, para o devido entendimento do instituto do flagrante preparado, deve ser observada a presença de dois requisitos necessários para a sua configuração, quais sejam o induzimento do agente criminoso por parte do provocador e a impossibilidade da efetiva consumação do delito em virtude da ação policial previamente ordenada.

8.1 Flagrante preparado *versus* flagrante esperado

O que muitas vezes ocorre é a confusão feita entre o mencionado tipo de prisão em flagrante com outra modalidade muito semelhante a este, o chamado pela doutrina de flagrante esperado. A diferenciação entre estas duas ordens de flagrante delito é imprescindível para que possamos conceituar devidamente o instituto em questão e influencia diretamente na interpretação acerca da legalidade ou não do flagrante ocorrido.

Primeiramente, com relação ao flagrante preparado, tem-se considerado este como uma prática inválida, justamente por dois fatores: a) ter sido o agente criminoso induzido a praticar ato que, se não fosse por provocação feita por parte de agente policial, não teria feito; b) as próprias precauções tomadas por parte da organização policial para que, mesmo mediante a provocação e a efetiva prática do delito, este não seja hábil a produzir seus resultados, evitando-se a consumação da infração.

Doutro lado, entende-se ser o flagrante esperado forma válida de prisão, pois neste não há provocação para que o agente incida na prática delituosa. O que ocorre é a mera predisposição das forças policiais que previamente tomam conhecimento de que o autor irá praticar determinado crime e, organizando-se estrategicamente, aguardam em posição para efetuar sua prisão em flagrante.

Desse modo, preceitua a maior parte da doutrina pela validade deste procedimento, tendo em vista que a ideia, ou seja, a vontade de efetuar o ato criminoso surge da mente do próprio agente, que em nada fora instigado ou induzido. Neste sentido, discorre e exemplifica o professor Eugênio Pacelli (2009, p. 443):

No flagrante esperado, não há intervenção de terceiros na prática do crime, mas informação de sua existência. Ocorreria, por exemplo, quando alguém, que por qualquer motivo tivesse conhecimento da prática futura de um crime, transmitisse tal informação às autoridades policiais, que então se deslocariam para o local da infração, postando-se de prontidão para evitar a sua consumação ou o seu exaurimento. Nesse caso, a ação policial seria de espera, e não de provocação, donde a diferença de ser esse um flagrante válido, ao contrário daquel'outro.

O doutrinador atribui uma palavra chave para o entendimento da diferenciação entre os flagrantes preparado e esperado, qual seja a própria expressão “espera”. Neste último, a polícia ou terceira pessoa em nada provocam o agente à prática delituosa; o que ocorre é o conhecimento anterior da infração a ser praticada para que se possa proceder à prisão do indivíduo através de esquema que possa ser premeditado para alcançar este fim.

Ao referir-se à analisada diferenciação, o professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 531), utilizando-se dos ensinamentos de Nelson Hungria, bem como de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, expressou sua orientação:

Contudo não se deve confundir o *flagrante preparado* com o *flagrante esperado*. Hungria, aliás, já chamava a atenção para a distinção: “Deve-se notar, porém, que já não há falar em crime putativo quando, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a este apenas se dá o ensejo de agir, tomadas as devidas precauções” (cf. *Comentários*, cit., v. 1, t. 2, p. 105).

O Excelso Pretório, no Recurso de *Habeas Corpus* n. 55.361, cuja ementa foi pulicada no *DJU* (12-8-1977, p. 5471), adiantou: “... Não se pode confundir o agente provocador com o funcionário policial que, informado previamente acerca de crime que alguém está praticando ou vai consumir, diligencie prendê-lo em flagrante, pois em tal hipótese a intervenção da autoridade não provocou nem induziu o autor do fato criminoso a cometê-lo.

O doutrinador em sua manifestação expressa o entendimento da parte majoritária da doutrina, sendo inclusive adotado pela Suprema Corte brasileira no sentido de que o fator diferencial que se faz ausente na configuração do flagrante

esperado é o induzimento ao delito por parte de terceira pessoa. Como bem se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, não há de se confundir a figura do agente provocador que procede à instigação do autor do fato criminoso à sua prática com a figura dos agentes policiais que somente organizam tática de ação para efetuar a prisão daquele que previamente já se conhecia a intenção autonomamente formada.

Ainda a título da conceituação do flagrante esperado, relevante é a explanação feita pelo professor Fernando Capez (2012, p. 317) que, por sua vez, cita julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Nesse caso, a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação. Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. O agente comete crime e, portanto, poderá ser efetuada a prisão em flagrante. Esta é a posição do STJ: "Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem utilização de agente provocador" (RSTJ, 10/389).

Parece-nos que no supramencionado caso concreto objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, uma das principais (senão a principal) problemáticas a ser solucionada era exatamente o estabelecimento de regras ou parâmetros para a devida diferenciação entre as discutidas modalidades de flagrante e o enquadramento da ação ocorrida em uma delas para efeitos de deliberação acerca da legalidade da prisão. Ocorre que o tribunal em questão expressamente apresentou a determinação para que fosse esclarecida a dúvida sobre a espécie de flagrante que teria sido ocasionada, exteriorizando sua orientação sobre a diferença entre os institutos.

No tocante ao flagrante esperado, expõe o professor Renato Brasileiro (2011, p. 1282-1283) sua interpretação sobre o instituto da seguinte maneira:

Nessa espécie de flagrante, não há qualquer atividade de induzimento, instigação ou provocação. Valendo-se de investigação anterior, *sem a utilização de um agente provocador*, a autoridade policial ou terceiro limita-se a aguardar o momento do cometimento do delito para efetuar a prisão em flagrante, respondendo o agente pelo crime praticado na modalidade consumada, ou, depender do caso, tentada. Tratando-se de flagrante legal, não há falar em relaxamento da prisão nos casos de flagrante esperado, funcionando a liberdade provisória com ou sem fiança como medida contracautela.

À ideia fixada pelo doutrinador, podemos associar a diferenciação também estabelecida por Damásio de Jesus (2009, p. 253):

Flagrante provocado: ocorre no delito putativo por obra de agente provocador. É impunível. Caso em que a vítima ou policial provoca ou induz o sujeito à prática do fato, tomando cautelas que tornam impossível a consumação do crime. Na hipótese do flagrante esperado, em que existe crime, o agente da autoridade ou a vítima apenas deixam o sujeito agir, sem provocação ou induzimento, prendendo-o na realização do fato.

Observa-se a preocupação da doutrina ao estabelecer o conceito e a distinção entre as duas tratadas modalidades de flagrante delito em salientar a ausência de qualquer forma de induzimento ou instigação nos casos de flagrante esperado, tendo em vista que a linha entre este e o flagrante preparado é deveras tênue. Dessa forma, pode-se concluir que, para parte majoritária da doutrina, há uma diferença estabelecida entre as duas práticas, decorrente pura e simplesmente da presença ou não de influência de terceira pessoa sobre a ação do agente criminoso.

Porém, há orientação sustentada por renomados autores como Júlio Fabbrini Mirabete e Eugênio Pacelli de Lima no sentido de que esta segregação entre as duas naturezas de flagrância inexistente, estudo que será realizado logo mais adiante, ao discorrer-se sobre as teses que sustentam a potencial legalidade do flagrante preparado.

8.2 Da ilegalidade do flagrante preparado

Como anteriormente adiantado, a prisão em virtude da preparação do flagrante pela polícia tem sido entendida como ilegal por parte majoritária da doutrina e jurisprudência brasileiras, sendo vários os argumentos utilizados para que se chegue a esta conclusão.

Primeiramente, segundo Damásio de Jesus (2011, p. 239), acredita-se estar diante da ocorrência de crime putativo, desta forma conceituado pelo doutrinador, conforme trecho extraído de sua obra:

Ocorre o delito putativo (ou imaginário, ou erroneamente suposto) quando o agente considera erroneamente que a conduta realizada por ele constitui crime, quando, na verdade, é um fato atípico. Só existe na imaginação do sujeito. Nesse caso não há crime, pois o fato não infringe a norma penal. O delito putativo, na realidade não é uma espécie de crime, mas uma maneira de expressão para designar esses casos de “não crime”.

Assim, entende-se que o crime putativo ocorre nas hipóteses em que o autor da infração imagina estar cometendo um crime quando na verdade não está, pois o enquadramento de sua conduta como típica está excluído por algum fator externo não conhecido por ele. De acordo com os ensinamentos do professor, delito putativo é gênero criminal ao qual pertencem três espécies: o crime putativo por erro de proibição, crime putativo por erro de tipo e crime putativo por obra de agente provocador, este último sendo especificamente o ocorrido em sede de flagrância mediante provocação.

Destrinchando-se a expressão, tem-se que o agente principal do flagrante preparado, qual seja o criminoso, incide em delito putativo, pois na realidade a conduta praticada por este não será enquadrada em qualquer tipo penal existente, tendo em vista que o resultado do crime não será alcançado em virtude da predisposição policial que agirá antes mesmo que ocorra a consumação da infração. Complementa-se a nomenclatura com o termo “por obra de agente provocador” pelo fato de o agente se dirigir à prática delituosa não por vontade livre e consciente, mas por pura instigação de terceiro.

Dessa forma, para o doutrinador, a grande fundamentação utilizada para que se atribua a ilegalidade à prisão daquele indivíduo alvo da preparação do flagrante é exatamente a inexistência do crime praticado pelo agente, tendo em vista que este foi induzido a incidir no ilícito penal mediante influência psicológica de terceira pessoa integrante ou colaboradora do esquema policial prontamente destinado a efetuar a prisão do indivíduo no momento em que se daria a consumação delitiva.

Doutro lado e interligando-se à ideia sustentada por Damásio de Jesus, Fernando Capez (2012, p. 316) defende estar essa espécie de flagrante maculada pela ilegalidade por se tratar de caso de ocorrência do chamado crime impossível, nos seguintes termos:

Trata-se de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado. (...) Neste caso, em face da ausência de vontade livre e espontânea do infrator e da ocorrência de crime impossível, a conduta é considerada atípica.

A tese acima exposta associa-se ao entendimento do professor Damásio de Jesus, evidenciando-se a inexistência de dolo por parte do agente criminoso ao praticar a infração penal, que apenas foi realizada em virtude de uma provocação alheia, acrescentando-se a isto o fator consistente no impedimento da ocorrência do resultado crime pela ação policial. Aí está inserida a incidência de crime impossível, pois há uma circunstância capaz de impedir que a conduta do agente alcance a produção de qualquer resultado lesivo ou ato de exaurimento. Ou seja, mesmo que depois de instigado o autor do crime haja com afincos para que a operação ilícita obtenha “sucesso”, isto seria totalmente ineficaz, tendo em vista a predisposição por parte dos provocadores do flagrante a impossibilitar a consumação do crime.

Sobre a referida impossibilidade consumativa, esclarece Damásio (2011, p. 241), inspirado pelos ilustres ensinamentos dos mestres Nelson Hungria e Aníbal Bruno:

É certo que a inidoneidade não reside no *meio* empregado pelo sujeito nem no *objeto*. Todavia a impossibilidade de o crime vir a ser praticado existe no *conjunto das medidas preventivas tomadas pelo provocador*, no conjunto das circunstâncias em que o fato deve ser realizado. Então, como dizia Aníbal Bruno, o sujeito é posto em situação de cometer o delito pretendido, irrealizável, entretanto, pela vigilância que se exercita sobre ele. Embora o sujeito não saiba, a sua conduta não se dirige na realidade para a agressão de nenhum bem jurídico. E, então, no conceito realista em que se apoia o Direito vigente, não pode haver delito, ainda que os fatos revelem plenamente a capacidade e a decisão criminosa do sujeito. Não se configura o tipo penal, pois, apesar do comportamento do agente, não se trata, na realidade, de coisas como matar alguém, de subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel. Há apenas um simulacro de ação que concretizaria o tipo.

Assevera-se, portanto, questão acerca de um apontamento até agora não visto: conforme defende o professor, deve-se considerar que a impossibilidade da consumação do delito não reside na efetivação desta, mas sim na simples adoção das medidas pela atividade controladora da ação criminosa. Ou seja, não há necessidade de que as precauções tomadas atinjam o fim a que se destinam, pois a

impossibilidade decorre apenas de sua pura presença. Em decorrência disto, toma-se por conclusão que a conduta praticada pelo sujeito instigado ao ilícito não possui a finalidade de produzir ameaça ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal ao qual é instigado a cometer.

Ainda de acordo com Damásio (2011, p. 242), é perfeitamente possível que se enquadre a conduta praticada quando da ocorrência de flagrante preparado ao disposto pelo artigo 17 do Código Penal Brasileiro, que desta forma dispõe:

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Em análise ao diploma penal pátrio, pode-se verificar que o legislador atribuiu ao artigo transcrito acima a titulação de “crime impossível”, estabelecendo que assim considerar-se-á quando houver absoluta ineficácia do meio empregado para a consumação do resultado da infração ou absoluta impropriedade do objeto do ilícito penal, razões que impossibilitariam o momento consumativo. Segundo o doutrinador, muito embora o conjunto de medidas tomadas pela força policial que constituem circunstâncias preparadas pelo agente provocador não estejam elencadas como forma de afastamento da punição pelo dispositivo penal em questão, estas poderão, por analogia, serem entendidas como fatores impossibilitantes da consumação de um determinado crime, tendo em vista não tratar-se de norma penal que agravaria o tratamento dado ao acusado. Neste sentido, dispõe Damásio (2011, p. 242):

Em face disso, além da ineficácia absoluta do meio e da impropriedade absoluta do objeto, o preceito pode ser integrado pela inidoneidade do conjunto das circunstâncias preparadas pelo agente provocador, que exclui a possibilidade de consumação do delito. Trata-se de suprir uma lacuna da lei. Caso contrário, haveria incoerência: se o crime é impossível quando o meio é absolutamente ineficaz ou absolutamente impróprio o objeto, não seria impossível quando, havendo ação em si idônea e objeto, em consequência do conjunto de circunstâncias, seria absolutamente impossível a sua consumação.

Dessa maneira, o professor expressa o fato de que, se as precauções tomadas por parte da atividade policial organizada não forem entendidas como

circunstâncias caracterizadoras de crime impossível, haveria clara contradição legal, pois isto configura uma analogia que busca suprimir uma lacuna legislativa criada.

De modo conciso, Renato Brasileiro (2011, p. 1282) sintetiza a posição doutrinária formada pela ilegalidade do flagrante baseada nos fundamentos acima expostos:

(...) estará caracterizado o flagrante preparado, como espécie de crime impossível, em face da ineficácia absoluta dos meios empregados. Logo, diante da ausência de vontade livre e espontânea dos autores e da ocorrência de crime impossível (CP, art. 17), a conduta deve ser considerada atípica. Cuidando-se de flagrante preparado, e, por conseguinte, ilegal, pois alguém se vê preso em face de conduta atípica, afigura-se cabível o relaxamento da prisão pela autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, inc. LXV).

Logo, têm-se a associação dos fatores referentes à provocação feita por terceira pessoa ao agente autor da infração penal e da potencial ineficácia do modo utilizado para a consumação do crime em decorrência das medidas de precaução tomadas pela ação policial devidamente organizada como fundamentos para que se entenda a prisão ilegal nos casos de preparação do flagrante, sendo possível, então, o consequente relaxamento desta por parte do magistrado, a depender do caso concreto. Como sempre reforçado, esta é a orientação predominantemente adotada pela doutrina brasileira. Relativamente à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal desta forma também interpretou a questão atinente à ilegalidade de cautelar oriunda de flagrante provocado, buscando pacificar o entendimento adotado através da edição da Súmula 145, nos seguintes termos:

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

Referindo-se expressamente à preparação do flagrante, a Suprema Corte expôs sua avaliação acerca do referido instituto, atribuindo a este caráter ilegal em decorrência da impossibilidade da produção do resultado crime pela ação policial preordenada a esta finalidade. Há de se ressaltar que, embora a matéria esteja sumulada pelos integrantes da máxima corte judiciária do país, o dispositivo não possui caráter vinculante, ou seja, não condiciona as decisões dos juízes e

demais tribunais à adoção deste pensamento, possibilitando que sejam proferidas decisões no sentido contrário do estabelecido.

8.3 Da legalidade do flagrante preparado

Não obstante o entendimento majoritário da doutrina brasileira seja pela ilegalidade da prisão decorrente da provocação do flagrante delito de tráfico de drogas, adotado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho de pesquisa tem por objetivo a defesa de tese diversa a esta, no sentido de que a referida prisão não estaria acometida pela mácula da ilegalidade.

Como importante expoente defensor deste pensamento, o ilustríssimo professor Eugênio Pacelli afasta cada um dos argumentos nos quais se funda a tese da ilegalidade, quais sejam o induzimento ou instigação à prática criminosa por parte de uma terceira pessoa e a impossibilidade da consumação do delito frente à predisposição dos agente policiais para a realização da prisão antes da superveniência de algum resultado ou exaurimento.

Primeiramente, contrarrazoando o fundamento de que o autor do ilícito penal estaria isento de responsabilização devido à maculação de sua conduta pelo vício originado da instigação obra do agente provocador, alega Pacelli (2009, 442-443) que diante do encontrado na legislação penal brasileira a título de penalização da conduta do autor de crime que fora provocado por outra pessoa não haveria razão em se afastar a punibilidade do agente nos casos de prisão decorrente de flagrante preparado.

O Código Penal de 1940 prevê em seu artigo 29, *caput*, a responsabilização daquele que de qualquer forma concorre para a prática delituosa, seja como partícipe ou coautor. Eis o texto legal:

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Dessa forma, entende-se que a penalização originada pela ocorrência de ilícito penal recairá sobre todos os que concorreram para a sua prática, inclusive

para autor instigado a ela. Esta ideia é expressada por Pacelli (2009, p. 442-443), nos seguintes termos:

(...) O Direito Penal brasileiro prevê pelo menos uma modalidade de participação dolosa em crime, na qual a conduta do partícipe é precisamente no sentido de provocar a atuação do agente (autor). E não há a menor dúvida de que, pelo nosso Direito, ambos (tanto o partícipe quanto o autor) são punidos, na medida de sua culpabilidade (art. 29, CP).

Com efeito, na participação por determinação (art. 31, CP), a ideia do crime nem sequer existia na mente do autor, mas, por obra e graça (...) da ação provocadora do partícipe, a vontade é gerada e o crime praticado. Solução: punição do autor e do partícipe.

Ora, se assim é, não vemos como afastar a responsabilidade penal do autor que age por provocação de terceiro, pelo menos sob o argumento da influência no ânimo e contaminação da vontade do agente. Como vimos, na participação por determinação há, inegavelmente, a mencionada intervenção (influência do ânimo) e a presença de suas consequências (vício ou contaminação da vontade), revelando-se, porém, insuficientes para afastar a responsabilidade penal do autor.

Conforme brilhantemente esclarecido pelas palavras do doutrinador, para fins de se chegar à conclusão de que a instigação não constitui motivo para atribuir-se a ilegalidade à prisão em flagrante provocado, deve ser estabelecida uma comparação do referido instituto a uma determinada modalidade de participação em crimes, amparando-se nas regras do sistema penal brasileiro concernentes ao concurso de pessoas.

Nos casos em que se verifica a ocorrência da chamada participação moral, ou seja, aquela através da qual uma terceira pessoa implanta a ideia de incidir na prática criminosa no psicológico daquele que posteriormente será o autor da infração, ou até mesmo alimenta uma intenção já existente no ânimo do indivíduo no sentido de incorrer no ilícito penal, a solução apresentada pelo legislador e interpretada desta forma pela doutrina é a responsabilização penal de ambos os sujeitos, ou seja, do autor e do partícipe que praticou a instigação, determinação ou induzimento.

Ora, vê-se claramente que a situação aqui retratada é deveras semelhante àquela ocorrida em sede de preparação do flagrante pela polícia. A diferenciação consiste no fato de que, nos casos em que se verifica a participação em crime nos moldes apresentados acima (participação por induzimento, determinação ou instigação), o terceiro responsável pela influência psíquica

realizada sobre o autor da ação pode ser qualquer pessoa, sendo comum que se constate na maioria dos casos um efetivo interesse deste na prática delituosa. Porém, quando se dá a provocação da conduta do agente mediante instigação com a finalidade que este incida na prática criminosa para que possa se efetuar a sua prisão, não obstante a referida provocação também possa ser feita por qualquer pessoa, o agente provocador evidentemente é caracterizado por integrante do esquema destinado ao encarceramento do autor do crime, não possuindo interesse na consumação do delito, ao contrário, interessando-se na punição do meliante.

Esclarecida essa diferenciação acerca dos agentes instigadores em ambas as situações, deve-se apontar que o legislador, como forma de solução para determinar eventual punição a todos os que concorreram para a prática delituosa, estabelece a regra de que tanto o autor quanto o partícipe serão responsabilizados por esta na medida de sua culpabilidade.

Evidente que, com relação ao explanado logo acima, a mencionada regra deva ser aplicada apenas no que tange aos casos de participação moral, tendo em vista que, nos casos em que ocorre o flagrante preparado, o agente provocador age em nome da atividade policial com o intuito de provocar a prisão do autor do crime, sendo clara a sua vontade de concorrer para que este não produza resultados, proporcionando apenas a finalidade para a qual se destina, qual seja o encarceramento.

Assim, de acordo com o pensamento defendido por Eugênio Pacelli, resta infundado o primeiro argumento que embasa a conclusão pela ilegalidade de prisão decorrente de flagrante preparado, tendo em vista que a lei não isenta de punição aquele que incide na prática criminosa mediante instigação de outrem a título de participação.

Em contrapartida ao segundo fundamento da atribuição de caráter ilegal à prisão em flagrante decorrente da provocação da prática delituosa, aponta Pacelli (2009, p. 443):

(...) Não é inteiramente correto falar-se em crime impossível, porquanto, pelo menos em tese, será sempre possível a fuga. E, no ponto, convenhamos: elaborar uma construção teórica fundada na eventualidade de cada caso concreto (se houver fuga, é crime; se não houver, não é), parece-nos demasiadamente inconsistente e arriscado. Para que pudéssemos falar em impossibilidade, teríamos de nos referir à impossibilidade absoluta do meio (a ação criminosa), na qual não houvesse

nenhuma possibilidade de fuga do autor, o que não nos parece correto nem adequado fixar para toda e qualquer hipótese de preparação do flagrante.

O doutrinador rebate o argumento de que em decorrência da preparação do flagrante pela polícia há a configuração de crime impossível já conceituado anteriormente firmando-se na ideia de que não se pode generalizar uma posição imutável e extremamente rígida acerca de situações que permitam uma variedade de resultados como esta. Aqui o raciocínio deve ser construído tomando-se por base uma expressão popularmente muito conhecida entre os operadores do direito: “cada caso é um caso”, atentando-se para a possibilidade da ocorrência da exceção, e não da regra.

Nada obsta que, mesmo diante da predisposição de um esquema de atividade montado pelos agentes policiais, o agente criminoso consiga incorrer em fuga logo após a consumação a infração, evadindo-se da prisão. O apontamento feito por Pacelli trabalha com a lógica de que sempre haverá uma possibilidade, uma chance de que o delito venha a se consumir, e mais, de que a prisão do agente reste frustrada diante de uma eventual fuga ou até mesmo eventuais fatores externos ao planejamento policial, bem como o do próprio autor do crime. Para o professor, não seria certo tomar-se por base uma premissa absoluta para toda e qualquer hipótese de preparação do flagrante, tendo em vista que a situação pode muito bem fugir de todo o controle.

Sobre este argumento utilizado para a diferenciação entre os flagrantes preparado e esperado, pronuncia-se Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 379-380), indo de encontro com a posição defendida por Pacelli:

A distinção, para nós, não corresponde exatamente ao enunciado da súmula, que não distingue entre flagrante **provocado** e flagrante **esperado**, já que se refere a flagrante **preparado**, ou seja, quando a polícia se arma de meios para efetuar a prisão, que pode ocorrer porque houve induzimento à prática da infração penal (crime provocado), quer porque, por diligências, vigilância, informações etc., sabe que o agente vai praticar o ilícito (crime esperado). O que é decisivo, como se pode observar da redação do enunciado do STF, é que as providências policiais tornem “impossível” a consumação do crime. Nessa hipótese há um caso de **crime impossível** (e não crime putativo), quer porque o agente não dispõe de **meios** necessários para conseguir a consumação, quer por ser inexistente ou impróprio o **objeto** material que a permitiria (art. 17, CP). Ninguém negará, por exemplo, que, induzido por alguém, o agente pode burlar o esquema montado pela Polícia para efetuar a prisão, conseguindo a consumação do ilícito (desfechando tiros na vítima, subtraindo a coisa etc.). Ainda que “provocado” o flagrante, não se tornou impossível a consumação do crime,

possibilitando-se a prisão. É possível, inclusive, a responsabilização criminal do agente provocador, conforme a hipótese. De outro lado, em caso de flagrante esperado, quando a polícia retira a possibilidade de consumação (retirando a vítima do local onde se pretende matá-la ou os objetos que seriam subtraídos etc.), haverá no caso crime impossível, que não autoriza seja o agente preso em flagrante. Assim, não importa se se cuida de flagrante “provocado” ou flagrante “esperado”; permite-se a prisão se em qualquer das hipóteses houvesse possibilidade de consumação; caso contrário, a prisão não pode ser efetuada.

O professor primeiramente faz uma referência à interpretação dada pela doutrina majoritária ao enunciado da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, explanando que esta não estabelece nenhuma distinção acerca dos institutos do flagrante provocado e esperado, focando-se no fator da impossibilidade de consumação delitiva. Ou seja, o que determina a ilegalidade da prisão deve ser a efetiva configuração de crime impossível e não a sua classificação entre as modalidades de flagrância existentes.

Isso posto, não se deve condicionar ao pensamento de que uma espécie seria dotada de legalidade e a outra não, tendo em vista que mesmo com a tomada de providências pela polícia visando burlar o momento consumativo da infração, há a possibilidade de o agente criminoso esquivar-se de tais medidas, acabando por efetivamente fazer com que o crime praticado atinja seu resultado ou produza seus atos de exaurimento. Caso isso ocorra, não importa haver flagrante na modalidade esperada ou preparada, a prisão do agente deverá ser efetuada frente à consumação da infração penal e à lesão concretamente produzida sobre determinado bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

A permissão da imposição da cautelar decorre da disposição da súmula editada pela Suprema Corte que apenas proíbe a prisão do autor do fato quando a consumação deste torna-se impossível; doutro lado, em não havendo impossibilidade e ocorrendo a efetiva concretização do resultado da conduta do agente, será totalmente válida a prisão imposta a este, sem considerar-se qualquer enquadramento na espécie flagrante provocado, pois apesar de induzido à prática, não restou cumprido o outro requisito no qual se fundamenta a ideia da ilegalidade, qual seja a não consumação do crime.

Damásio de Jesus (2012, p. 241), ao discorrer sobre o instituto do crime de flagrante provocado, faz a seguinte consideração baseando-se no entendimento de Aníbal Bruno:

De ver que o delito putativo por obra de agente provocador, que Aníbal Bruno inseria no crime impossível, só se apresenta nos casos em que, em face das circunstâncias predispostas, há exclusão “absoluta” da possibilidade de o fato vir a ser consumado; nos casos concretos em que, *a priori*, a vigilância providenciada pelo agente provocador constitui uma barreira intransponível para o sujeito. É esta a hipótese: parte do pressuposto de que a predisposta vigilância e as demais circunstâncias do caso concreto tornam *absoluta* a impossibilidade de lesão do interesse jurídico. Assim, se não obstante as providências tomadas, o agente *lesa o bem jurídico*, não há falar em delito putativo. É que, então, as providências e circunstâncias não eram de molde a acautelar o bem jurídico, em face do que o agente responde pelo crime.

Destarte, do entendimento acima transcrito extrai-se a ideia de que as providências tomadas pela força policial com o intuito de burlar os efeitos consumativos da conduta do agente criminoso apenas caracterizarão fundamentos para se estabelecer a ocorrência de crime impossível quando forem aptas ao fim a que se destinam, ou seja, quando realmente conseguirem evitar que o delito alcance sua consumação, porquanto apenas dessa forma será verificada a verdadeira capacidade dessas medidas para a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal ao qual o agente é provocado a praticar.

Nas palavras de Magalhães Noronha (1980, apud Damásio, 2011, p. 240), “desde que não haja ineficácia absoluta do meio ou impropriedade total de objeto, o crime não é impossível. Os que sustentam opinião diversa deveriam explicar qual a solução que dariam se o executor lograsse a consumação (...)”.

Porém, segundo Pacelli (2009, p. 443), a principal razão que afasta o argumento de que a prisão em virtude de flagrante preparado estaria maculada pela ilegalidade devido à impossibilidade de consumação do delito pela ação coordenada das forças policiais é a defesa da tese que prega a inexistência de diferenciação entre os flagrantes preparado e esperado, segundo texto extraído de sua obra:

(...) Ambas as situações podem estar tratando de uma única e mesma realidade: a ação policial suficiente a impedir a consumação do crime (ou o seu exaurimento), tudo dependendo de cada caso concreto. Não nos parece possível, com efeito, fixar qualquer diferença entre a preparação e a espera do flagrante, no que se refere à impossibilidade de consumação do crime, fundada na ideia da eficiente atuação policial. Em ambos os casos, como visto, seria possível, em tese, tornar impossível, na mesma medida, a ação delituosa em curso. Por que então a validade de um (esperado) e invalidade de outro (o preparado)?

A ideia que o doutrinador pretender transmitir é a de que, inobstante haja a diferenciação doutrinária no sentido de que, nos casos de flagrante esperado não há a verificação de induzimento ao crime por parte de agente provocador ao passo em que nas hipóteses de flagrante preparado esta se faz presente, em ambas há a intenção de combate ao momento consumativo da infração ou até mesmo a atos de exaurimento decorrentes desta. Ora, no flagrante esperado, assim como no provocado, a força policial se coloca de prontidão para efetuar a prisão do agente antes que o crime venha a se consumir, tendo em vista que tomou ciência da intenção do autor do fato de praticar a infração anteriormente ao momento em que este assim o faria.

Neste desiderato, permite-se concluir que a ideia de barrar a consumação do crime que, por consequência, gera a ocorrência de crime impossível, estaria, portanto, presente tanto nos casos de flagrante esperado como nos casos de flagrante preparado. E se a substância é a mesma (finalidade de tornar impossível a consumação do delito), não há lógica alguma em se atribuir tratamento diferenciado aos institutos no tocante à legalidade ou ilegalidade da prisão efetuada, devendo ser o encarceramento decorrente de provocação do flagrante acobertado pela legalidade da mesma forma pela qual ocorre com o flagrante esperado.

8.4 Defesa da legalidade do flagrante preparado em sede de tráfico de drogas

É nesta toada que o presente trabalho visa apresentar resolução diversa daquela que tem sido utilizada nos casos em que se faz necessário interpretar a ocorrência de flagrante preparado relacionado ao crime de tráfico de drogas. A grande questão a ser discutida consiste no fato de que a doutrina e a jurisprudência oferecem tratamento diferente a questões similares a depender de apenas um fator: ter ou não o agente a droga previamente em depósito para o fornecimento desta ao agente provocador. Assim explica o professor Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 380):

Não há também que se falar em flagrante preparado (ou provocado), quando se trata de crime em que houve consumação, como ocorre, por exemplo, com o traficante que é induzido a vender substância entorpecente

a um policial e é apanhado quando traz consigo a “mercadoria”, pois esta conduta já é típica (...). Entendeu-se já que, se o agente policial induz uma pessoa a fornecer-lhe a droga que no momento não possuía, indo ela adquirir o entorpecente para entregá-lo ao suposto consumidor, apesar da situação de flagrância, configura-se um crime impossível.

Da supracitada explicação extrai-se o entendimento de que, se ao ser solicitada a droga ao indivíduo por parte de terceiro e este já a possui sob sua guarda, em depósito, configura-se o instituto do flagrante esperado, sendo válida a prisão do agente, tendo em vista que o tráfico já restara consumado quando da guarda da substância, podendo esta ação ser enquadrada nos núcleos do tipo ter em depósito ou guardar. Considerando que tais condutas constituem ações permanentes que atribuem esta natureza ao delito praticado, permite-se a prisão em flagrante a qualquer momento, enquanto não cessada a permanência, conforme estudado anteriormente.

Porém, interpretação diversa dá-se às hipóteses nas quais o meliante, ao ser acionado pela solicitação de fornecimento de substância por parte do agente provocador, necessita efetuar a compra da droga com indivíduo que a detenha em depósito para que possa repassá-la ao solicitante. Aqui se entende haver a ocorrência de flagrante preparado, uma vez que o agente criminoso foi instigado a fornecer droga que sequer possuía sob sua guarda, ou seja, o tráfico sequer estava configurado nas modalidades ter em depósito e guardar como na situação anterior, tendo sido caracterizado o crime exclusivamente em razão da provocação de terceiro. Portanto, a preparação do flagrante que resultaria em prisão ilegal estaria caracterizada apenas nos casos em que o agente não possuía prontamente a droga em depósito, tendo se dirigido a terceiro detentor da substância para adquiri-la com a finalidade de posteriormente fornecê-la. E é sobre esta específica hipótese que se sustenta a problemática da ilegalidade.

Em suma, a ocorrência de flagrante preparado nos casos em que se lida com crimes de tráfico de drogas dar-se-á apenas em se tratando de provocação de agente criminoso que não detenha a posse da substância, sendo necessário que o indivíduo primeiramente a adquira de terceiro para que assim seja possibilitado o fornecimento ao agente provocador, ou seja, nos casos em que o agente não possuía prontamente a droga em depósito. E é sobre esta específica hipótese que se sustenta a problemática da ilegalidade.

A mencionada orientação tem sido defendida por parte majoritária senão unânime da doutrina brasileira, porém não nos parece a solução mais adequada que se proceda mediante este pensamento. Inicialmente, devem-se considerar fatores sociológicos contemporâneos à vida atual no sentido de que, com o passar dos anos, a magnitude da influência produzida pelas drogas sobre a sociedade tem crescido exponencialmente. Não é necessário recorrer a pesquisas ou a estatísticas concretas e específicas para que se verifique o fato de que o uso destas substâncias sofreu um aumento em larga escala, acarretando a conseqüente expansão do comércio das mesmas, ou seja, do tráfico, fator visível através da mera observação e análise dos costumes corriqueiros da vida em sociedade.

A drogadição produz inúmeros efeitos negativos que recaem sobre a saúde física, psíquica e emocional do usuário, bem como sobre seus relacionamentos familiares, afetivos e sociais, incidindo diretamente sobre os indivíduos que com este convivem, tendo em vista que o uso cada vez mais descontrolado da droga acarreta uma predisposição ao aparecimento de comportamentos violentos, criminosos e antissociais.

Diante deste quadro, é evidente que o problema referente ao uso de drogas recai não apenas sobre os usuários e seus correlacionados como dito, porém sobre todas as pessoas integrantes da sociedade brasileira, uma vez que o nível de periculosidade, violência e criminalidade cresce na medida em que os tóxicos conquistam maior espaço. Dessa forma, surge o interesse público à punição daqueles que contribuem para a difusão destas substâncias pelo país e, para a satisfação do clamor da sociedade, em sua maioria leiga, a melhor forma de responsabilização dos agentes criminosos consiste no seu pronto encarceramento. O muito conhecido “clamor público”, que até mesmo constitui objeto de discussão para alguns doutrinadores no sentido de que possui certa capacidade para influenciar diretamente em julgamentos de crimes reais divulgados e acompanhados com afincos pela mídia, cobra dos operadores do direito a conferência de mais efetividade e rigidez às punições e sanções impostas aos criminosos da atualidade diante da barbárie sob a qual a coletividade está fadada a viver, associando-se o instituto da prisão com a ideia de pleno ativismo, de imposição de uma espécie de penalização rígida e sobretudo justa. Vê-se que a intenção é a de que o direito coloque-se cada vez mais a serviço da sociedade no que, é claro, lhe parecer devidamente correto.

Neste desiderato, deve-se pensar em ajustar as práticas penais e processuais penais à realidade atual, não apenas para que sejam atendidos os ensejos e súplicas por justiça de toda uma sociedade, o que evidentemente daria lugar a uma violação juridicamente imotivada à legalidade do sistema jurisdicional brasileiro, mas para que seja exprimida por parte do direito uma maior reprovabilidade da conduta daquele que trafica drogas.

São inúmeras as organizações criminosas arquitetadas com o objetivo de proporcionar, de forma organizada, o fornecimento destas substâncias a um número cada vez maior de usuários. Assim, deve-se ponderar a permissão da prisão em flagrante em decorrência da provocação da compra da droga pelo agente que anteriormente não contava com sua posse, tendo em vista a possibilidade de este indivíduo integrar um tipo de esquema criminoso direcionado para o tráfico, no qual os objetos do crime não ficam à disposição dos traficantes, mas mantidos em depósito por um único responsável, acionado todas as vezes em que é solicitada a compra da droga por um dos membros do bando. Dessa forma, criam-se vínculos criminosos permanentes entre os fornecedores da droga a terceiros, potenciais usuários, e aos responsáveis pela chefia dos esquemas de traficância, formando-se linhas de comércio ilegal que devem ser prontamente desmanteladas pela ação policial.

Portanto, dada a possibilidade da existência de uma atividade organizada para fins de traficância, podendo-se dizer uma efetiva organização criminosa, verifica-se certo caráter de habitualidade na prática dos crimes de tráfico de drogas (habitualidade no sentido de que há uma reiteração constante da conduta criminosa). Ante este caráter habitual, evidente que novos ilícitos penais seriam praticados nesse contexto sem que fosse necessária a instigação por parte de agente provocador, sendo perfeitamente aceitável a tese de que, fundando-se nessa premissa, a prisão em decorrência da preparação de flagrante estaria acobertada pela legalidade, haja vista o interesse público ao desmantelamento de tais esquemas criminosos.

Ao contextualizar a prática da provocação do flagrante nos dias atuais, o professor Eugênio Pacelli de Lima (2009, p. 444) faz menção aos casos em que a imprensa age a serviço da atividade de polícia, por exemplo, através da confecção de reportagens. Nestas, um determinado indivíduo ou até mesmo um repórter, devidamente disfarçado e acompanhado por um integrante das forças policiais à

paisana, passa-se por interessado à aquisição de algum tipo de serviço e, no momento em que ocorre o acerto da negociação e a entrega do referido serviço ou mercadoria (no caso do presente trabalho, pode-se imaginar a entrega de uma determinada quantia de droga), o policial efetua a prisão do criminoso.

Ante o exemplo citado pelo doutrinador, ocorrem-nos inúmeros casos em que a mídia, utilizando-se de sua capacidade investigativa, promove tais ações com o intuito de colaborar para que a devida responsabilização dos agentes criminosos seja garantida e aplicada. Assim, pode-se considerar a prática supracitada com relação aos delitos de tráfico de drogas.

Anota Pacelli (2009, p. 444) que “os tribunais não estão rejeitando essas prisões, reconhecendo a validade do flagrante, embora na fundamentação de suas decisões ainda se perceba uma enorme hesitação quanto a se tratar de hipótese de flagrante preparado”. Desse modo, mesmo havendo certa insegurança por parte dos tribunais diante da ocorrência de tais hipóteses, relata o doutrinador que as prisões decorrentes deste tipo de esquema amparado pela mídia têm sido aceitas como legais. Destarte, trabalhando-se com um eventual esquema firmado entre a imprensa e agentes policiais nos moldes daquele acima exposto com a finalidade de desmascaramento de traficantes de drogas, a prisão efetuada nesse contexto poderá ser objeto de aceitação pelos magistrados e tribunais do país, conforme tem ocorrido quando da produção desse tipo de ação.

Outro fundamento que nos parece válido para a atribuição de legalidade ao encarceramento decorrente da provocação do flagrante delito consiste na anteriormente explanada inexistência de diferença real entre os institutos do flagrante preparado e esperado em razão de em ambas verificar-se a presença da ação policial com o intuito de tornar impossível a consumação do crime, não sendo este fator unicamente próprio do flagrante preparado, tese anteriormente exposta e defendida por Eugênio Pacelli e Júlio Fabbrini Mirabete. Partindo-se da premissa de que ambos os flagrantes representam, em sua essência, o mesmo, não nos parece plausível que seja estabelecida uma distinção de tratamento entre os casos nos quais o criminoso, no momento da solicitação da droga pelo agente provocador, já dispunha desta em depósito e aqueles nos quais o indivíduo necessita recorrer a outrem para que possa primeiramente adquirir a droga e finalmente repassá-la ao suposto comprador.

Ora, se está afastado o argumento referente à impossibilidade da consumação do delito que diferencia o flagrante esperado e o flagrante preparado e a primeira hipótese supracitada entende-se como flagrante esperado, sendo a segunda interpretada como flagrante preparado, também restaria excluída a distinção entre o ocorrido nas duas condutas, devendo-se uniformizar o tratamento, conforme exposto anteriormente, no sentido de se atribuir a legalidade a ambos os casos de prisão.

No que concerne à questão da presença de vício na vontade daquele que, não possuindo a droga, dirija-se prontamente a realizar sua aquisição para fornecimento a terceiro, tal fundamento também dar-se-ia por afastado em virtude de situação já explicada pouco acima através de analogia feita ao estudo de matéria relativa ao concurso de agentes. Se diante da ocorrência de crime no qual se verifica o fenômeno da participação moral por determinação a responsabilidade penal recai sobre o indivíduo induzido ou instigado, não há porque se falar em ilegalidade de medida de caráter cautelar imposta sobre o agente que incidiu em conduta criminosa em razão da provocação de outrem uma vez que, analogamente à situação apresentada, seria válida a responsabilização deste.

Como renomado representante da minoritária porção da doutrina que acredita ser possível atribuir legalidade à prisão do agente criminoso mediante preparação do flagrante pela polícia, pode-se citar o ilustre professor Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 380), conforme texto extraído de sua obra:

Acreditamos, porém, que a solução é a de não se considerar o crime impossível, já que o atuado realmente executou a conduta típica. Entretanto, a prova material do crime (substância entorpecente) foi obtida por meio ilícito, não podendo servir de suporte para a autuação em flagrante delito. Havendo consumação, ou mesmo atos de execução com possibilidade de consumação, ainda que tênue, justifica-se a prisão em flagrante delito nos termos do artigo 302 do Código de Processo Penal.

Estamos com Mirabete quando expõe o pensamento de que, mesmo na situação em que o agente ao qual é solicitada a droga por parte do provocador não a possui prontamente, devendo dirigir-se a terceiro para adquiri-la a fim de proporcionar sua conseqüente entrega ao solicitando, deve ser reconhecida a legalidade da prisão e esta ser realmente efetuada, pois ainda que o criminoso tenha agido sobre influência de terceira pessoa, o delito de tráfico de drogas deu-se por

consumado, gerando assim o interesse estatal de se impor uma punição ao responsável pela prática.

Consigne-se que, para o professor e também a nosso ver, a única problemática que ainda carece de uma solução é o fato de que a prova material do delito seria, nesses casos, obtida através de meio ilícito. Sobre este tipo de prova, dispõe expressamente a Constituição Federal Brasileira acerca da total inadmissibilidade de seu uso. Eis a redação do artigo 5º, inciso LVI:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Em análise ao texto, torna-se clara a absoluta impossibilidade de se utilizar provas obtidas ilicitamente como instrução a qualquer procedimento judiciário. Ressalte-se ainda que, conforme visto, a referida determinação encontra-se inserida no corpo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, constituindo assim direito e garantia fundamental conferido a todo e qualquer indivíduo, ou seja, o destinatário desta regra é toda a coletividade. Porém, como bem ensina Pacelli (2009, p. 328), com o estabelecimento da busca pela proteção dos direitos fundamentais de todos os pertencentes a uma sociedade, em algum momento esta referida proteção conferida a uma determinada garantia certamente colidirá com outro direito também inerente à determinada pessoa ou grupo, havendo, portanto, um claro conflito de interesses, ambos resguardados sob a égide protetiva do caráter fundamental. É neste contexto que, como solução a um eventual conflito de princípios ou garantias, haverá de se realizar uma ponderação razoável entre ambos os institutos através da aplicação da tão conhecida proporcionalidade.

Assevera Pacelli (2009, p. 329) que o postulado normativo da proporcionalidade para a ponderação sobre a admissibilidade de prova ilícita ao deslinde processual tem sido utilizado pela jurisprudência Alemã e de outros países europeus em situações excepcionais, bem como pelo próprio Direito norte-americano, fonte inspiradora da regra da inadmissibilidade de aproveitamento das provas colhidas por meios ilícitos constante do ordenamento jurídico brasileiro, onde tal juízo de admissibilidade é feito mediante a aplicação do chamado critério de razoabilidade.

Pois bem, aplicando-se o discorrido ao objeto do presente estudo, em algumas situações poderá surgir um conflito aparente entre o direito daquele que

teve determinado bem jurídico ou garantia violada e o direito do autor desta referida conduta lesiva a outrem, que não poderá, em decorrência de disposição constitucional de caráter absoluto, ver usada com si prova sobre o fato obtida através de qualquer meio ilícito. Porém, evidentemente, não poderia ser estabelecido um critério estático para a admissão da utilização deste tipo de prova, uma vez que previamente já se condicionaria a produção desta, por mais ilícita que fosse, ao atendimento do requisito de admissibilidade criado. É nesta linha que surge a possibilidade da aplicação do postulado da proporcionalidade, devendo o operador do direito, caso a caso, realizar uma ponderação entre o direito violado do sujeito passivo do crime consumado e a garantia inibitória de prova ilícita conferida ao acusado.

A título de exemplificação, cita Pacelli (2009, p. 333) uma situação concreta na qual o Supremo Tribunal Federal empregou tal ponderação através da proporcionalidade:

Em julgamento não muito distante, envolvendo a extradição de uma artista mexicana, e diante da alegação, feita por esta, de que teria sido vítima de estupro no interior das dependências da Polícia Federal, o supremo Tribunal Federal *deferiu* a produção de exame de DNA na placenta da gestante, recolhida *sem a autorização desta*, com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, admitindo, então, a aplicação da *proporcionalidade* na produção da prova (RCL nº 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, em 21.2.2002 – *Informativo STF* nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002).

Ressalte-se dessa decisão, por ora:

- a) não há lei brasileira autorizando o exame de DNA contra a vontade do titular do material recolhido;
- b) não há lei prevendo a possibilidade de prévia autorização judicial para a criação de meios de prova não previstos na legislação pertinente;
- c) assim, mesmo tratando-se de material colhido junto à *vítima* do suposto estupro, o fato é que, em relação aos possíveis réus/indiciados/suspeitos, o meio de prova utilizado seria ilegal.

Tem-se, portanto, e inegavelmente, que a Suprema Corte valeu-se de critério de proporcionalidade para a aceitação de prova não prevista em lei, portanto, inicialmente *inadmissível*. E mais: em favor da acusação.

Pois bem, vê-se em análise à orientação adotada pelo STF no supramencionado julgamento que houve clara utilização do postulado da proporcionalidade, tendo a admissibilidade de prova colhida por meio ilícito se sobressaído a três questões fundamentais e significativas, quais sejam a falta de

previsão legal no sentido de se conferir autorização à realização de exame de DNA sem a conivência do particular fornecedor do material genético, a não previsão da possibilidade de criação de meios de prova através de autorização judicial e a utilização de prova obtida por meio ilícito contra os acusados. Da devida análise resultou a admissão da utilização e produção de prova por meio ilícito, ressaltando-se que em favor da acusação, ideal que sustentamos relativamente aos casos de flagrante preparado.

Ora, nas hipóteses concretas de ocorrência do flagrante provocado nos crimes de tráfico de drogas, frente à impossibilidade da utilização do objeto material do delito como meio de prova deve-se refletir entre a predominância do direito fundamental da inadmissibilidade da prova produzida e a conduta lesiva à sociedade praticada pelo agente decorrente da disseminação de drogas. É a incidência do postulado da proporcionalidade *stricto sensu*, ou seja, um verdadeiro juízo de balanceamento feito entre os valores em jogo na situação concreta. Portanto, a depender da valoração feita pelo magistrado sobre a questão, pode ocorrer uma relativização do absolutismo com o qual é tratada a vedação da prova ilícita, o que seria uma solução apta a derrubar o único argumento no qual ainda se poderia fundar a conferência de ilegalidade à prisão decorrente de provocação do flagrante delito.

Todavia, diante de toda a argumentação apresentada no sentido de que a prisão em flagrante decorrente da prévia preparação deste deve ser entendida como espécie legal de aplicação de medida cautelar, salienta-se o fato de que, da mesma forma que não nos parece útil e tampouco justo que se engesse uma única posição defensora da ilegalidade desta prisão em qualquer caso, também não deverá ser ditatorialmente solidificada a ideia de que esta prática estaria, em todas as hipóteses, acobertada pela estrita legalidade. Deve-se proceder mediante uma adequada ponderação de valores diante das circunstâncias verificadas em análise a cada caso concreto, considerando-se que uma possível superveniência de ilegalidade venha a incidir sobre o encarceramento do indivíduo não em razão da provocação do flagrante, mas sim em virtude de qualquer outro fator diverso. Assim, evita-se que o operador do direito fique à mercê de um absolutismo impositivo da legalidade ou da ilegalidade.

9 CONCLUSÃO

A crescente criminalidade e disseminação do uso e do tráfico de drogas no país nos alerta para a necessidade da tomada de medidas cada vez mais rigorosas para o combate a essa realidade. É nesse contexto que a extrema ilegalidade imposta sobre as situações em que se verifica a ocorrência do chamado flagrante preparado ou provocado nos casos de traficância deve ser revista e relativizada, a depender de cada caso concreto. O interesse social e estatal cresce a cada dia com o intuito de fazer o que for possível pela erradicação da violência que assola não só o Brasil, mas também todo o mundo, sendo a expansão do comércio de substâncias ilícitas definidas como drogas e capazes de gerar sérias consequências físicas e psíquicas a seus usuários fator que possui influência direta neste panorama.

Não obstante haja impedimentos expostos pela maior parte da doutrina no sentido de que não há como se esquivar da incidência da mácula ilegal nas situações em que ocorre a preparação do flagrante pela polícia com o intuito de ver preso o agente criminoso, tais fundamentos merecem uma análise individual dentro de cada caso concreto. Aborda-se questão atinente à criação e expansão de cada vez mais organizações criminosas complexamente estruturadas, devendo ser estas combatidas com afinco pela administração pública, sendo que a aplicação da prática do flagrante provocado dar-se-ia como crucial para o eventual desmantelamento destas verdadeiras máfias e para o devido encarceramento cautelar, processamento e potencial penalização de seus integrantes.

Com relação aos demais argumentos que embasam a ilegalidade conferida à prisão decorrente de provocação do flagrante pela polícia, entende-se que deve ser elaborada uma solução juridicamente fundamentada para que se possa afastá-los diante de uma hipótese concreta na qual seja totalmente plausível e justa a aplicação de medida cautelar restritiva de liberdade ao agente criminoso. Tem-se que, frente à instigação ou induzimento aos quais é submetido o sujeito ativo da prática criminosa, deve-se considerar o tratamento dado ao ordenamento jurídico brasileiro com relação aos crimes em que se verifica a denominada participação moral, hipótese deveras semelhante à prática do flagrante provocado,

diante dos quais o legislador optou pela potencial possibilidade de responsabilização tanto do autor do fato como do agente instigador da conduta, desconsiderando-se, para tanto, qualquer argumento acerca de vício presente na ação do infrator que seja capaz de afastar sua penalização.

Com relação à atribuição de ilegalidade à referida prática em decorrência da impossibilidade de o delito vir a se consumar, consigna-se que da mesma forma ocorre nos casos em que se verifica a configuração do chamado flagrante esperado, no qual a polícia, previamente conhecedora da ação que será praticada pelo agente criminoso, arma-se previamente com a finalidade de deter a efetiva consumação do delito. Nesse contexto, em sendo a prisão decorrente de flagrante esperado pacificamente aceita pela doutrina como legal, não haveria motivo para sustentar-se a ilegalidade do flagrante preparado com fulcro neste argumento, tendo em vista que a impossibilidade do momento consumativo da infração está presente em ambos os institutos, sendo contraditório que se interprete um deles como legal e o outro como ilegal.

Por fim, conforme brilhantemente defendido pelo mestre Julio Fabbrini Mirabete, a última problemática que se faz presente nos casos em que há a provocação do flagrante pela ação policial é a potencial ilicitude da prova material obtida, tendo em vista que droga apenas foi colocada em posse do agente para posterior fornecimento a terceiro em decorrência de induzimento por parte do agente provocador. Relativamente à questão da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, a Constituição Federal brasileira detém um posicionamento muito firme no sentido de que não há possibilidade de seu aproveitamento. Porém, fundamentando-se em ensinamento do professor Eugênio Pacelli de Lima, foi exposta a possibilidade de, mesmo diante do caráter absoluto da inadmissibilidade da prova ilícita, subsiste a prerrogativa de analisar-se referida questão através da aplicação do conhecido princípio ou postulado da proporcionalidade, ponderando-se, diante de determinado caso concreto, entre a garantia conferida ao réu de não ter utilizada contra si prova obtida por meio ilícito e o interesse estatal ao combate do uso e da disseminação das drogas no país e à periculosidade oriunda das ações de traficância.

Todavia, faz-se sempre mister salientar o fato de que, no direito, o absolutismo conferido a determinada norma ou preceito muitas vezes não é a melhor saída a ser tomada frente à infinidade de possibilidades fáticas que podem

materializar-se em casos concretos, dando-se lugar a um conflito de interesses entre os abarcados pela absoluta aplicação de uma orientação e aqueles lesados por esta. Ora, se o direito existe para tutelar e proteger os interesses e garantias inerentes a todos os seres humanos, deve-se relativizar premissas e fundamentos em certas situações nas quais ocorre claro conflito entre bens jurídicos e direitos fundamentais, a fim de buscar-se a melhor solução para o litígio. Assim, defende-se uma maior maleabilidade com relação à atribuição de ilegalidade à prisão decorrente de preparação do flagrante pela polícia, porquanto esta prática pode ser a única estratégia passível de ser aplicada e através da qual se efetive o combate às práticas criminosas relativas ao comércio de drogas ilícitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão em flagrante**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Rio de Janeiro: Imperador, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. **Código do Processo Criminal de Primeira Instância**. Rio de Janeiro: Imperador, 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Código de Trânsito Brasileiro**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. Dá providências para garantia da liberdade individual. **Decreto de 23 de maio de 1821**. Príncipe Regente, 1821. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm>. Acesso em: 23 jun. 2013.

BRASIL. **Ordenações Filipinas de 1603**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Lei de Drogas**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Lei dos Crimes Hediondos**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Lei dos Juizados Especiais**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Lei do Crime Organizado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Lei Maria da Penha**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 26 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 79189**. Partes: CÍCERO ROBERTO BOSISIO, JANETE ZDANOWSKI RICCI (DEFENSORA PÚBLICA). SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. 1ª turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 12.12.2000. Publicado em: DJ 09-03-2001 PP-00103 EMENT VOL-02022-01 PP-00193. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14752463/habeas-corpus-hc-79189-sp>>. Acesso em: 09 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 109619**. 1ª turma. Relator Ministro Octavio Gallotti. Julgamento em 18.08.1986. Publicado em: DJ 19-09-1986 PP-17145 EMENT VOL-01433-02 PP-00291. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/725489/recurso-extraordinario-re-109619-sp>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 21004**. 5ª turma. Relator Ministro Felix Fischer. Julgamento em 20.05.2002. Publicado em: DJ 10.06.2002 p. 238, RSTJ vol. 161 p. 428, DJ 10.06.2002 p. 238, RSTJ vol. 161 p. 428. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/290262/habeas-corpus-hc-21004>>. Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 474508**. 6ª turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 05.02.2003. Publicado em: DJ 24.02.2003 p. 333. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/265994/recurso-especial-resp-474508-sp-2002-0128980-7>>. Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 7252**. 6ª turma. Relator Ministro Anselmo Santiago. Julgamento em 29.03.1998. Publicado em: DJ 01.06.1998 p. 190, LEXSTJ vol. 110 p. 288, REVJUR vol. 250 p. 114. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/512506/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7252-mg-1998-0008708-7>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BIAZI, Roberto Portugal de; FILHO, Marco Aurélio Florêncio (Orient.). **O flagrante preparado no crime de tráfico de drogas e sua repercussão processual**. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcn_id=170>. Acesso em: 19 out. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Vicente Grecco; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Nova Lei de Drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006 artigo por artigo. 1ª edição. São Paulo: RT, 2006.

GONÇALVES, Daniela Cristina Rios. **Prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas anotada: Comentários à Lei. N. 11.343/2006**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 1ª edição. Niterói: Impetus, 2011. v. 1.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Atlas S.A, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Francisco Brunno Soares de. **Súmula 145 do STF – A proibição do flagrante preparado**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7643>. Acesso em: 20 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 684019425**. Câmaras Criminais Reunidas. Relator Desembargador Gilberto Niederauer Corrêa. Julgamento em 26.04.1985. Publicado em: Diário da Justiça do dia. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5210519/embargos-infringentes-ei-684019425-rs-tjrs>>. Acesso em: 07 out. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.