

NOVA LEI DE DROGAS E ATUAÇÃO DO POLICIAL MILITAR NO POLICIAMENTO PREVENTIVO

Miguel Elias Daffara - Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Graduado em Administração de Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie e Pós-graduado em Direito Militar pela UNICSUL

1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.343/06 atenuou a fase repressiva com relação ao usuário/dependente de drogas. Buscando o equilíbrio no ciclo de persecução criminal, a fase preventiva torna-se relevante na preservação da ordem pública. O Policial Militar agindo dentro da legalidade evitará ser acusado por abuso de autoridade ou omissão de dever se trabalhar no interesse do bem comum, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

2. MISSÃO DE PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

Representa a lei um pacto entre os homens livres, devendo refletir o resultado das forças sociais em prol de um Estado soberano que respeite a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Na hierarquia das leis, temos no ápice a Constituição Federal, que já no seu preâmbulo deixa clara a missão da Assembléia Nacional Constituinte em instituir um Estado Democrático de Direito e assegurar a segurança, liberdade, justiça e bem-estar do seu povo.

Toda interpretação e toda aplicação das normas posteriores precisam ser analisadas sob o foco constitucional e em busca do bem comum; portanto, ao deparar-se com um

determinado artigo de lei, deve-se encará-lo teleologicamente dentro de um sistema jurídico-social e jamais de forma isolada.

O Poder Constituinte originário deixou a linha mestra para todo o ordenamento jurídico; leis infraconstitucionais, sejam elas ordinárias, complementares, estaduais, federais ou municipais, precisam estar esquadrihadas dentro da moldura projetada pela Constituição. É o que Hans Kelsen quis dizer quando alocou a Constituição no mundo do “dever ser”.

Para se atingir os objetivos e obedecer aos princípios nela inseridos, a Constituição incumbiu determinados órgãos de poderes-deveres, no campo social, político, jurídico e da segurança, visto que não podemos ter verdadeira liberdade num país livre da ordem e disciplina. Kant já dizia que o direito é uma coação universal que protege a liberdade de todos. Na área de segurança pública, destaca-se, nesse contexto, a Polícia Militar. Tal Instituição, como parte integrante da sociedade, deve estar sob o império da lei; e ser Oficial ou Praça é saber qual missão constitucional é reservada a ela dentro do pacto social.

A Magna Carta determina que todo Policial Militar deve preservar a Ordem Pública, por meio da polícia ostensiva preventiva, portanto, a preservação da ordem pública é um ato de ofício; “às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil” (art. 144, § 5º).

Nesse mesmo diapasão, a Constituição Estadual de São Paulo tem como norma impositiva:

“À Polícia Militar, órgão permanente, incumbe, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública” (art. 141).

Ordem Pública, de forma singela, sem esquecer as aulas do mestre Álvaro Lazzarini, pode ser compreendida como uma sociedade ausente de delitos e, aliando-se ao fato de que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, chega-se à conclusão de

que só haverá prevenção de delitos se a sociedade e o Estado estiverem convictos de quais são as condutas humanas expurgadas pelo nosso ordenamento jurídico.

Prevenir é se antecipar e evitar que ocorra algo de ruim... mas o quê? É preciso “saltar aos olhos” da sociedade e do Estado quais ações nocivas e contrárias ao bem-estar coletivo devam ser rechaçadas, principalmente pelo Policial Militar, que tem o poder-dever de preservar a Ordem Pública.

Não se deve hesitar diante de um ilícito penal; a segurança pública depende previamente de uma segurança e estabilidade jurídica. Tanto isso é verdade, que a Constituição manda que todo Policial Militar que surpreender alguém na prática de delito deve fazer cessar aquela conduta contrária ao direito, mesmo que ela esteja ocorrendo no domicílio alheio.

Nem mesmo a sagrada inviolabilidade domiciliar, se convertida a casa em um esconderijo de delinqüentes, deve acobertar a prática de crimes ou contravenções penais.

“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (art. 5º, XI).

O importante é que esses crimes ou contravenções penais que podem caracterizar o flagrante delito estejam bem delineados pelo legislador, para que o Policial Militar no seu patrulhamento ostensivo, ao deparar com uma “anormalidade social”, saiba enquadrá-la, classificando como mera irregularidade administrativa, de natureza civil, ou se é de caráter penal.

Há uma advertência na Lei Maior de que todo Policial Militar responderá pela omissão diante do tráfico ilícito de entorpecentes.

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (art. 5º, XLIII).

A Polícia Militar, mais do que poder, deve prevenir e evitar o tráfico ilícito de drogas, pois além de ser equiparado aos crimes hediondos, traz no seu bojo uma série de outros delitos para se sustentar, como o roubo, corrupção, lavagem de dinheiro, etc, que afetarão sobremaneira a Ordem Pública. Trata-se do dever jurídico específico previsto no art. 13, parágrafo 2º, letra “a”, do Código Penal.

A segurança pública será afetada até mesmo pelo usuário, que numa crise de abstinência ou insanidade psicotrópica torna-se um potencial infrator.

Essa Ordem Pública não só se manifesta pela segurança, mas também se preserva e alcança com a tranquilidade e salubridade do seu povo. Ordem Pública se faz sentir com a paz social e com o bem-estar físico e mental de um povo.

Do ponto de vista sociológico, conceitua-se a família como “célula mater” da sociedade. Se dentro de uma família há um filho, mãe ou pai, usuário ou dependente da droga, esse núcleo celular estará definhando, e como um câncer, afetará todo o tecido social; o prognóstico será a ruptura da Ordem Pública.

A divulgação da falsa idéia da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio acarretará uma sensação de impunidade, que só vem a estimular o consumo de drogas e aumentará o número de traficantes para suprir a demanda. Sendo correta a tese de que o dependente precisa de cuidados médicos e não de uma carceragem, também é verdade que usando drogas, mesmo no isolamento de seu quarto, estará fomentando o tráfico.

Seguindo os ditames da Constituição, há outros diplomas legais determinando que à Polícia Militar compete, dentro do pacto social, a preservação da Ordem Pública:

“Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições: a) executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos; b) atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível a perturbação da ordem; (art. 3º Dec-Lei 667/69) Para efeito do Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969 modificado pelo Decreto-lei nº 1.406, de 24 de junho de 1975, e pelo Decreto-lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983, e deste Regulamento, são estabelecidos os seguintes conceitos: Manutenção da Ordem Pública - É o exercício dinâmico do poder de polícia, no campo da segurança pública, manifestado por atuações predominantemente ostensivas, visando a prevenir, dissuadir, coibir ou reprimir eventos que violem a ordem pública (art. 2º Dec 88.777/83) Compete à Polícia Militar: executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares da Força Armadas, o policiamento ostensivo fardado, planejado pelas autoridades policiais competentes, conceituadas na legislação federal pertinente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos (art. 2º, I da Lei Estadual 616/74)”.

O Código de Processo Penal Comum e o Militar determinam que o Policial Militar deve prender quem esteja cometendo algum delito.

“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. (art. 301 CPP). Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insumisso ou desertor, ou seja, encontrado em flagrante delito” (art. 243 CPPM).

O Código Penal Comum e Militar asseveram que todo Policial Militar deve praticar ato de ofício sem demora sob pena de prevaricação:

“Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa (art. 319 CP). Pena – detenção de seis meses a dois anos” (art. 319 CPM).

O Código Penal Comum e o Militar alertam que a omissão do Policial Militar, quando deveria agir diante de um delito, trará responsabilização pelo resultado ocorrido.

“A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (art. 13 CP) A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência” (art. 29, § 2º CPM).

Diante das imposições legais acima delineadas verifica-se que a missão da Polícia Militar dentro da sociedade é fazer cumprir a lei, preservando a Ordem Pública, zelando pelo interesse do bem comum, em estreita colaboração com os demais Órgãos da Administração Pública (Polícia Civil, Polícia Federal, Ministério Público, Poder Judiciário, etc), respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante de uma nova lei, principalmente de natureza penal, a Polícia Militar precisa analisá-la e verificar qual será seu papel a fim de não ser acusada de omissão, ou de forma reversa ser acusada por abuso de autoridade.

3. A TAREFA DA POLÍCIA MILITAR DIANTE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

O Congresso Nacional elaborou a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, lei esta de caráter penal, tipificando a partir do art. 28, condutas que devam ser extirpadas do convívio social.

Analisando os tipos penais verifica-se que o objetivo do legislador e da população é se ver livre das ações de traficantes, cultivo de plantas destinadas à produção de drogas, colaboradores, informantes e financiadores do narcotráfico. Mas também não se pode olvidar de outro ponto marcante na novel legislação, que é de prever tratamento diferenciado para o usuário/dependente de drogas.

A política criminal adotada pela nova lei se destaca pelas seguintes características: prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependente além de forte repressão ao tráfico ilícito de drogas.

A Polícia Militar que está nas ruas, “no front”, em regra, será o primeiro órgão do Estado a deparar com situações envolvendo drogas e deverá agir conforme a lei determina.

O ponto mais polêmico da nova lei é saber se o porte de drogas para consumo próprio deixou de ser crime ou não, pois isso irá refletir na atividade de polícia preventiva e ostensiva.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu por meio do Recurso Extraordinário nº 430105 QO/RJ, julgado em 13FEV07, que não houve abolitio criminis, o porte para consumo pessoal ainda é crime no nosso ordenamento jurídico.

Sendo crime, contravenção penal, ato infracional, crime de menor potencial ofensivo, infração “sui generis”, o dever da Polícia Militar é o mesmo: fazer cessar tais condutas. Para isso se fazem necessárias algumas observações:

O art. 28 prescreve:

“Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, portar 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”.

Em que pesem respeitáveis opiniões contrárias, o legislador ainda manteve a proibição da conduta do porte, dentro de uma norma de cunho penal, portanto não houve descriminalização e sim uma despenalização ou, melhor ainda, “desprisionalização” (1).

Lendo o preceito primário, contido no aludido artigo, entenda-se: É proibido adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, ainda que seja para consumo próprio.

O art. 28 encontra-se no capítulo III que trata “DOS CRIMES E DAS PENAS”. A ausência no preceito secundário, de imposição de pena privativa de liberdade, não deve desnaturar sua classificação dada no capítulo III, como crime.

Não se trata aqui do *abolitio criminis*, que ocorreu por exemplo com o então crime de adultério, antigo art. 240 do CP, revogado pela Lei 11.106/05.

A argumentação de que a Lei de Introdução ao Código Penal define como crime somente aquelas condutas a que a lei comine pena de reclusão ou detenção não se sustenta, diante de uma interpretação à luz da Constituição Federal.

O primeiro passo é saber se a aludida Lei de Introdução, que na verdade trata-se do Decreto-Lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941, foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Ora, se o Poder Constituinte Originário delegou ao Poder Legislativo a possibilidade de criar outras penas além daquelas previstas na própria Constituição, esta não pode ficar limitada à norma do passado, que à época procurou distinguir tão-somente crime de contravenção penal.

“A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;” (art. 5º, XLVI CF/88).

Não se pode restringir a Constituição dentro dos limites de uma “lei ordinária”. Se é possível do ponto de vista constitucional adotar outras penas além daquelas previstas, não se pode afirmar que somente reclusão ou detenção caracterizam o delito. Como somente um Juiz, após o devido processo legal, poderá aplicar as penas previstas no art. 28, não cabe classificá-la como infração de natureza administrativa ou civil.

“O próprio relatório do Projeto de Lei 7.134/02, na Câmara dos Deputados esclareceu: Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal” (2).

Do ponto de vista sociológico a opinião pública majoritária é favorável à manutenção da conduta de uso de maconha, como crime: Pesquisa realizada pelo Datafolha revela que 47% do eleitorado brasileiro se define como sendo de direita. Ao opinar sobre temas polêmicos:

“79% são contra a descriminalização da maconha, 63% condenam o aborto e 84% defendem a redução da maioria penal... – Pesquisa realizada em agosto de 2006” (3).

Não se deve olvidar da regra estabelecida na Lei de Introdução ao Código Civil:

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º Dec-Lei 4.657/42).

Sendo crime (por definição da lei e por exigência do bem comum), deve-se prevenir, mister cessar essa atividade; a Polícia Militar precisa atender o interesse e o bem comum da sociedade, entretanto, não mais com a imposição da prisão em flagrante delito do usuário, pois isso, a nova lei abomina:

“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” (art. 48, § 2º).

“Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente” (art. 48, § 3º).

O bem jurídico protegido pela lei é a saúde pública, sendo o crime de perigo presumido, ou seja, a lei presume que um usuário de droga no isolamento de seu quarto, se viciando, causa risco à saúde pública, na medida em que é um fomentador do tráfico. Não se está diante de uma autolesão impunível no campo penal.

Um usuário/dependente de drogas em suas crises de abstinência ou nos momentos de insanidade psicotrópica pode até vir a cometer um delito, colocando em risco, primeiramente, sua família e depois a sociedade.

Depreende-se da lei, a preocupação em distinguir a forma de reação e tratamento a ser dado para o mero usuário e/ou dependente daquele que é traficante.

Enquanto na Lei 9.099/95 não se lavra o auto de prisão em flagrante delito se o autor for encaminhado imediatamente ao Juizado ou assuma o compromisso de a ele comparecer; na Lei de Drogas, não há qualquer condicionante; em hipótese alguma será lavrado o auto de prisão em flagrante delito pelo crime de porte de droga para consumo próprio.

Só caberia, no caso de concurso de crimes, onde o sujeito além de estar portando consigo para consumo próprio também esteja financiando o tráfico ou mesmo fornecendo para terceiros. (Princípio da consunção).

O artigo 48 da Lei 11.343/06 dispõe uma seqüência ordenada de atos, que não pode ser quebrada, sendo o primeiro deles conduzir imediatamente o autor à presença ao juízo competente, e só na impossibilidade disso ocorrer é que a autoridade policial lavrará Termo Circunstanciado e coletará o compromisso do agente em comparecer em juízo em data posterior.

Ato contínuo, deverá requerer exames e perícias necessários. Tais providências só serão tomadas pelo Policial Militar de forma subsidiária, no caso de não haver Juizado Especial Criminal disponível.

De pronto, percebe-se que o legislador quer evitar a condução do usuário à Delegacia, visto que em primeiro lugar deve ser encaminhado imediatamente ao Juiz. Havendo Juizado Especial Criminal não é aconselhável o próprio Magistrado elaborar o Termo Circunstanciado e colher as provas pessoalmente, visto que, estando diante de um crime,

deve-se seguir o devido processo legal, separando as funções de acusar, defender e julgar, sob pena de voltar a existir a figura do “juiz inquisidor”. Portanto, ficará a cargo da Secretaria do Juizado tal incumbência; uma vez entregues as partes na Secretaria do Juizado, o Policial Militar registrará a ocorrência em BO/PM-TC.

Isso já é possível diante da orientação dada pela Comissão da Escola Nacional da Magistratura, reunida para interpretar a Lei 9.099/95:

“A expressão autoridade policial referida no art. 69 compreende todas as autoridades reconhecidas por lei, podendo a Secretaria do Juizado proceder à lavratura do termo de ocorrência e tomar as providências previstas no referido artigo” (4).

4. AUTORIDADE POLICIAL E AUTORIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

Nota-se que dos 75 artigos da lei, somente no § 3º do art. 48 encontra-se a expressão “autoridade policial”; a ser empregada nas condutas do art. 28. Nos demais artigos: 32, § 2º; 48, § 4º; 50 caput; 51, parágrafo único; 52, caput; 60, caput; 62, caput, §§ 1º, 2º, 4º e 11 e por fim art. 72 emprega-se a expressão: “autoridade de polícia judiciária”.

O legislador quis separar realidades distintas. Com o mero usuário/dependente, a competência é da autoridade policial, não deve ser conduzido à Delegacia; já o traficante, financiador, colaborador, etc, este sim ficará a cargo da autoridade de polícia judiciária. E quem é autoridade policial? Respondendo, surgem os próprios elaboradores do anteprojeto da Lei nº 9.099/95: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes:

“Qualquer autoridade policial poderá ter conhecimento do fato que poderia configurar, em tese, infração penal. Não somente as polícias federal e civil, que têm função institucional de polícia judiciária da União e dos Estados (art. 144, § 1º, inc. IV e § 4º), mas também a polícia militar. O legislador não quis – nem poderia – privar as polícias federal e civil das

funções de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. Mas essa atribuição – que só é privativa para a polícia federal, como se vê pelo confronto entre o inc. IV do § 1º do art. 144 e seu § 4º - não impede que qualquer outra autoridade policial, ao ter conhecimento do fato, tome as providências indicadas no dispositivo, até porque o inquérito policial é expressamente dispensado nesses casos” (5).

A “Carta de Cuiabá”, elaborada por ocasião do XVII Encontro Nacional dos Corregedores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 28 de Agosto de 1999, assim pontifica:

“Para fins do art. 69, da Lei 9099, de 26 de setembro de 1995, considera-se autoridade policial todo agente público regularmente investido na função de policiamento” (6).

Nesse mesmo diapasão são os pronunciamentos da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9099/957.

Tanto o Superior Tribunal de Justiça (HC 7199/PR) quanto o Supremo Tribunal Federal (ADIN 2618/PR) bem como os Tribunais dos Estados, têm firmado claro entendimento de que o Policial Militar é autoridade policial e pode elaborar o Termo Circunstanciado.

Convém observar que o Provimento 806/03 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo assevera:

“Considera-se autoridade policial, apta a tomar conhecimento da ocorrência e a lavrar termo circunstanciado, o agente do Poder Público, investido legalmente para intervir na vida da pessoa natural, que atue no policiamento ostensivo ou investigatório”.

Portanto, a lei possibilitou que o Termo Circunstanciado possa ser elaborado pela Polícia Militar, todavia é preciso atentar para o disposto na Resolução SSP/SP- 329/03, que estabelece regras de elaboração de Termo Circunstanciado pela Polícia Militar; uma vez que ela proíbe expressamente o PM de elaborar TC de ocorrências envolvendo drogas:

“Não será elaborado pela Polícia Militar o Termo Circunstanciado de que trata o artigo 69 da Lei 9.099/95, quando: I - autoria seja desconhecida ou o autor não esteja suficientemente identificado; II – houver atendimento típico de violência doméstica; III – a ocorrência envolver porte de entorpecente; IV - se tratar de casos de infrações penais cuja pena máxima exceda a 01 ano”.

Determina a Resolução que nos casos acima citados, as partes deverão ser apresentadas à Delegacia de Polícia para execução dos atos de polícia judiciária.

Entretanto, a Lei 11.343/06 traz em seu bojo a intenção de se evitar ao máximo a estigmatização do usuário por meio da condução até a Delegacia.

Isso se extrai da expressão “no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente”, quando se refere à elaboração do Termo Circunstanciado.

Da simples leitura extrai-se que o legislador quis se referir ao local em que se encontra a autoridade policial.

A justificação final do Senado ao Projeto de Lei 115/02 sinaliza para essa conclusão:

“Caso seja detido, não é o usuário encaminhado à Delegacia Policial, mas sim diretamente ao Juizado Especial Criminal competente. Com isso, se afasta o usuário da Delegacia, para onde devem ser encaminhados os suspeitos do cometimento de crimes. Caso a autoridade

judicial não esteja presente para receber o usuário detido, a autoridade policial simplesmente lavra um termo circunstanciado no local onde se encontre, sem encaminhá-lo à Delegacia”.

Há que se distinguir a forma de reação do Poder Público:

Usuário/dependente – Juizado Especial Criminal; Termo Circunstanciado, medidas educativas como pena; liberação, providências preliminares pela autoridade policial.

Traficante – Varas Especializadas – APFD, penas de reclusão ou detenção, manutenção em cárcere, providências preliminares pela autoridade de polícia judiciária.

Prisão em flagrante e manutenção no cárcere só para quem é traficante.

Na prática, dependendo de onde está sendo feito o patrulhamento ostensivo preventivo, não é conveniente elaborar um Termo Circunstanciado, no mesmo local de abordagem, pois ali poderá ser uma “boca de fumo”, vigiada, colocando em risco a integridade física do usuário e dos policiais militares.

No calor da ocorrência são muitos os detalhes que o PM terá que observar a fim de concluir se está diante de um porte ou tráfico, além de se preocupar com sua própria segurança.

Aliás, a palavra final sobre a classificação da conduta do sujeito caberá ao juiz:

“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” (art. 28, § 2º).

Tais critérios também devem nortear o Policial Militar, mas se no caso concreto surgirem dúvidas, o melhor será conduzir o agente para outro local mais seguro.

O importante é que o patrulheiro analise o caso concreto bem como as circunstâncias do fato. Um detalhe registrado no BOPM-TC poderá definir se o agente é usuário, dependente ou traficante.

O Policial Militar, em atendimento de ocorrências envolvendo drogas, deve estar ciente de que será o primeiro a deparar com o caso; e que, dependendo de sua análise preliminar e do desfecho dado, pode redundar de uma simples advertência até uma condenação de 20 anos. De sua perspicácia na preservação de provas dependerá o Ministério Público para elaboração da denúncia e a perfeita adequação ao tipo penal.

É preciso verificar a natureza e quantidade da droga, se o local é ponto de drogas ou não, de quem era a droga, quem forneceu, quem só está fazendo a “segurança”, quem só auxiliou, quem estaria emprestando algum bem, quem estava financiando, se estava vendendo, se está diante de uma associação de traficantes; o patrulheiro será o primeiro a fazer uma distinção daquele que só era um simples usuário.

Isto porque a nova lei criou delitos autônomos para cada situação possível, em ocorrências envolvendo tóxicos, com penas distintas, criando exceções à teoria monista adotada pelo Código Penal (art. 29 do CP).

Outro fator que não pode passar despercebido são as causas especiais de aumento de pena, como exemplo o crime de tráfico cometido nas dependências ou imediações de escolas ou entidades recreativas, culturais, que pode elevar a condenação da pena inicial de um sexto a dois terços (art. 40, I).

Ou ainda, um traficante, cuja pena mínima é de 5 anos, poderá obter redução na mesma proporção acima, chegando a 1 ano e 8 meses, se o Policial Militar, no calor da ocorrência não conseguir provas de que o agente integre organização criminosa ou não se dedique às atividades criminosas (art. 33, § 4º).

O Policial Militar não colocando em seu relatório tais circunstâncias poderá influenciar uma pena injusta.

A premissa maior é não expor a sociedade ao risco, “liberando-se” um traficante, acreditando ser um usuário.

No caso de um cidadão ser surpreendido na posse de um único papelote de cocaína, e alegar para o patrulheiro que é mero usuário, o Policial Militar, visando confirmar aquela versão, poderá se utilizar de consultas aos sistemas inteligentes (FOTOCRIM, PRODESP, INFOSEG ou o INFOCRIM).

Mas como nem todas as viaturas dispõem de computadores de bordo, é de bom alvitre conduzir (e não prender) o portador até a Unidade Policial mais próxima dotada de um terminal de computador. E se aquele único papelote foi o último de um lote já vendido antes da abordagem policial?

A condução ao Distrito Policial ou outro local a fim de preservar a integridade física, bem como verificar os antecedentes dos envolvidos e as demais circunstâncias do fato, não pode ser encarada como arbitrária; pelo contrário, é dever de ofício de quem tem a incumbência de preservar a ordem pública, utilizando-se do poder de polícia (art. 78 do Código Tributário Nacional) em prol do bem comum, no caso a saúde pública.

Não se deve confundir imposição de prisão em flagrante com condução coercitiva e preservação das provas.

5. PRISÃO EM FLAGRANTE

Doutrinariamente, a prisão em flagrante se divide em quatro fases distintas (8):

Captura do agente - ocorre no momento da infração ou logo após a sua realização, em alguma forma prevista no art. 302 do CPP. Dentro do ciclo de persecução criminal é a chamada repressão imediata. Compete à Polícia Militar, uma atividade física mínima para fazer cessar aquela conduta proibida por lei e restabelecer a ordem. Condução coercitiva até a presença da autoridade policial (lembrar que qualquer do povo pode prender) ou judicial para adoção das providências exigidas pela lei, tais como lavratura do termo de apreensão da droga, laudo de constatação da droga, elaboração do Termo Circunstanciado, assinatura do Termo de Compromisso, verificação dos antecedentes, etc. Lavratura do auto de prisão em flagrante, com sua formalidade prevista nos art. 301 a 310 do CPP); Recolhimento ao cárcere (Prisão cautelar).

A expressão legal “não se imporá prisão em flagrante” só impede as duas últimas fases, no caso de porte para uso próprio.

Reforça essa tese, o disposto no parágrafo 4º do art. 48:

“§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado”.

Ora, alguém só pode ser liberado, se anteriormente ocorreu a captura, condução coercitiva do agente e esteve retido por algum tempo estritamente necessário.

Além de ilegal, seria um absurdo aceitar que qualquer pessoa pudesse praticar uma infração, ainda que de pequeno potencial ofensivo, e a autoridade policial simplesmente permanecesse inerte vendo o fato se consumir e prolongar no tempo. Certamente sociedade e o ordenamento jurídico não esperam isso da Polícia Militar.

Esta hipótese não ocorre só com o porte de drogas para consumo próprio, que apesar de não prever pena privativa de liberdade exige cessação imediata, mas também com as infrações administrativas previstas nos artigos 245 a 258 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Data máxima vênia, pensamentos contrários, a recusa do usuário em acompanhar o Policial Militar até ao Juizado Especial ou negar-se a prestar compromisso de comparecimento ou ainda não entregar a droga para exame pericial, medidas estas, exigidas pela lei, poderão caracterizar outro crime, como a desobediência (330), resistência (329) ou mesmo desacato (331), dependendo do caso em concreto. Nessas circunstâncias, há outros bens jurídicos atacados (respeito à Administração e função pública), diversos da Lei de Drogas (saúde pública) e, portanto, por esses outros delitos caberá a imposição de prisão em flagrante.

As penas previstas na Lei 11.343/06, de admoestação e multa, em caso de descumprimento das penas restritivas aplicadas na sentença (advertência, prestação de serviço e frequência em curso educativo) são próprias da fase processual e não policial.

Mesmo no direito civil não há que se falar em norma jurídica sem sanção.

“lei é um preceito comum e obrigatório, emanado do poder competente e provido de sanção. O renomado civilista, ao tecer considerações sobre a diferença entre Direito e Moral ensina que: a principal oposição entre a regra moral e a regra jurídica repousa efetivamente na sanção. (...) a segunda, ao inverso, conta com a sanção para coagir os

homens. Se não existisse esse elemento coercitivo, não haveria segurança nem justiça para a humanidade. O conceito de sanção, ou possibilidade de constranger o indivíduo à observância da norma, torna-se inseparável do direito. Neste, como diz JEAN HÉMARD, essencial é o problema das sanções, pois, justamente através de sua aplicação é que a regra jurídica adquire sua mais completa eficácia, seu valor absoluto” WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO - Curso de Direito Civil - Parte Geral - 14ª ed. - Saraiva – 1976.

“(…) a norma penal, como espécie de um conceito mais amplo (a norma jurídica), contém, portanto, uma ordem, ou norma de conduta, e a respectiva sanção, como garantia para seu cumprimento e eficácia (...) e (...) toda norma incriminadora contém, portanto, dois elementos constitutivos: o preceito e a sanção (...) no Direito Penal, não há normas incompletas, pois se ao imperativo de que decorre o preceito não suceder uma “sanctio juris”, a norma é inexistente” (TRATADO DE DIREITO PENAL- José Frederico Marques - Saraiva - 2ª ed. - 1964 – Vol. 1º, p. 118).

“A norma penal é constituída do conjunto formado pelo preceito e a sanção, que constituem unidade lógica indissolúvel. A norma sem preceito ou sem sanção é inexistente” (LIÇÕES E DIREITO PENAL - Heleno Cláudio Fragoso - Forense - 4ª ed., 1980 - p. 75).

A impossibilidade de prisão em flagrante delito pelo porte de drogas para consumo próprio não se aplica aos crimes de desobediência, resistência ou desacato.

Tais tipos penais são classificados como crimes de menor potencial ofensivo, estando sob a égide da Lei 9.099/95; apresentando como condição para a não lavratura do APFD o encaminhamento imediato ao Juizado Especial (condução coercitiva) ou compromisso de a ele comparecer. Caso o autor se recuse ir ao Juízo Competente e se negue a assinar o compromisso, caberá sim a imposição de prisão em flagrante delito, não mais pelo porte de droga, mas sim por menosprezar a Justiça e a Polícia, desobedecendo ou opondo-se a ato legal.

Pensar o contrário levaria à esdrúxula situação, em que alguém acusado dos crimes acima citados, alegar como estratégia de defesa, que tudo ocorreu por ser usuário de droga.

Adotando essa corrente, a partir de então, seria mais interessante aquele infrator (que não é usuário ou dependente) sempre estar com um cigarro de maconha no bolso, para mostrá-lo no caso de uma abordagem evitando a prisão.

Cabe ressaltar que apesar do art. 28 não comportar privação de liberdade, uma vez o usuário condenado em uma das penas previstas, com trânsito em julgado, gerará reincidência, caso cometa novo crime. Tal instituto representa inúmeros prejuízos de ordem material ou processual ao réu.

6. INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO E O CRIME DE PORTE PARA USO PRÓPRIO

Outra questão, própria de atividade de polícia, é no atendimento de ocorrência, deparar com uma infração ocorrendo no interior de residência.

A Constituição prevê exceções à inviolabilidade domiciliar e dentre elas encontra-se a hipótese de flagrante delito. (art. 5º, inc. XI).

Partindo do pressuposto de que ter em depósito ou guardar drogas para consumo próprio é crime permanente, de mera conduta não só pode o PM adentrar na casa, como deve ingressar naquele domicílio a qualquer hora do dia ou da noite, sem prévio mandado judicial a fim de fazer cessar aquela infração, por tratar-se um mandamento constitucional.

A casa é asilo inviolável, enquanto mantiver sua finalidade precípua de recesso de lar. A proteção constitucional não abrange “lares desvirtuados” como são os pontos de drogas.

Nesses locais não se tem uma família, e sim verdadeiros esconderijos de uma quadrilha, ou até mesmo uma facção criminosa. A Polícia Militar não deve se intimidar diante de uma “casa de fachada”.

O princípio da relatividade das liberdades públicas precisa estar presente nessa interpretação, visto que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos e não devem servir como escudo protetor para práticas delituosas.

Além do mais uma busca domiciliar não se presta tão somente para prender criminosos, pois de acordo com o art. 240 do CPP, visa também apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos (e há de se convir que um cigarro de maconha sempre é obtido ilegalmente), apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, etc.

Entretanto, não havendo certeza de que na casa se esteja praticando algum crime, a única alternativa é requerer, de forma fundamentada, um mandado de busca e apreensão ao Poder Judiciário e cumpri-lo na conformidade da lei.

7. LAUDO DE CONSTATAÇÃO

É de conhecimento que guarnição de viatura parada no interior de uma Delegacia de Polícia é prejudicial ao patrulhamento ostensivo. Nossos legisladores, conscientes disso, simplificaram a elaboração do auto de prisão em flagrante delito, bastando para sustentá-lo um laudo de constatação firmado por um perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea (art. 50, § 1º).

Para concretizar o flagrante não se faz uma prova detalhada, conclusiva da materialidade, a qual virá posteriormente com o laudo definitivo.

O laudo de constatação não requer exame laboratorial para aferição do grau toxicológico ou precisão da quantidade. Excluiu-se da lei anterior o requisito habilitação técnica para a pessoa idônea.

Não há mais a exigência prevista no CPP de serem no mínimo, duas pessoas, com curso de nível superior.

Partindo do princípio de que os atos praticados por servidores públicos são presumidamente legítimos, resulta a possibilidade do próprio policial atestar o laudo, com base na sua experiência profissional no combate às drogas;

Essa tese é abarcada pelos Juízes Federais Antonio César Bochenek, Flavio Lucas, Frederico Valdez, Marcelo Granado, Zenildo Bodnar e pelo Desembargador Federal Abel Fernandes Gomes em sua magnífica obra: Nova Lei Antidrogas – Teoria, Crítica e Comentários à Lei nº 11.343/06, Editora Impetus, 2006, além dos Procuradores da República, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, autores do excelente livro: Lei de Drogas comentada, Editora Método, 2006.

Poder-se-ia inclusive aumentar a carga horária de toxicologia forense nos cursos de formação de policiais; e que as viaturas ou delegacias possuíssem “kits de constatação”.

Caso o policial elabore um falso laudo estará sujeito a responder pelo crime de falsa perícia previsto no artigo 342 do Código Penal.

Será o laudo definitivo, que indicará na fase processual, com precisão, o princípio ativo da droga, previsto na Portaria SVS 344/98, visto tratar de uma norma penal em branco.

Cabe ressaltar que a pequena quantidade de droga apreendida não desnatura o crime e nem se aplica o princípio da insignificância, conforme já decidiu o STF:

“Direito Penal e processual penal. Posse ilegal de substância entorpecente (art. 12 da Lei 6.368/76): pequena quantidade. Princípio da insignificância ou crime de bagatela. Alegação de falta de justa causa para a ação penal (atipicidade da conduta). Habeas corpus. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela). Precedentes 2. Não evidenciada a falta de justa causa para a ação penal, o HC é indeferido”. (STF, HC 81641-RS, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 04.04.2003, p. 51). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela). Precedentes. 2. E não é desprezível a circunstância de o militar ter sido preso em flagrante, quando fumava cigarro de maconha em área sujeita a administração militar”. 3. HC indeferido” (STF – HC 81734/PR -1ª T. – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 07.06.2002, p. 95).

Outras circunstâncias, além da quantidade, deverão sopesar a decisão do Policial Militar em classificar inicialmente como porte para consumo próprio ou para o tráfico. A pessoa abordada poderá ter vendido vários papetes até o fim do dia e ter sido surpreendida somente com um “baseado” naquele momento.

A simplicidade na confecção do laudo somado à nova redação dada pela Lei 11.113/05 ao art. 304 do CPP beneficiará sobremaneira o policiamento preventivo e, conseqüentemente, a sensação de segurança da comunidade:

“Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto” (art. 304 do CPP).

A Emenda Constitucional 45/04 acrescentou o 78º inciso no capítulo que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, portanto, mesmo ao acusado de porte ou tráfico de drogas lhe é assegurada maior celeridade no deslinde da ocorrência.

“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, CF).

O porte de drogas para consumo próprio se apresenta como uma nova modalidade de crime de “ínfimo potencial ofensivo” e assim sendo, deve-se atender os critérios da Lei 9.099/95, de celeridade, simplicidade, informalidade, economia processual e oralidade.

8. CARACTERÍSTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 28

Os verbos: guardar, ter em depósito e trazer consigo denotam a natureza de crimes permanentes, onde o flagrante se protraí no tempo. Surge então o poder-dever do patrolheiro interromper aquela ação delituosa.

Um detalhe importante é que o legislador não previu o verbo “usar” ou “ter consumido”, portanto, a guarnição que abordar um cidadão com cheiro de maconha, com sinais evidentes de que tenha injetado alguma droga, sem que haja no local algum resquício da droga (corpo de delito) não poderá tomar nenhuma medida de caráter policial, a não ser levá-lo para um Pronto Socorro no caso concreto.

O crime exige o dolo do agente, ou seja, o sujeito precisa saber que está de posse de droga e que é proibido. Não há previsão na modalidade culposa.

“O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º - é isento de pena, quem por erro

plenamente justificado pelas circunstâncias supõe a situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos” (art. 20 CP).

Caso a Polícia Militar Rodoviária ao abordar um caminhão carregado de cocaína, ficar plenamente provado que o motorista pensava tratar-se de carregamento de talco, estaria diante do erro de tipo, resultando na isenção de pena ou mesmo na atipicidade da conduta, o que vai depender de provas.

A idéia propalada de que não seria mais crime, em tese poderia ser alegada pelo agente como forma de atenuar sua pena, se apegando ao art. 21 do CP (erro de proibição):

“O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

Por exemplo, no caso de um holandês ao desembarcar no Brasil, ao ser abordado pela PM fumando maconha, alegasse que acreditava estar agindo legalmente, pensando que o uso estivesse liberado, como ocorre no seu país, poderia ter, em tese, atenuação na pena.

É importante que o patrulheiro, já no calor da ocorrência, no caso concreto, consiga captar e demonstrar a verdadeira intenção do agente, provar que o sujeito tinha consciência de que estava portando uma droga, de que sabia ser uma atitude ilegal; pois, num momento processual posterior, poderá ser orientado a negar o conhecimento da lei ou do fato.

No Termo Circunstanciado precisa estar registrado que o agente portava droga para consumo próprio (dolo específico), visto que, se as circunstâncias apontarem para consumo de terceiros não será mais o art. 28 e sim o art. 33 da nova Lei.

As idéias aqui lançadas também se aplicam ao crime previsto no § 1º do art. 28:

“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”.

Outra inovação na lei foi criar um tipo autônomo para aquele que cultiva, colhe ou semeia plantas visando preparação de drogas para consumo próprio, omissão, que na lei anterior gerava divergências jurisprudenciais e doutrinárias; havia entendimento que se tratava de tráfico, outra corrente entendia ser consumo próprio, ou ainda decisões no sentido de ser uma conduta atípica.

Para o PM, o importante é notar que pequena quantidade está relacionada à droga e não às plantas.

Uma questão que surge é no caso de se abordar alguém trazendo consigo uma só planta ou apenas sementes da planta psicotrópica.

A jurisprudência se encarregará de esclarecer os casos atendidos pela Polícia Militar.

9. DAS PENAS APLICADAS NO ART. 28

O Policial Militar deverá estar consciente de que aquele usuário conduzido ao Juizado Especial Criminal poderá ser surpreendido novamente com drogas no dia seguinte, uma vez que a lei não comina mais pena privativa de liberdade, mas tão-somente advertência, prestação de serviço à comunidade ou obrigação em frequentar cursos educativos.

Independente de inexistência de prisão, o patrolheiro não deve hesitar em conduzir coercitivamente até o Juizado Especial Criminal quantas vezes forem necessárias.

Mesmo porque para o reincidente as penas previstas dobram de 05 meses para 10 meses. (§ 4º do art. 28). Além do mais, havendo provas nos autos de que o agente é recalcitrante, renitente, possibilitará ao juiz que justifique decisões mais energéticas (aplicação cumuladas das penas).

As penas aplicadas atenderão ao princípio da proporcionalidade e devem ainda guardar suas finalidades: prevenção geral (servir de desestímulo geral para a sociedade), prevenção especial (servir de desestímulo e reinserção social do agente) e retributiva (aflição por um mal injusto).

Como já foi explanado, se a fase repressiva foi atenuada, a prevenção deve ser intensificada.

“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida”- (Cesare Beccaria – Dos Delitos e das Penas).

Outro fator importante é que nesse crime, a prescrição é de 02 anos, esse prazo exíguo aumenta a responsabilidade do Policial Militar em reunir e preservar o máximo de provas sobre o fato, para que, na fase processual, já tenha elementos suficientes, tanto para a defesa como para a acusação, e o Juiz possa prolatar a sentença o mais rápido possível.

A lei não prevê a possibilidade do Juiz impor internação ou tratamento ambulatorial ao usuário/dependente (isso ficará a critério do agente); entretanto prevê a lei, que o Juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, de forma gratuita, estabelecimento de saúde, de preferência especializado.

Ressalva-se a vigência do art. 290 do Código Penal Militar, que em conexão com alguma das hipóteses do art. 9º do CPM (tipicidade indireta), tratará do crime militar, agrupando no mesmo tipo penal o porte para uso pessoal e o tráfico:

“Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos”.

O STF no HC nº 91767/SP, cujo acórdão publicado em 11 de outubro de 2007 resolveu questão, afirmando que a nova lei de drogas não revogou o art. 290 do CPM, com base no princípio da especialidade, que detém o Código Penal Militar, portanto um Policial Militar trazendo consigo entorpecente no interior de quartel não poderá usufruir das benesses da Lei 11.343/06, mesmo porque os bens jurídicos do CPM – hierarquia e disciplina são diversos do direito comum.

10. A POLÍCIA MILITAR DIANTE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

“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” (art. 33, caput).

Foram mantidos os mesmos 18 verbos previstos anteriormente. A inovação está no aumento da pena mínima para 05 anos de reclusão e na pena pecuniária, que agora é de 500 a 1.500 dias-multa.

A pena mínima anterior de 03 anos possibilitava que o traficante, com uma sentença condenatória de até 04 anos de reclusão, obtivesse a substituição por uma pena restritiva de direito nos termos dos artigos 43 e 44 do Código Penal.

A atual legislação proíbe expressamente que o traficante seja beneficiado com pena restritiva de direito, mesmo que seja condenado por pena inferior a 04 anos, conforme se depreende do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06.

Tal dispositivo poderá ser alvo de controle difuso de constitucionalidade, à medida que Juízes fundamentarem que essa vedação viola o princípio constitucional da individualização da pena.

No art. 33, o legislador procurou abarcar todas as situações possíveis envolvendo drogas, possibilitando a perfeita adequação do caso concreto ao tipo penal (tipicidade).

Exige-se o dolo, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, exceto quanto ao verbo prescrever, que é inerente aos médicos e dentistas; a coletividade é o sujeito passivo; e o bem jurídico tutelado é a saúde pública.

É classificado como crime de mera conduta e de perigo abstrato, uma vez que a lesão à saúde pública é presumivelmente prevista na lei, não havendo necessidade de demonstrá-lo. A droga precisa ter o princípio ativo listado na Portaria SVS/MS 344/98 (atualizada periodicamente).

O Policial Militar carece saber que a “cola de sapateiro”, cujo princípio ativo é o tolueno, não está relacionada na aludida Portaria, mas o fornecedor adulto responderá pelo art. 243 do ECA, caso venda ou forneça para uma criança ou adolescente.

Atualmente também é crime portar cloreto de etila, encontrado no lança-perfume, pois tal substância está classificada como proibida na Portaria SVS/MS 344/98.

“1. O tráfico ilícito de cloreto de etila, ainda que como componente químico do produto denominado “lança-perfume”, uma vez especificado pelo Ministério da Saúde como substância estupefaciente, configura crime punível segundo a Lei nº 6.368/76. 2. Não há como censurar-se a decisão condenatória decorrente da prisão em flagrante do paciente e a apreensão de frascos de “lança-perfume” com ele encontrados quando vigentes normas legais que especificam o cloreto de etila como substância proscrita. 3. Habeas-corpus indeferido” (HC- 77879/MA, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, DJU de 12-2-99, p. 02, unânime).

Além do mais, a Lei nº 5.062 de 4/7/66 proíbe expressamente a fabricação, comércio e uso do lança-perfume em todo o território nacional (art. 1º e 2º).

Há condutas que são permanentes, como por exemplo, “ter em depósito”, por isso o flagrante se estende no tempo, pela vontade do agente. Isso legitima o Policial Militar a entrar no domicílio alheio em cumprimento à determinação constitucional.

Logicamente, o Policial Militar, como em qualquer prisão, deverá observar os direitos constitucionais do preso (respeito à integridade física e moral, comunicação imediata ao Juiz, assistência da família, de advogado, identificação dos responsáveis pela prisão, direito de imagem, etc).

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São – Lei Complementar nº 893/ 01, preocupado com a dignidade da pessoa humana, também preza pela legalidade estrita da prisão:

“As transgressões disciplinares são classificadas de acordo com sua gravidade em graves (G), médias (M) e leves (L).

Parágrafo único - As transgressões disciplinares são:

1 - desconsiderar os direitos constitucionais da pessoa no ato da prisão (G); 2 - usar de força desnecessária no atendimento de ocorrência ou no ato de efetuar prisão (G); 3 - deixar de providenciar para que seja garantida a integridade física das pessoas que prender ou detiver (G); 4 - agredir física, moral ou psicologicamente preso sob sua guarda ou permitir que outros o façam (G); 5 - permitir que o preso, sob sua guarda, conserve em seu poder instrumentos ou outros objetos proibidos, com que possa ferir a si próprio ou a outrem (G); 6 - reter o preso, a vítima, as testemunhas ou partes não definidas por mais tempo que o necessário para a solução do procedimento policial, administrativo ou penal (M);” (art. 13 da LC 893/01).

A pequena quantidade de drogas, encontrada quando da busca pessoal, não é por si só fator impeditivo de prender com base no art. 33 da nova Lei:

“A pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é suficiente para ensejar a desclassificação do delito, ainda mais quando há outros elementos aptos à configuração do crime de tráfico” (STJ: HC 44119/BA).

O art. 44 da nova lei coloca sérias restrições ao traficante:

“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. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico” (art. 44).

Traficar drogas é um crime equiparado aos hediondos, o que atualmente não impede a progressão de regime, portanto, ao cumprir 2/5 da pena (primário) ou 3/5 (reincidente) da pena poderá passar do fechado para o semi-aberto e posteriormente aberto.

A guarnição também precisa se lembrar da Súmula 145 do STF:

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

É totalmente nulo o flagrante preparado, o PM não pode induzir o agente a praticar algum delito e ao mesmo tempo tomar cautelas para que ele não se consuma. Torna-se impossível cometer o crime.

Já o flagrante esperado é perfeitamente legal, e ocorre vg., quando se consegue a informação de que “um mula” estará chegando no terminal rodoviário a fim de entregar pacotes de maconha.

A Polícia, estrategicamente acompanha o infrator e aguarda o melhor momento para prender tanto “o mula” ou “avião” como o receptor.

Quando a autoridade policial se faz passar como um usuário, num local, indicado pelo setor de inteligência, como ponto de venda de drogas (“boca de fumo”), não deve prender o traficante pelo ato de vender, (pois isso foi induzido pelo policial) mas sim por “trazer consigo”, anterior ao momento da venda, uma vez que tal conduta não teve qualquer influência externa.

O legislador também manteve as figuras equiparadas ao tráfico:

“§ 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;”.

Na lavratura do APFD ou do Inquérito Policial, a Autoridade de Polícia Judiciária coletará o depoimento do condutor que muitas vezes é o Policial Militar que chegou primeiro no local de venda ou produção de drogas.

Portanto, é importante que o patrulheiro saiba descrever, de forma mais detalhada possível, a situação, pois de suas declarações, dependerá o Delegado de Polícia para fazer a primeira classificação e depois o Promotor de Justiça para elaboração da Denúncia.

As sete circunstâncias do art. 40, uma vez presentes no caso concreto precisam ser especificadas pelo Policial Militar, dando maiores subsídios ao Ministério Público.

Na atividade policial convém diferenciar matéria-prima, insumo e produto químico:

Matéria-prima é a substância principal da qual se extrai a droga; Insumo é o elemento que, apesar de não ter a aptidão de dele se extrair a droga, é utilizado para produzi-la, ficando agregado a ela. vg: bicarbonato de sódio empregado na produção do crack a partir da matéria prima cocaína.

Produto químico é a substância utilizada na produção da droga, sem agregar à matéria-prima (acetona no refino da cocaína).

Tais substâncias por si só podem não ser ilícitas; o policial terá que na área de crime, indicar e preservar provas de forma a demonstrar no caso concreto se a finalidade era a produção 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;”

A Constituição assegura o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, inc. VI); a Lei 11.343/06 em seu art. 2º proíbe o cultivo de vegetais dos quais possam ser extraídas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

A Portaria SVS 344/98 também relaciona as plantas que são proibidas de serem cultivadas no Brasil.

Quando a Autoridade Policial, no patrulhamento ostensivo, deparar com situações em que a pessoa não seja usuária, dependente ou traficante, mas alega tão somente que tenha emprestado bem móvel ou imóvel, de que tenha propriedade, com objetivo de tráfico, terá que dar voz de prisão em flagrante delito. Isto pode ocorrer na realização de um bloqueio de trânsito ao vistoriar um veículo onde se encontra grande quantidade de droga; e o proprietário não está entre os passageiros; alegando que sua participação só se restringiria ao empréstimo do automóvel:

“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” (art. 33, III).

Caso a utilização do bem não seja para tráfico, mas sim para consumo pessoal em conjunto com outras pessoas, o crime será o previsto no art. 33, § 3º (“tráfico privilegiado” ou uso compartilhado).

A Lei prevê que o agente que responder pelo crime de tráfico, seja, na conformidade do caput do art. 33 ou ainda nos três incisos do seu parágrafo 1º, poderá ter a pena reduzida de um sexto a dois terços, caso seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

“Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (art. 33, § 4º).

Lembrando que o ônus da prova é de quem alega, caberá à defesa provar tais requisitos. Todavia, se o MP apontar na denúncia que o agente pertença a alguma facção criminosa, terá que demonstrar e isso será facilitado no caso do Policial Militar pesquisar nos sistemas inteligentes e for apontada tal circunstância.

De uma maneira ou de outra, as provas e as primeiras impressões colhidas por quem atenda primeiro a ocorrência são muito importantes para o deslinde do processo.

Como se trata de causa especial de diminuição de pena pode-se chegar abaixo do mínimo legal; portanto, um traficante condenado à pena de cinco anos, poderá obter uma pena final de um ano e oito meses.

O conceito de “organização criminosa” foi definido na Convenção de Palermo e já está inserido em nosso ordenamento jurídico, por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004:

“Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral”.

A Lei de Drogas criou um tipo intermediário entre o traficante e o usuário:

“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” (art. 33, § 2º).

Induzir é provocar, incutir, criar na mente do agente a vontade de usar drogas. Instigar é reforçar a idéia já existente na cabeça do agente. Auxiliar é fornecer elementos que permitam o agente a usar drogas. É o caso do taxista que leva o turista até um ponto de tráfico ou aquele que empresta dinheiro, seringa, cachimbos, etc.

É um crime subsidiário (“soldado de reserva”), cabendo tão somente quando não possa tipificar no caput do art. 33, caput.

Como há o elemento normativo “alguém” entende-se que tal auxílio dirige-se a pessoa determinada, ainda que desconhecida; portanto seria atípico o fato de usar broches com o símbolo da planta da maconha, ou uso de camiseta com foto de artista famoso fumando um “baseado”.

Foi criado um delito autônomo para aquela pessoa que não visa lucro ao oferecer droga para pessoa do seu relacionamento e juntos consumirem, desde que não haja habitualidade.

“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” (art. 33, § 3º).

Alguns doutrinadores chamaram de “tráfico privilegiado”, “porte pessoal qualificado”, “uso compartilhado”.

Caso a denúncia aponte esse crime, caberá ao Ministério Público provar a eventualidade, inexistência de lucro, consumo em conjunto e pessoa de seu relacionamento.

No calor da ocorrência em uma abordagem, a perspicácia do Policial Militar, questionando quem são as pessoas ali envolvidas “na rodinha”, se são parentes, amigos, se foi localizado dinheiro com alguém, qual a procedência, consultando no INFOCRIM ou FOTOCRIM se algum dos abordados possui antecedentes, etc, de tudo registrando no BOPM-TC, facilitará o trabalho do Promotor de Justiça em indicar as provas que necessita para convencer o Juiz e obter um julgamento justo.

Aquele que oferece responde por esse delito, o que recebe (usuário/dependente) terá o tratamento disposto no art. 28.

Um fato curioso é a pena pecuniária desse crime ser maior que aquela prevista para o tráfico, ferindo, em tese, o princípio da proporcionalidade.

Previsão do “tráfico de maquinário” para produção de drogas:

“Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

A Lei proíbe meros atos preparatórios à obtenção da droga. Há necessidade do Policial Militar conseguir preservar provas da existência de um laboratório com equipamentos, instrumentos e objetos, com uma fachada legalidade, esteja na verdade sendo empregado para a produção de drogas, tais como balança de precisão, destiladores, pipetas. Entretanto, só a perícia poderá atestar esse desvio de finalidade.

É um crime subsidiário em relação ao tráfico propriamente dito, previsto no art. 33 o qual possui pena mais gravosa, entretanto, não sofre, em tese, a redução prevista no parágrafo 4º do art. 33; o que leva à seguinte análise:

Será mais interessante para o acusado responder pelo tráfico, onde haverá a possibilidade de diminuição da pena, resultando até 01 ano e 08 meses, do que responder pelo art. 34, cuja pena é de 03 anos sem previsão de redução. É um contra-senso (a pena será maior para quem só montava o laboratório, do que para aquele que já tinha produzido a droga) que a Jurisprudência terá que resolver.

Mais uma vez destaca-se a importância no atendimento de ocorrência dessa natureza, onde o policial precisa descrever no seu relatório e constar no depoimento detalhes se havia já alguma droga produzida ou não.

O Policial Militar, no patrulhamento, numa região conhecida pela incidência de venda de drogas, ao realizar uma abordagem em uma “rodinha de amigos” precisará analisar se está diante de um simples grupo reunido ocasionalmente ou então uma associação com vínculos estáveis planejando o tráfico.

“Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei” (Art. 35).

Mais uma vez a Lei está atenta para os atos preparatórios do tráfico; isso significa que não há necessidade da associação ter obtido êxito na venda de drogas, basta a intenção em praticar o tráfico.

Cabe ressaltar que pelo princípio da especialidade, esse vínculo associativo para consecução dos tipos penais previstos nos arts. 33 caput e § 1º, e 34 ou mesmo o 36 preponderaram sobre o crime previsto no art. 288 do Código Penal. Além do mais para configurar o crime de quadrilha exige-se o mínimo de 04 pessoas, enquanto para a associação para o tráfico bastam duas.

Enquanto o caput apresenta a expressão normativa “(...) fim de praticar, reiteradamente ou não”; seu parágrafo aponta: “associa para a prática reiterada”.

Desse parágrafo decorre que, se naquela rodinha de pessoas há um vínculo associativo, com estabilidade, mas ainda não conseguiram financiar o tráfico, estará tipificado, em tese, o crime de quadrilha, desde que tenha mais de três pessoas.

A pena mais gravosa da Lei, tanto pecuniária como privativa de liberdade foi reservada para o crime de financiamento do tráfico:

“Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias multa” (art. 36).

Por política criminal, criou-se um delito autônomo, visto que anteriormente aquela pessoa que nem mesmo teve contato com a droga, mas entrava com o capital, respondia como partícipe do antigo art. 12 da Lei 6.368/76.

Um crime, caracterizado pela presença de grande soma de dinheiro, poderá ser mais facilmente combatido se houver uma integração dos Órgãos de Inteligência das Polícias, do MP e do sistema financeiro nacional representado pelo COAF, com observância nas Leis 9.613/98 (combate à lavagem de dinheiro), 9.034/05 (combate ao crime organizado) e Lei Complementar 105/01 (regulamentação das instituições financeiras).

“Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa” (art. 37).

Agora, quando uma guarnição ao policiamento em uma região conhecida por ser ponto de venda de drogas, deparar com um sujeito soltando rojão, pipa ou mesmo utilizando de um rádio “hand talk” com finalidade de avisar os traficantes da chegada da Polícia, poderá prendê-lo com base nesse dispositivo.

Caso o informante seja um policial corrupto, terá sua pena agravada, de um sexto a dois terços, conforme art. 40, inc. II. Essa colaboração como informante terá que ser eventual, pois do contrário, supondo que este informante faz parte de uma estruturação prévia, com um vínculo associativo, tipificaria o crime de associação para o tráfico, art. 35.

Outro ponto interessante é a exigência do tipo penal, quando se refere a grupo, organização ou associação. Diante da situação que o informante colaborou com apenas um traficante, poderia estar incurso no art. 33, (tráfico), como partícipe (teoria monista da ação prevista no art. 29 do CP).

Disso resulta uma contradição: colaborar como informante para uma associação de traficantes (poder lesivo maior) terá como pena reclusão de 2 a 6 anos; todavia, se passou informação para apenas um traficante (poder lesivo menor) terá como pena de 5 a 15 anos.

Na Lei, o único crime culposo é o abaixo descrito:

“Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa. (Art. 38). Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente”.

Prescrever é receitar; enquanto ministrar significa aplicar, inocular. É um crime próprio, pois só podem prescrever ou ministrar o médico e o dentista. O farmacêutico ou o profissional de enfermagem podem tão-somente ministrar. Cabe ressaltar que o veterinário tem autorização legal para prescrever e ministrar drogas para animais e não pessoas. Na modalidade culposa, é crime classificado como de menor potencial ofensivo, aplicando-se os dispositivos da Lei 9.099/95 (transação, suspensão condicional do processo, composição civil).

No delito abaixo descrito, o legislador não puniu o consumo em si, mas o fato de conduzir um barco ou avião sob a influência de droga.

“Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Pena detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da

apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias multa (Art. 39). As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros. (Parágrafo único art. 39)”.

A expressão: “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, também existente no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (específico para veículo automotor) fez surgir duas correntes: A primeira, diz tratar-se de crime de perigo abstrato e, portanto, bastaria comprovar a influência da droga, quando na condução de veículo automotor, sem necessidade de se comprovar o perigo de lesão ao bem jurídico (segurança no transporte rodoviário).

Para a segunda corrente, majoritária, o delito seria de perigo concreto, sendo imprescindível a comprovação, no caso concreto, não apenas da droga, mas também do perigo ao bem jurídico tutelado.

“Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor” (art. 306 CTB).

Diante do princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, a Lei 11.275 de 07 de Fevereiro de 2006, alterou alguns dispositivos do CTB e possibilitou que diante da recusa do condutor em passar por testes de alcoolemia, exames ou perícias, a caracterização da influência de álcool ou substância de efeitos análogos, poderá ser atestada pelo agente da autoridade de trânsito.

A Resolução do CONTRAN nº 206 de 20 de outubro de 2006, regulamentando o art. 276 do CTB previu que basta o Policial Militar atestar os sinais de embriaguez para configurar o delito, no caso de recusa do infrator em se submeter aos testes.

No art. 40 da nova Lei há previsão de causas de aumento de pena para os crimes dos arts. 33 a 37.

A Autoridade Policial, no atendimento de ocorrência envolvendo drogas, terá que atentar se está presente alguma daquelas situações, pois desse trabalho preliminar, no local dos fatos, facilitará a função do Delegado de Polícia e do Promotor de Justiça.

Dentre as hipóteses de aumento de pena, destaca-se: crime é cometido nas dependências ou imediações de escolas, hospitais, clubes esportivos, entidades beneficentes, unidades militares, policiais, transportes públicos, etc.

Também aumentará a pena se envolver criança ou adolescente, se houve emprego de arma, praticado com violência ou grave ameaça, se o tráfico se deu em mais de um Estado da Federação, etc.

A Lei também prevê redução da pena (de 1 a 2/3) no caso do indiciado ou acusado ajudar na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação do produto do crime, bem como aplicação dos mecanismos de proteção para colaboradores e testemunhas previstos na Lei 9.807/99.

O Policial Militar em seu depoimento na fase policial ou processual terá que esclarecer se houve colaboração espontânea por parte de algum preso.

Excluindo os crimes de porte para consumo próprio (art.28), 33,§ 2º, (auxílio ao uso), § 3º (uso compartilhado), art. 38 (prescrição culposa) e 39 (condução de embarcação ou aeronave sob efeito de droga), os demais serão inafiançáveis, não terá direito ao sursis,

graça, indulto, anistia e liberdade provisória, proibida a conversão da pena em restritivas de direitos.

O livramento condicional ocorrerá após o cumprimento de 2/3 da pena, desde que não seja reincidente nos crimes de drogas.

11. INFILTRAÇÃO DE POLICIAIS E AÇÃO CONTROLADA

Outro aspecto de interesse policial está previsto no art. 53, ao possibilitar em qualquer fase da persecução criminal (portanto abarca a fase preventiva) a infiltração por agentes de polícia provenientes de órgãos especializados, em tarefa de investigação e a ação controlada consistente na não atuação policial diante de uma situação de flagrante delito.

“Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I. a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II. a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que 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. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores” (art. 53 – Lei 11.343/06).

A infiltração de policiais e a ação controlada já eram previstos na Lei 9.034/95 – Lei de Combate ao Crime Organizado:

“a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, 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” (art. 2º, II – Lei 9.034/95). Infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial” (art. 2º, V – Lei 9.034/95).

Enquanto na Lei 9.034/95 prevê a possibilidade de infiltração por agentes de polícia e de inteligência, na Lei 11.343/06 só cita agentes de polícia, portanto há necessidade de investidura na carreira policial e de forma alguma o particular poderá atuar como agente infiltrante. A infiltração dependerá basicamente de: Requerimento fundamentado da Autoridade Policial junto ao Juiz; com demonstração de provas mínimas de autoria e materialidade; bem como da real necessidade da medida; Manifestação favorável do Ministério Público; Autorização prévia da autoridade judiciária; Descrição pormenorizada dos meios de provas que se pretende utilizar (gravação de ambiente, busca e apreensão, fotografia, etc).

Limitação das ações do agente infiltrado – pois assim estará agindo com excludente de ilicitude; além do que o policial não poderá induzir a prática de delito; a iniciativa do crime deve partir dos investigados. Indicação da data do término da operação. Já na ação controlada, o que se busca é intervir no momento mais propício para identificar o maior número de integrantes da quadrilha. É o flagrante prorrogado. Enquanto a Lei de Combate ao Crime Organizado não prevê a necessidade de prévia autorização judicial, a Nova Lei de Drogas exige, além do aval do Juiz, o parecer do Ministério Público e a demonstração do provável itinerário e a identificação dos criminosos.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade evolui em todos os sentidos e o crime, que sempre acompanhou a história da humanidade, também diversifica suas ações, tornando-as globalizadas. Surge, daí, a importância de uma legislação que procure obstar as novas artimanhas, principalmente no tocante ao tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, que são irmãos siameses, filhos do crime organizado.

A Polícia Militar também precisa estar preparada para os novos tempos; mais do que “braço forte” ela é uma “cabeça forte”. Prevenção se faz com polícia ostensiva, antecedida de uma atividade de inteligência.

A nova lei mantém como crime a conduta de “fumar um cigarro de maconha”, portanto deve ser evitada por meio do policiamento preventivo ou repressão imediata pela própria Polícia Militar.

O que mudou foi a forma de repressão para o mero usuário, não cabendo mais a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, nem sua manutenção em cárcere privado. A Lei 11.343/06 não vê o usuário/dependente tão só como um criminoso, mas também como uma pessoa que precisa de cuidados médicos, com possibilidades de recuperação e reinserção social. O Policial Militar também terá que dar tratamento diferenciado ao mero usuário/dependente. Tratamento este já amplamente divulgado na filosofia de Policiamento Comunitário e nos Cursos de Direitos Humanos em voga na Instituição.

O sucesso dessa empreitada vai depender da conduta daquela primeira Autoridade Policial que tiver contato com a ocorrência. É importante que o Policial Militar, agindo com o profissionalismo que a sociedade espera, saiba separar o crime do usuário/dependente daquele crime cometido pelo traficante, sem pender para o abuso de autoridade ou, de outro lado, a omissão do dever de preservação da ordem pública. Basta seguir a lei, caminhando nos trilhos da razoabilidade, proporcionalidade e busca do interesse público.

Com a nova legislação a fase repressiva ao consumo pessoal foi atenuada, daí aumenta-se a responsabilidade da etapa de prevenção; e há todo um arcabouço legal e jurídico que delega tal mister à Polícia Militar.

“Prenda-se à lei, cerque-se da ordem e garantirá a liberdade”.

REFERÊNCIAS

GOMES, Abel Fernandes et al. Nova Lei Antidrogas – Teoria, Crítica e Comentário à Lei 11.343/06. São Paulo: Impetus, 2006.

GOMES, Luiz Flavio et al. Nova Lei de Drogas Comentada, Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LAZZARINI, Alvaro. Estudos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de et al. Lei de drogas: Lei 11.434, de 23 de agosto de 2006, Comentada artigo por artigo. São Paulo, Método Editora; 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes. Teoria e Prática Policial aplicada aos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Suprema Cultura, 2006.

SOARES, Ailton et al. Legislação policial-militar anotada. Constituição Federal e normas federais de organização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. V. 1. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Legislação policial-militar anotada. Constituição Estadual e normas estaduais de organização e efetivos da Polícia Militar do Estado de São Paulo. V. 2. São Paulo: Atlas, 2001.

1 - Nucci, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas; 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2007; p. 301.

2 - Projeto de Lei nº 7.134/02. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf> - Acesso em 13nov.2007.

3 - Data Folha – Instituto de Pesquisas. Disponível em:

http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=268 - Acesso em 12nov.2007.

5 - Juizados Especiais Criminais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 109 - 110.

6 - Disponível em:

[http://www.mp.rj.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/02_INTERNET_NOVA/REPOSITORIO_P
ORTLETS/CORR_](http://www.mp.rj.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/02_INTERNET_NOVA/REPOSITORIO_P
ORTLETS/CORR_)

[GERAL_CONS_NAC_ENC_REUN_CARTAS/17_CARTACUIAB.HTML](http://www.mp.rj.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/02_INTERNET_NOVA/REPOSITORIO_P
ORTLETS/CORR_GERAL_CONS_NAC_ENC_REUN_CARTAS/17_CARTACUIAB.HTML) - Acesso em
13nov.2007.

7 - Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1281/4/Comiss%C3%A3o_Nacional_

[Interpreta%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1281/4/Comiss%C3%A3o_Nacional_) - Acesso em 13nov.2007.

OBSERVAÇÃO

Artigo publicado na revista A Força Policial – São Paulo – edição nº 56 – outubro / novembro / dezembro 2007.