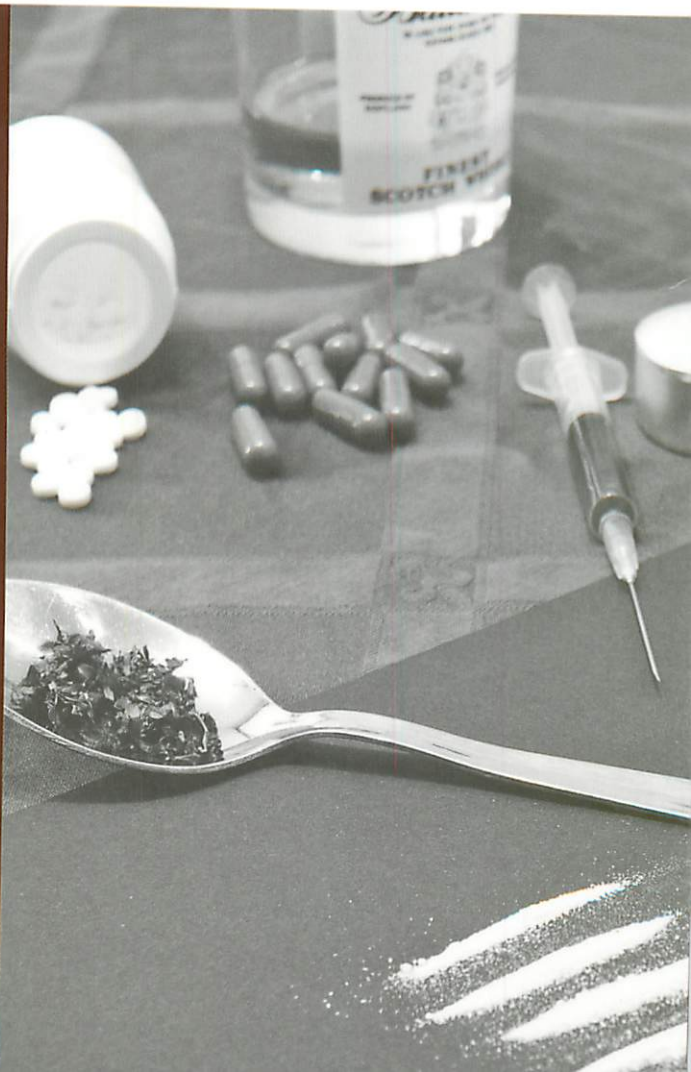


O Ministério Público e o Desafio das Drogas

Coordenação
Adélia Moreira Pessoa
Deijaniro Jonas Filho

Adélia Moreira Pessoa
Aldeleine Melhor Barbosa
Alexandre Albagli Oliveira
Amanda Maria Prado Lima
Ana Christina Souza Brandi
Augusto César Leite de Resende
Berenice Andrade de Melo
Deijaniro Jonas Filho
Dhíogo Lima Velozo
Eduardo Franklin Miranda de Oliveira
Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Gonçalo Ribeiro de Melo Neto
Josenias França do Nascimento
Luciana Duarte Sobral Menezes
Luís Cláudio Almeida Santos
Manoel Cabral Machado Neto
Maria Creuza Brito de Figueiredo.
Maria José Nascimento Soares
Mariana Moura Rocha
Mark Clark Santiago Andrade
Max Diego Siqueira Silva
Mirena Oliveira Ferreira Lins
Newton Silveira Dias
Olivia Fernandes Leal de
Paloma Matos Monteiro Leite
Paulo José Francisco Alves Filho
Paulo Lima de Santana
Rivaldo Frias dos Santos Júnior
Rômulo Lins Alves
Rosane Gonçalves dos
Sandro Luiz da Costa



A Carta Magna de 1988 situou o Ministério Público como função essencial à justiça. Reconheceu as atribuições de titular da ação penal pública e fiscal da lei. Conferiu à Instituição a defesa da sociedade, especificamente, quanto aos direitos e interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e sociais, cabendo-lhe zelar pela preservação e a defesa da democracia e dos institutos que a integram.

Cumpre ao Ministério Público enquanto fiscal do ordenamento jurídico, lutar pela manutenção e aplicação de nossa lei maior, buscando a promoção dos fundamentos da República, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Nesse contexto, a presente publicação integra e sequencia a série lançada pela Associação Sergipana do Ministério Público, voltada ao cumprimento do mister institucional em sintonia com a Lei Máxima, de acordo com as mudanças e anseios da sociedade.

A presente edição, Volume II, captou a produção literária e científica de seus associados e membros ao "Desafio das Drogas" que permeia hoje a sociedade e traz reflexos na atuação dos seus Agentes.

Portanto, estudos foram promovidos, experiências foram compartilhadas, teses são defendidas com abordagem dessa problemática. Sem dúvida, o Ministério Público Sergipano vem tendo papel fundamental na busca e implantação de políticas públicas voltadas à prevenção às drogas, ao tratamento e à inclusão das pessoas direta e indiretamente afetadas e ao enfrentamento das ações daqueles que se opõem às leis que tratam do tema.

Com a publicação e lançamento da presente obra, teremos mais um debate franco e aberto para a busca de uma Instituição voltada e vocacionada aos reclamos da sociedade.

Deijaniro Jonas Filho

**Série Estudos da Associação
Sergipana do Ministério Público**

02

O Ministério Público e o
**Desafio das
Drogas**

Coordenação

Adélia Moreira Pessoa

Deijaniro Jonas Filho

**1ª Edição
Aracaju/SE**

**Associação Sergipana do Ministério Público/Editora EVOCATI
2012**



ASSOCIAÇÃO SERGIPANA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SÉRIE

ESTUDOS DA ASSOCIAÇÃO SERGIPANA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO EDITORIAL:

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO
EDUARDO LIMA DE MATOS
SANDRO LUIZ DA COSTA
ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA
AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE
DEIJANIRO JONAS FILHO
ADELIA MOREIRA PESSOA

FICHA CATALOGRÁFICA

Sergipe. Associação Sergipana do Ministério Público
S484m O Ministério Público e o desafio das drogas. Série Estudos da Associação
Sergipana do Ministério Público de Sergipe, n° 2. Adélia Moreira Pessoa e Deijaniro
Jonas Filho (organizadores) - Aracaju: Associação Sergipana do Ministério Público/
Evocati, 2012.

Ministério Público; Drogas: políticas públicas de prevenção e atenção a usuários
e dependentes de drogas; repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito;
alcoolismo como problema de saúde pública.

ISBN: 978-85-99921-11-1

CDU: 343.976: 347.963

ISBN 978-85-99921-11-1



9 788599 921111

A responsabilidade pelo conteúdo dos trabalhos
publicados é exclusivamente de seus autores.

**ADÉLIA MOREIRA PESSOA
DEIJANIRO JONAS FILHO**
Organizadores

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DESAFIO DAS DROGAS

Colaboram nesta edição:
Adélia Moreira Pessoa
Aldeleine Melhor Barbosa
Alexandre Albagli Oliveira
Amanda Maria Prado Lima
Ana Christina Souza Brandi
Augusto César Leite de Resende
Berenice Andrade de Melo
Deijaniro Jonas Filho
Dhiogo Lima Velozo
Eduardo Franklin Miranda de Oliveira
Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Gonçalo Ribeiro de Melo Neto
Josenias França do Nascimento
Luciana Duarte Sobral Menezes
Luís Cláudio Almeida Santos
Manoel Cabral Machado Neto
Maria Creuza Brito de Figueiredo
Maria José Nascimento Soares
Mariana Moura Rocha
Mark Clark Santiago Andrade
Max Diego Siqueira Silva
Mirena Oliveira Ferreira Lins
Newton Silveira Dias
Olivia Fernandes Leal de Mello
Paloma Matos Monteiro Leite
Paulo José Francisco Alves Filho
Paulo Lima de Santana
Rivaldo Frias dos Santos Júnior
Rômulo Lins Alves
Rosane Gonçalves dos Santos
Sandro Luiz da Costa



ASSOCIAÇÃO SERGIPANA DO MINISTÉRIO PÚBLICO GESTÃO 2011/2013

DIRETORIA

PRESIDENTE: ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

1º VICE-PRESIDENTE: GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

2º VICE-PRESIDENTE: LUIZ FAUSTO DIAS VALOIS SANTOS

1º SECRETÁRIO: AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

2º SECRETÁRIO: JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

1ª TESOUREIRA: TALITA CUNEGUNDES F. DA SILVA

2ª TESOUREIRA: LUCIANA DUARTE SOBRAL MENEZES

CONSELHO FISCAL:

RAIMUNDO BISPO FILHO

LUIS VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

MAURÍCIO GUSMÃO MAGALHÃES

SUPLENTE DO CONSELHO FISCAL:

ANA LEILA COSTA GARCEZ

WILTON ARAÚJO SANTOS

PETERSON ALMEIDA BARBOSA

DIRETORIAS:

DIRETORIA SOCIAL (REL. PÚBLICAS) – GICELE MARA C. D'ÁVILA FONTES

DIRETORIA DE INFORMÁTICA - SANDRO LUIZ DA COSTA

DIRETORIA CULTURAL - ADÉLIA MOREIRA PESSOA

DIRETORIA DE APOSENTADOS – PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ

DIRETOR DE ESPORTES – PAULO JOSÉ FRANCISCO ALVES FILHO

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Adélia Moreira Pessoa - Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFS(Aposentada) . Professora de Direito de Família e Sucessões em cursos de Pós-graduação. Promotora de Justiça Aposentada (Ministério Público de Sergipe). Membro da Diretoria Nacional do IBDFAM. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa A Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e seus reflexos nas relações sociais.

Aldeleine Melhor Barbosa - Promotora de Justiça Substituta do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Público.

Alexandre Albagli Oliveira - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Escritor (autor do romance Estrada de Luz – A História de Brasileiro de Deus), Professor da ESMP e da ESAJ, Especialista em Direito Processual Civil pela FANESE, mestrando em Direito Público Contemporâneo pela UFS.

Amanda Maria Prado Lima - Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe. Assessora do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe.

Ana Christina Souza Brandi - Procuradora de Justiça titular da 11ª Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Augusto César Leite de Resende – Promotor de Justiça Especial de São Cristóvão/SE- Ministério Público do Estado de Sergipe. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina

Berenice Andrade de Melo - Promotora de Justiça titular da 4ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Acidentado do Trabalho, Idoso, Pessoa com Deficiência e Direitos Humanos em Geral (Ministério Público do Estado de Sergipe), Diretora do Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos. Especialização pela UNISUL em Direitos Difusos e Coletivos afetos à Crianças e Adolescentes, Idosos e Pessoas com Deficiências.

Deijaniro Jonas Filho - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Representante do Ministério Público de Sergipe no Conselho Estadual de Políticas Sobre Drogas (CONEN) - 2005/2010. Laureado com a Medalha do Mérito pela Valorização da Vida, conferida pela Presidência da República através da Secretaria Nacional Antidrogas e com a Medalha do Mérito pela Valorização da Vida do Governo do Estado de Sergipe, Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania, Conselho Estadual de Políticas Sobre Drogas (CONEN).

Dhiogo Lima Velozo - Advogado, Pós-graduando Direito Civil e Processo Civil, Assessor de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Eduardo Franklin Miranda de Oliveira - Promotor de Justiça do Estado de Sergipe. Promotor de Justiça Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa - Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFS. Coordenadora do Mestrado em Direito da UFS. Juíza do Trabalho Titular da 4ª. Vara do Trabalho de Aracaju. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Formação, Interdisciplinaridade e Meio Ambiente (GPFIMA - UFS). Líder do Grupo de Pesquisa A Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e seus reflexos nas relações sociais.

Gonçalo Ribeiro de Melo Neto - Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, Assessor do Procurador Geral de Justiça do Estado de Sergipe, Pós Graduado em Direito Público e Direito do Consumidor pela UNIDERP.

Josenias França do Nascimento - Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Luciana Duarte Sobral Menezes - Promotora de Justiça do Estado de Sergipe, graduada pela Universidade Federal de Sergipe - UFS.

Luís Cláudio Almeida Santos - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, Pesquisador na área do direito e das ciências so-

ciais, Professor da Aliança Francesa de Aracaju, ex-Professor de direito da UNIT, Licenciatura plena Francês-Português UFS, Mestrado em Direito Universidade Gama Filho, Mestrado em Sociologia UFS, doutorando em Sociologia UFS.

Manoel Cabral Machado Neto - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, Assessor do Gabinete do Procurador Geral de Justiça, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

Maria Creuza Brito de Figueiredo - Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe; Ex-Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado de Sergipe; Presidente Nacional dos Corregedores-Gerais da União e dos Estados.

Maria José Nascimento Soares - Professora Adjunta do Departamento de Educação da UFS. Coordenadora do Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento e Meio Ambiente (UFS). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Formação, Interdisciplinaridade e Meio Ambiente (GPFIMA - UFS)

Mariana Moura Rocha - Bacharela em direito e Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe

Mark Clark Santiago Andrade - Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe; Assessor de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe; Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal; Ex-Professor Substituto da Universidade Federal de Sergipe - UFS.

Max Diego Siqueira Silva - Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Mirena Oliveira Ferreira Lins - Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe. Pós-graduada em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNISUL, em Direito Processual Civil e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

Newton Silveira Dias Junior - LL.M. (Magister Legum), e doutorando em Direito Penal pela Universidade de Frankfurt, (Johann Wolfgang von

Goethe Universität – Frankfurt am main), Promotor de Justiça, Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Sergipe – ESMP/SE.

Olivia Fernandes Leal de Mello - Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe. Assessora Jurídica do Procurador-Geral de Justiça. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela (FASE).

Paloma Matos Monteiro Leite - Assessora do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Paulo José Francisco Alves Filho - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Paulo Lima de Santana - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Diretor do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária

Rivaldo Frias dos Santos Júnior - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Mestrando em Sociologia (UFS). Pós-Graduado em Direito Processual (UNAMA). Professor da Faculdade Sergipana e da Faculdade de Aracaju.

Rômulo Lins Alves - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Pós-graduado em Direito Público pela UNISUL e em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNIDERPE.

Rosane Gonçalves dos Santos - Promotora de Justiça Substituta do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Sandro Luiz da Costa - Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe (Meio Ambiente de Nossa Senhora do Socorro), Mestre e Doutorando em Desenvolvimento e Meio Ambiente (UFS). Membro do Grupo de Pesquisa Formação, Interdisciplinaridade e Meio Ambiente GPFIMA – UFS.

APRESENTAÇÃO

Cuida-se a presente publicação do Volume II de uma série lançada pela Associação Sergipana do Ministério Público. A proposta da entidade de classe com esta publicação é a reflexão sobre tema tornento que merece a atenção não só dos poderes constituídos, mas de toda sociedade. Problema visível, de soluções ainda não definidas. Não temos receitas ou fórmulas definitivas. Nosso propósito é estimular e promover a produção intelectual dos integrantes da nossa Instituição.

A dependência química não é apenas uma doença. É um desafio cada vez mais presente a ser enfrentado não só pela esfera pública, mas sim por toda a sociedade, em uma abordagem necessariamente interdisciplinar.

É possível acabar com o uso ilícito de drogas? A resposta ainda é não. O que se busca é manter o problema em níveis suportáveis. Para isso, é preciso investir nas duas extremidades da corrente da droga, como salienta José Elias Murad¹. Na OFERTA da droga ilícita, no tráfico, em relação aos que a produzem e oferecem. Na outra extremidade, na DEMANDA, em relação ao uso da droga. O bom combate, pois, consiste em reprimir a oferta, trabalho de persecução penal, controle e fiscalização e REDUZIR a demanda, trabalho essencialmente preventivo/educativo e de saúde, através de políticas públicas apropriadas.

Além das drogas ilícitas há uma questão de grande dimensão no Brasil – o alcoolismo que atinge proporções de grave problema de saúde

1 MURAD, José Elias. **A fome da droga**. Belo Horizonte: editora O Lutaador, 2005, pág.161/162.

pública. De acordo com relatórios da OMS, os danos causados pelo álcool superam, e muito, os danos causados por substâncias ilícitas e segundo dados do Ministério da Saúde, “dentre todas as drogas lícitas e ilícitas, o consumo prejudicial de bebidas alcoólicas é aquele que mais danos produz à saúde e ao bem-estar, sendo o mais grave do ponto de vista da saúde pública”².

Nessa seara relativa a drogas, assume papel fundamental o MP quer na persecução penal quer na prevenção. Com efeito, o novo perfil institucional, definido na CRFB de 1988, coloca o Ministério Público ao lado dos Poderes de Estado, com a obrigação de defender e garantir os direitos indisponíveis, difusos ou coletivos.

Deixa de ser um órgão que atua apenas quando, e se provocado, e assume um comportamento novo no contexto jurídico-social, “abandonando a postura inerte e apática da espera, para conhecer, acompanhar e fiscalizar o *modus operandi* dos agentes da coisa pública, como meio de garantir a boa aplicação da lei”(…) “Nesse novo comportamento, é mister que se assumam uma atitude de querer quebrar resistências, de “abrir agendas”, de descobrir segredo, atitude essa que permita uma relação mais espontânea entre poderes autônomos, porém harmônicos entre si, e que, apesar da forma própria de agir, têm em comum, como razão e objeto do seu trabalho, o cidadão brasileiro”.³

Dessa forma, a presente publicação contém artigos sobre o enfrentamento às drogas nas várias áreas (judicial ou extrajudicial) e seus desafios. Abrange contribuições na esfera da prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito; políticas públicas referentes à área; alcoolismo como um dos problemas de saúde pública e seus efeitos; crimes e penas; não se esquecendo, enfim, da abordagem multidisciplinar - sociológica, jurídica, psicológica, médica ou outras.

2 BRASIL. **Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas**. Ministério da Saúde. 2.ed. rev. ampl.– Brasília:Ministério da Saúde, 2004.

3 MPMG..CEAF/Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde. **Manual do Curador de Saúde**. Org. Dílma Jane Couto Carneiro Santos, Josely R. Pontes, Maria de Lourdes Rodrigues Santa Gema. Belo Horizonte: Gráfica Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais IO/MG, 2002, p.15

Assim, os artigos desta obra bem representam o afincamento e o trabalho dos membros da Instituição e sua sintonia com a sociedade, diante do seu verdadeiro papel, não ficando centrados no normativismo asséptico porque nem tudo está circunscrito ao espaço predeterminado da lei e, muitas vezes, o drama social reclama a aplicação de uma justiça concretizada, numa visão não compartimentalizada do Direito.

No entanto, os membros do Ministério Público do Estado de Sergipe têm contribuído, via atuação crítica constante, não fazendo da lei um fetiche, mas antes, dando-se ao trabalho de pensar por conta própria, sem tirar os pés da realidade social circundante. Estamos dispostos a contribuir nas ações e políticas que tenham por objetivo o enfrentamento ao desafio das drogas - nosso comprometimento e responsabilidade para com a cidadania e a democracia, agindo sempre em favor da sociedade. Não se tem, entretanto, a veleidade de substituir o povo.

A presente obra reúne estudos dos que fazem o Ministério Público do Estado de Sergipe, individualmente, ou em conjunto com outras pessoas que se debruçaram sobre o tema. Compreende análises não só da lei e, com certeza, trará esta publicação luz sobre o tema e servirá como grito e alerta. Esperamos que seja uma fonte de debates e que ajude a apontar novos caminhos na busca por uma atuação mais eficaz e humana, voltada especialmente para a redução dos danos decorrentes do uso indevido do álcool e de outras drogas.

Aracaju, maio de 2012

Arnaldo Figueiredo Sobral

Presidente da Associação Sergipana do Ministério Público

Adélia Moreira Pessoa

Diretora Cultural da Associação Sergipana do Ministério Público

SUMÁRIO

- Síndrome Alcoólica Fetal: O que o Ministério Público tem a ver com isso? <i>Adélia Moreira Pessoa e Flávia Moreira Guimarães Pessoa</i>	15
- Drogas: Uma Questão de Saúde Pública <i>Aldeleine Melhor Barbosa</i>	37
- Reflexões Sobre o Crime de Associação para o Tráfico de Drogas <i>Alexandre Albagli Oliveira</i>	47
- Drogas: Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Medida Alternativa Restritiva de Direitos e Liberdade Provisória – A Experiência da 11ª Procuradoria de Justiça do MPSE à Luz da Jurisprudência do STF, do STJ e do TJSE <i>Ana Christina Souza Brandi e Mark Clark Santiago Andrade</i>	65
- O Resgate do Direito à Saúde Infantil <i>Augusto César Leite de Resende</i>	81
- A Pessoa Idosa e o Problema das Drogas: A Vulnerabilidade do Idoso no Seio Familiar <i>Berenice Andrade de Melo e Mariana Moura Rocha</i>	103
- A Drogadição na atualidade, a presença do crack na sociedade e suas repercussões <i>Deijaniro Jonas Filho</i>	111
- Expropriação de Bens em Decorrência do Tráfico Ilícito de Entorpecentes – Art. 243 da Carta Magna <i>Eduardo Franklin Miranda de Oliveira e Amanda Maria Prado Lima</i>	127
- O Dever Estatal de Assistência ao Dependente Químico <i>Josenias França do Nascimento e Dhiogo Lima Vellozo</i>	141
- A Internação de Toxicômanos como Medida Cautelar Alternativa à Prisão Processual <i>Luciana Duarte Sobral Menezes</i>	157

- As Drogas Como Problema Social: O Que Há Mesmo Por Trás Disso? <i>Luís Cláudio Almeida Santos</i>	175
- Interpretação da Expressão “Não se Dedique às Atividades Criminosas” contida no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas <i>Manoel Cabral Machado Neto e Gonçalo Ribeiro de Melo Neto</i>	191
- Drogas, Prevenção e Políticas Públicas <i>Maria Creuza Brito de Figueiredo</i>	203
- (I)Legitimidade do Direito Penal no Combate ao Uso de Drogas: Uma Análise à Luz da Teoria do Bem Jurídico <i>Newton Silveira Dias Junior</i>	215
- Controvérsias a Respeito das Condutas Previstas no Art. 28, da Lei de Drogas e a Incidência do Princípio da Insignificância <i>Paulo José Francisco Alves Filho e Max Diego Siqueira Silva</i>	227
- Embriaguez ao Volante: O Direito de Não Produzir Provas Contra si Versus Direito à Vida. Uma Solução à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy <i>Paulo Lima de Santana e Paloma Matos Monteiro Leite</i>	239
- Considerações a Respeito da Imputabilidade do Usuário de Drogas: da Prescindibilidade do Exame Toxicológico <i>Rivaldo Frias dos Santos Júnior e Olívia Fernandes Leal de Mello</i>	251
- O Usuário de Drogas à Luz da Doutrina e da Jurisprudência Brasileira <i>Rômulo Lins Alves e Mirena Oliveira Ferreira Lins</i>	267
- A Transmissão Geracional dos Conflitos Propulsores da Dependência Química e da Prática do Ato Infracional <i>Rosane Gonçalves dos Santos</i>	283
- Descarte de Drogas Ilícitas e Resíduos de Saúde no Brasil: Uma Visão Interdisciplinar <i>Sandro Luiz da Costa, Maria José Soares Nascimento e Flávia Moreira Guimarães Pessoa</i>	299

SÍNDROME ALCOÓLICA FETAL – O QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM A VER COM ISSO?

Adelia Moreira Pessoa^{1*}

Flávia Moreira Guimarães Pessoa²

“Há muito que ele quer fazer, mas devo lembrar-lhe que ele não é como outros garotos: ele pode trabalhar com as mãos e construir armários, mas não um pensamento e escrita de trabalho”, diz ela, infelizmente. “Ele me pergunta por que eu bebi muito [enquanto eu estava esperando ele]. Eu realmente não tenho respostas para ele.” (Marion Williams, África do Sul - Boletim da Organização Mundial da Saúde 2011; 89:398-399)

RESUMO:

O consumo de álcool durante a gestação pode levar ao aborto espontâneo ou a uma série de deficiências conhecidas como transtornos do espectro do álcool fetal, de que a síndrome do alcoolismo fetal é a mais grave, representando sérios agravos à saúde do feto, cujas sequelas podem perdurar por toda a vida. O direito à saúde, assegurado constitucionalmente, deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, dispondo o Ministério Público de diferentes instrumentos judiciais e extrajudiciais para atuar junto aos poderes públicos e à sociedade no sentido de prevenção de tão grave problema.

- 1 Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFS(Aposentada) . Professora de Direito de Família e Sucessões em cursos de Pós-graduação. Promotora de Justiça Aposentada MPSE. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa A Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e seus reflexos nas relações sociais.
- 2 Professora Adjunta do Dep.de Direito da UFS. Coordenadora do Mestrado em Direito da UFS. Juíza do Trabalho Titular da 4ª. Vara do Trabalho de Aracaju. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Formação, Interdisciplinaridade e Meio Ambiente (GPFIMA - UFS). Líder do Grupo de Pesquisa A Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e seus reflexos nas relações sociais (DDI-UFS).

1. INTRODUÇÃO

O álcool faz parte da cultura humana desde épocas remotas. Tem seu uso difundido em várias partes do mundo, sendo consumido, há séculos, por homens e mulheres, estando seu consumo ligado a festividades e comemorações.

Não obstante tratar-se de droga lícita, o uso de bebidas alcoólicas freqüente pode causar dependência e efeitos deletérios em pessoas predispostas ou submetidas a determinadas situações, sendo responsável por teratogênias nos filhos de usuárias dessa droga. De acordo com relatórios da OMS, os danos causados pelo álcool superam, e muito, os danos causados por substâncias ilícitas e segundo dados do Ministério da Saúde, “dentre todas as drogas lícitas e ilícitas, o consumo prejudicial de bebidas alcoólicas é aquele que mais danos produz à saúde e ao bem-estar, sendo o mais grave do ponto de vista da saúde pública” (Brasil, 2004).

É preciso lembrar que existe grande distância entre políticas para substâncias psicoativas lícitas e ilícitas³. Observa-se que, enquanto há maior atenção às políticas relacionadas com o consumo de substâncias ilícitas, poucas são as que objetivam reduzir os danos decorrentes do álcool.

Conforme destaca Ernst Buning (2004, p.117-118), tais políticas têm a ver com fornecedores e consumidores de substâncias psicoativas lícitas, como o álcool, que são vistos como respeitáveis membros da sociedade. Fornecedores criam empregos, pagam impostos, garantem renda por meio de publicidade, patrocínio de eventos sociais e normalmente são parceiros dos formuladores de novas políticas de álcool quando estão sendo elabora-

3 Pedro Gabriel Delgado et alli(2004,p.127-128) ponderam que “o uso prejudicial de álcool é, de longe, o principal problema de saúde pública no campo das drogas. Muito mais do que no caso das drogas ilícitas, a ausência de uma política pública para o álcool, abrangente, não-repressiva, atenta às complexidades culturais do problema, ousada no enfrentamento das pressões do mercado, constitui lacuna a ser urgentemente sanada”. Acrescentam que a omissão da “responsabilidade do Estado nesta área é histórica e estrutural: a prevenção é errática e ineficaz, a legislação cede às pressões do mercado, a rede pública de saúde responde de maneira inadequada ao problema, através da danosa internação em hospitais psiquiátricos, as ações de redução de danos são incipientes e pontuais. A tolerância com a venda, propaganda e pressões do mercado de bebida convive com a passividade diante do problema de saúde pública e com a cruel intolerância com os usuários que precisam de tratamento”.

das . Bebidas alcoólicas são consumidas em eventos sociais, acompanham as horas de lazer, sem trazer, em si, qualquer conotação negativa. Por sua vez, os fornecedores de substâncias psicoativas ilícitas estão do lado oposto - vistos como bandidos, um perigo à sociedade e, “definitivamente, inimigos dos formuladores de políticas”.

Pesquisas científicas provam a existência de riscos que o consumo de qualquer bebida alcoólica durante a gravidez representa para a saúde mental e física do bebê, sendo a mais grave a denominada síndrome alcoólica fetal (SAF). Quando ingerido pela mãe, o álcool atinge o feto ao atravessar a barreira placentária, podendo interferir no seu desenvolvimento e trazer diversas repercussões não só no cérebro, mas também em outros órgãos, comprometendo irreversivelmente a saúde da criança, com graves sequelas para toda a vida.

O direito à saúde é assegurado constitucionalmente, e deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos sendo considerados de relevância pública as ações e serviços de saúde, conforme expressamente previsto nos artigos 196 e 197 da Constituição de 1988.

O Ministério Público, especialmente por seu novo perfil desenhado após a Constituição Federal de 1988, tem papel relevante no controle de Políticas Públicas, dispondo de diferentes instrumentos judiciais e extrajudiciais para efetivação dos direitos fundamentais e, dentre esses, o direito à saúde.

2. SÍNDROME ALCOÓLICA FETAL

O consumo de álcool entre as mulheres grávidas constitui problema grave que pode levar a distintos efeitos no feto, como demonstram pesquisas especializadas na área médica: a síndrome alcoólica fetal (SAF)⁴,

4 Síndrome alcoólica fetal (SAF) – resulta do consumo de álcool pela mãe durante a gestação, caracterizando-se por restrição de crescimento, anormalidades neurocomportamentais e características faciais específicas (cf. COSTA & MESQUITA, 2010, p. 43/44)

o efeito alcoólico fetal (EAF)⁵, as anomalias congênitas relacionados ao álcool⁶, as desordens de neurodesenvolvimento relacionadas ao álcool⁷, e ao espectro de desordens fetais alcoólicas⁸ que engloba os anteriores.

De difícil diagnóstico, a SAF foi descrita inicialmente há pouco mais de 40 anos, sendo uma doença que vem despertando a atenção da comunidade científica internacional desde essa época, apesar de pouco conhecida, mesmo entre os profissionais de saúde.

Conforme esclarecem as pediatras Helenilce de Paula Fiod Costa e Maria dos Anjos Mesquita, com base em inúmeros estudos científicos realizados inclusive no exterior, o quadro clínico mais grave é representado pela SAF e os efeitos deletérios no embrião e no feto incluem alterações físicas, mentais, comportamentais e/ou dificuldades de aprendizado que podem se perpetuar por toda a vida. Esclarecem que os indivíduos afetados, muitas vezes, têm problemas de memória, atenção, linguagem e audição. Têm dificuldades em solucionar problemas, conflitos com a justiça e risco de abuso de álcool e de outras drogas. Informam ainda que o diagnóstico de Síndrome Alcoólica Fetal (SAF) só pode ser feito havendo confirmação que a mãe usou álcool durante a gravidez e quando presentes características das três categorias primárias: alterações faciais⁹, restrição de crescimento

-
- 5 Efeitos alcoólicos fetais (EAF) – esse termo era utilizado para descrever crianças que não tinham todos os sinais da SAF, mas várias alterações, incluindo crescimento deficiente, problemas comportamentais ou déficits motores e de linguagem. Hoje, muitos utilizam a expressão defeitos congênitos e desordens de neurodesenvolvimento relacionados ao álcool (cf. COSTA & MESQUITA, 2010, p. 43/44).
 - 6 Anomalias congênitas relacionados ao álcool (*alcohol-related birth defects* – ARBD) – este termo descreve alterações físicas decorrentes da exposição pré-natal ao álcool incluindo malformações cardíacas, ósseas, renais, das orelhas e dos olhos. (cf. COSTA & MESQUITA, 2010, p. 43/44)
 - 7 Desordens de neurodesenvolvimento relacionadas ao álcool (*ARND - alcohol-related neuro developmental disorders*) - estão incluídos nesse termo alterações funcionais ou cognitivas relacionadas à exposição pré-natal ao álcool. Entre elas estão, de forma isolada ou combinada, as dificuldades de aprendizado escolar, controle dos impulsos, memória, atenção e/ou de discernimento (cf. COSTA & MESQUITA, 2010, p. 43/44)
 - 8 Espectro de desordens fetais alcoólicas (*fetal alcohol spectrum disorders* - FASD) – termo que descreve o grupo de efeitos que podem ocorrer no indivíduo cuja mãe ingeriu álcool durante a gravidez. Esses efeitos incluem alterações físicas, mentais, comportamentais e/ou de aprendizado que se podem perpetuar por toda a vida (cf. COSTA & MESQUITA, 2010, p. 43/44).
 - 9 Anomalias faciais - fissura palpebral pequena; ptose palpebral; hemiface achatada; nariz antevertido; filtro liso; lábio superior fino.

pré e/ou pós-natal¹⁰ e evidências de alterações estruturais e/ou funcionais do sistema nervoso central¹¹ (COSTA & MESQUITA, 2010, p. 43/45) .

Apontam-se ainda outros possíveis efeitos da ingestão de álcool durante a gestação que podem gerar anormalidades comportamentais inexplicáveis como incapacidade de leitura, fraco desempenho escolar, dificuldade de controle dos impulsos, problemas com a percepção social, dificuldade de linguagem, raciocínio abstrato pobre, habilidades prejudicadas, dificuldades de memória e de julgamento.

Além disso, as pesquisas indicam possibilidades de deficiências congênitas não específicas: defeitos cardíacos; deformidades do esqueleto e dos membros; anomalias anatômicas renais; alterações oftalmológicas; fenda labial ou do palato (COSTA & MESQUITA, 2010, p 45).

Não se definiu ainda o nível seguro de consumo de álcool durante a gestação e nem se conhece o motivo pelo qual nem todas as crianças nascidas de mães que consomem álcool durante a gravidez sofrem seus efeitos. Alerta o pediatra Hermann Grinfeld (2010, p.28) que, “embora não se saiba exatamente qual a dose de álcool que poderia causar dano fetal, evidências recentes sugerem que mesmo uma dose por semana está associada com possibilidade significativa de dificuldades mentais”.

Esclarece Ewa Osiatynska(2004, p.38) que as pesquisas mostram que os efeitos do consumo de álcool por gestantes - mesmo que em doses moderadas - pode ser percebido no desenvolvimento de fetos e no comportamento dos bebês. Acrescenta a autora que “duas doenças sérias – a síndrome alcoólica fetal e o efeito fetal do álcool – foram identificadas como conseqüências diretas do uso do álcool na gravidez.” Acrescenta a pesquisadora que, “após 40-60 minutos da ingestão de álcool por uma gestante, a concentração de álcool no sangue fetal fica equivalente à concentração de álcool no sangue da mãe”, sendo que bebês cujas mães

10 Restrição de crescimento: baixo peso ao nascer; restrição de crescimento apesar da nutrição adequada; baixo peso relativo a altura.

11 Alterações de desenvolvimento do SNC: microcefalia; anormalidades estruturais do cérebro incluindo agenesia do corpo caloso e hipoplasia cerebelar; outros sinais neurológicos como dificuldades motoras finas, perda da audição sensoneural, incoordenação da deambulação e dificuldade da coordenação olho-mão.

consumiram álcool durante a gravidez “podem apresentar sintomas leves a severos de abstinência” como tremores, tensão muscular, fraqueza, problemas de sono, choro, dificuldade de sugar, etc.(idem, p. 42/43).

Informa o pediatra Hermann Grinfeld (2010, p.33) que o índice de prevalência mundial da SAF se encontra na média entre 0,5 a dois casos, para cada 1.000 nascidos vivos, em várias populações, observando ele que tais índices estão acima da soma de outros distúrbios de desenvolvimento como a síndrome de Down. Entretanto, alerta que há falhas na determinação de índices epidemiológicos confiáveis da SAF¹², pois existem agentes de saúde e outros profissionais como professores que lidam com pré-escolares que não identificam rotineira e consistentemente nem suspeitos nem pacientes com a SAF, havendo possibilidade de dados subestimados.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E MINISTÉRIO PÚBLICO

No item anterior, procedeu-se à discussão de um grave problema de saúde resultante da ingestão de bebida alcoólica durante a gravidez, com efeitos deletérios para o feto - especialmente da síndrome alcoólica fetal - com o sentido de focar a problemática específica, objeto do presente artigo.

Este item, por seu turno, tem por objetivo analisar o direito fundamental à saúde e sua concretização através de políticas públicas efetivadas a partir da atuação do Ministério Público, fornecendo o substrato teórico necessário para o reconhecimento da atuação proposta nesse artigo. Assim,

12 Aponta Grinfeld (2010, p.33) quatro fatores que dificultam o reconhecimento dos casos de SAF :• os critérios diagnósticos disponíveis não são específicos e uniformemente aceitos, tais como o número mínimo de características faciais ou a gravidade do retardo de crescimento;• o diagnóstico é baseado no encontro das características clínicas, porém nem todos os pacientes com a doença são parecidos ou têm um comportamento estereotipado e semelhante; • a escassez de conhecimento da clínica e conceitos errôneos sobre a síndrome entre os profissionais que fazem o primeiro contato, tais como, crer que a SAF só ocorre em filhos de alcoolistas de classe socioeconômica mais baixa ou de outras minorias raciais;• falta de critérios diagnósticos bem definidos para diferenciar a SAF de outras condições relacionadas ao álcool, tais como, as do efeito alcoólico fetal (expressão já em desuso), desordens do espectro alcoólico fetal e os distúrbios neurológicos relacionados ao álcool.

para atingir tal intento de embasamento teórico, divide-se o presente item em três partes: na primeira, é analisado o direito fundamental à saúde; na segunda, o controle judicial de políticas públicas¹³ e, na terceira, a atuação do Ministério Público neste contexto.

3.1 Direito Fundamental à saúde

A conceituação do que sejam direitos fundamentais é particularmente difícil, tendo em vista a sua ampliação e transformação na evolução histórica. Aumenta essa dificuldade, o fato de se empregarem várias expressões para designá-los, como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, dentre outros conceitos¹⁴.

Cumprir frisar que o conteúdo dos direitos fundamentais foi sendo paulatinamente alterado, a partir da verificação do seu caráter histórico. Com efeito, consoante assinala Canotilho (2003, p. 1395), os direitos fundamentais “pressupõem concepções de Estado e de Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais”.

O direito fundamental à saúde é assegurado pela CF de 1988 que estabelece, em seu art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Deve assim

13 A expressão políticas públicas, para Eros Grau (1997, p.21), “designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.”. Américo Bedê Freire Junior (2008, p.48) traz um conceito mais específico como os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, “uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se eles não vêm acompanhados de instrumentos para efetivá-los”.

14 Ingo Sarlet (2006, p. 35-37) estabelece a distinção entre “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”. Nesse sentido, segundo o autor, a expressão ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que a expressão direitos humanos seria relativa aos documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas que se reconhece ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado. Já a expressão “direitos do homem” seria, segundo Sarlet (2006, p. 37) marcadamente jusnaturalista, de uma fase que precedeu o reconhecimento dos direitos no âmbito do direito positivo interno e internacional.

a Administração Pública, através de políticas sociais, propiciar o pleno atendimento a todos e mais especialmente às crianças e adolescentes, prioridade absoluta, no dizer do artigo 227 da Constituição de 1988. E, sem dúvida, cabe a proteção antes do nascimento às gestantes, para que a criança nasça com saúde.

3.2. Controle Judicial de Políticas Públicas: controvérsias e superação de oposições

Não obstante a existência de previsão constitucional, no que se refere aos direitos de crianças e adolescentes, a realidade encontrada é ainda distante do que se vê no plano normativo. Muitas vezes, o Poder Executivo não toma as medidas necessárias para garantia da vida e saúde de crianças e gestantes. Nesses casos, o Poder Judiciário pode ser chamado a intervir, garantindo a implementação de serviços de saúde para atender a crianças e adolescentes. E o Ministério Público é órgão legitimado a provocar a intervenção do Judiciário quando não obtiver pela via extrajudicial, a adoção das ações específicas necessárias.

Para que se chegasse a esse tipo de encaminhamento, que hoje é tão corriqueiro, é imprescindível registrar o novo momento histórico por que passou o Brasil, especialmente a partir da Constituição de 1988, a exigir do poder público prestações específicas consubstanciadas em políticas públicas.

É necessário, ainda, observar que o direito à saúde é corolário do dever-poder da Administração e que as normas constitucionais definem tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. Com o objetivo de concretizar o mandamento constitucional, devem ser desenvolvidas políticas públicas, que são ações desencadeadas pelo Estado, em suas diferentes esferas, com vistas a efetivação dos mandamentos constitucionais da administração pública, em especial com o objetivo de concretização dos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal.

O *caput* do art. 18 da Carta Magna determina que a “organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos,

nos termos desta Constituição”. No centro do conceito de federalismo está a repartição de competências entre os entes federativos, de forma que a adoção da repartição de competências administrativas e legislativas é pressuposto da autonomia das entidades federativas e, por consequência, garantia do Estado Federal.

A competência administrativa cabe, regra geral, ao Poder Executivo e diz respeito à faculdade para atuar com o objetivo da concretização dos valores constitucionais através da adoção de políticas públicas concretas, ao passo que a competência legislativa cabe ao Poder Legislativo e diz respeito à faculdade para legislar a respeito dos temas de interesse da coletividade. Atendendo a tais competências, normas jurídicas vêm promovendo contornos sistêmicos às principais políticas públicas (Sistema Único de Saúde - SUS; Sistema Único de Assistência Social- SUAS e Sistema Único de Segurança Pública - SUSP). A lógica de “verbas carimbadas” e de sistemas únicos implica que a União e todos os estados e municípios, por meio da distribuição de competências, devem ter como parâmetro as normas constitucionais ou infraconstitucionais no que tange à utilização de recursos públicos nas áreas sociais específicas, independentemente de quem esteja no poder.

Francisco Fonseca (2007, p. 245-255) explica que, em virtude das características político-sociais do país, de sua formação histórica, da profunda desigualdade social, da formação autoritária do Estado e da tutela das classes sociais no pós-1930, é fundamental a constitucionalização dos direitos sociais e de instrumentos de controle de políticas públicas postos à disposição da sociedade, garantindo sua perenidade como política de Estado, e não de governo. Com a Constituição de 1988, as políticas públicas passam a se constituir direito de cidadania e não mais ajuda ou favor ocasional e emergencial – mas sim, um direito que pode ser reclamado.

Assim, só é permitido ao administrador deixar de cumprir uma política pública dirigida ao atendimento de direitos fundamentais, na hipótese de não se mostrar materialmente possível a sua realização. O Poder Legislativo, ao impor um dever ao Poder Executivo, vincula a atuação do administrador público quando presentes as condições materiais exigidas para a realização da ação estatal imposta.

Várias decisões dos Tribunais Superiores já assinalaram que a constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação, como nos artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, mas também estabelece que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Se os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais, as demandas que buscam a efetivação de tais prestações devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades, havendo um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde¹⁵.

O controle judicial de políticas públicas volta-se para o controle da ação ou omissão estatal em si, na medida em que essa atuação ou omissão contribua ou dificulte a efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão em seu viés transindividual (JORGE NETO, 2008, p. 54). Ocorrendo omissão ou deficiente atuação dos poderes públicos, surge a possibilidade de tutela jurisdicional, salientando-se que a maioria dos recentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal¹⁶ e do Superior Tribunal

15 Nesse sentido, STF: Suspensão de Liminar 228-7 /Ceará/ Rel. Min. Gilmar Mendes, 14/10/08 (disponível no site: www.stf.jus.br). Refere-se à ação civil pública, intentada pelo MPU e o MP/CE com pedido de liminar, buscando garantir à população dos 61 municípios que compõem a Macro-Região Administrativa do SUS de Sobral o acesso aos serviços médicos de urgência necessários ao tratamento intensivo quando em condições de grave risco à saúde. Do voto do relator vale extrair o seguinte excerto: “A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir *se, como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*). Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente”.

16 RE 410715 AgR / SP. Rel. Ministro Celso de Mello; RE 401023 AgR / SP. Rel. Ministro Carlos Britto e RE 410715 AgR/SP. Rel. Ministro Carlos Britto.

de Justiça¹⁷ traduzem uma postura ativa do Judiciário quanto ao planejamento e execução de políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos fundamentais sociais, principalmente nos campos da saúde, da educação e dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Assim, sempre que a atividade dos outros “poderes” se mostre contrária aos mandamentos da Lei Maior, impõe-se a atuação do Judiciário, que deve coibir a ilegalidade e impor o caminho correto quando verificada omissão estatal relevante. O papel político que o Judiciário vem assumindo e deve assumir resta claro a partir dos fundamentos acima.¹⁸ Na sociedade contemporânea, portanto, a “politização do juiz” é uma necessidade incontestável, que resulta da sua alta independência e criatividade para concretizar e assegurar os preceitos constitucionais. (CUNHA JUNIOR, 2008, p.350).

A tendência contemporânea não é mais de falar em separação, mas em equilíbrio entre os “poderes”. No entanto, não se está aqui a querer que o Ministério Público ou o Poder Judiciário interfira a qualquer momento e em qualquer caso tomando o lugar da administração pública quando a esta cabe realizar o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade. Somente quando os Poderes Legislativo e Executivo se mostram incapazes ou omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos é que caberá ao Ministério Público usar os instrumentos extrajudiciais de que dispõe ou mesmo intentar uma Ação provocando a intervenção judicial, se necessário.

17 AgRg no REsp 1136549. Rel. Ministro Humberto Martins; REsp 1041197. Rel. Ministro Humberto Martins.

18 Sérgio Cruz Arenhart (2005, p.08) aponta neste sentido quando observa que: “A noção de que a lei é ato abstrato e genérica, enquanto a decisão judicial é concreta e específica, vem cedendo, a cada momento, à realidade em que as sentenças assumem, também, caráter genérico e abstrato. O caráter geral da decisão judicial, a condenação genérica preconizada pela lei (art.95, da Lei n. 8.078/90) e a indeterminação dos sujeitos a serem atingidos pela sentença são provas de que este ato se assemelha em muito à lei.

3.3 A Atuação do Ministério Público para Efetivação de Políticas Públicas

Quando se trata de satisfazer determinadas finalidades relativas aos direitos fundamentais - especialmente o direito à saúde - caracterizado o interesse público, a Administração não tem apenas a faculdade de atuar, ela deve atuar. É o Poder-Dever, podendo ser denominado Dever-poder, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Melo (2008, p. 45-46), já que o dever vem antes, é o fundamento do poder.

Assim, quando o Poder Executivo não cumpre seu dever de oferecer assistência adequada à saúde de todos, especialmente das crianças pode (e deve) o Ministério Público adotar os procedimentos na busca da efetividade dos direitos. Nessa busca pela efetivação dos direitos pode, inicialmente, adotar medidas extrajudiciais, como Recomendações, Termos de Ajustamento de Conduta, etc. Não obtendo resultado satisfatório, pode o Ministério Público ajuizar AÇÃO CIVIL PÚBLICA para que o Poder Judiciário determine o que for necessário.

A própria Carta Magna de 1988 prevê ações específicas de controle da Administração Pública - os remédios constitucionais, com a natureza de garantias dos direitos fundamentais. Têm, no dizer de Maria Sylvia Zanella PIETRO (2008, p. 718.), o “objetivo de provocar a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais e coletivos”. Segundo a autora, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública são garantias precípua de interesses coletivos ou difusos, não obstante possam garantir também interesses individuais. Assim, tanto o Ministério Público quanto a sociedade têm os instrumentos para buscar a concretização do direito fundamental à saúde.

Vale frisar que, após a Constituição de 1988, o Ministério Público adquire novo perfil como uma instituição independente, desempenhando papel fundamental na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, dentro de suas atribuições, deve atuar no controle das políticas públicas e, especificamente no que tange ao objeto do presente trabalho, deve o Ministério Público

engendrar esforços no sentido de exigir, judicial e extrajudicialmente, a efetivação de políticas públicas na área da saúde do feto e de gestantes. É o que será visto, de forma específica, no item que se segue.

4. CAMINHOS POSSÍVEIS

Serão elencados alguns pontos fundamentais para a efetiva formulação e implementação de medidas eficazes nessa área: o primeiro deles se refere à necessidade de enfatizar a importância da co-responsabilidade entre sociedade e Estado, especialmente no trabalho de prevenção. Essa co-responsabilidade se relaciona não apenas ao compromisso dos profissionais que trabalham direta ou indiretamente na área, mas, principalmente, ao envolvimento consistente da sociedade brasileira frente a esse desafio. Mobilizar a sociedade é uma questão crucial para que se possam alcançar melhores resultados na tarefa de prevenção ao uso abusivo do álcool.

Sem dúvida a esfera pública é um espaço privilegiado para o debate das questões que afetam diretamente a sociedade: é na esfera pública onde as idéias devem ser examinadas, discutidas e argumentadas tendo em vista o interesse comum (HABERMAS,1997). Desse modo, as ações devem ser o resultado do debate público entre os cidadãos, pois é a partir da discussão das problemáticas que envolvem a vida dos indivíduos que as parcerias sociais podem ser construídas a fim de vencer o sentimento de desconfiança e apatia dos sujeitos sociais frente à coisa pública.

Destarte, o sucesso das ações nessa área não prescinde da participação da sociedade na formulação e no acompanhamento das políticas destinadas ao setor, em seus diferentes níveis¹⁹. Neste sentido, como os sujeitos sociais podem sentir-se parte ativa na construção de políticas públicas? A resposta

19 Conforme salienta Globekner (2011, p. 164) "Os esforços direcionados aos avanços da medicina e das ciências da saúde envolvem a participação de toda a sociedade, resultam de esforços comuns que vão da prestação do serviço de saúde à pesquisa em saúde, da formação de recursos humanos" (...), "resultando no imperativo ético de que, à colaboração social que envolve a todos os membros da sociedade, corresponda um acesso social igualmente amplo, equitativo e justo ao produto dessa colaboração."

para essa questão parece estar no estímulo à construção de uma cultura de respeito aos direitos dos cidadãos no Brasil. E o Ministério Público precisa estar presente nesse contexto, não se esquecendo, entretanto, que cabe à sociedade legitimá-los. Essa é condição essencial para que eles funcionem. Nesse aspecto, as audiências públicas podem desempenhar papel relevante.

O segundo ponto é a necessidade de fomentar uma atuação em rede, fundamentada em ações interdisciplinares de responsabilidade compartilhada. Conforme essa lógica, a atuação em rede integra programas, projetos e ações desenvolvidos por diversos atores. Sua filosofia baseia-se na participação e superação de ações isoladas, iniciativas pontuais e medidas aleatórias. Direcionadas aos programas de combate e prevenção às drogas, a atuação em rede visa à articulação de instituições governamentais e não-governamentais, inclusive das universidades e de centros de pesquisa, e ao destaque no trabalho interativo entre os Conselhos.

O terceiro ponto a considerar-se é o compromisso das diferentes esferas na construção de uma ação coordenada de atuação, ressaltando-se a importância da participação dos municípios nas políticas de prevenção e tratamento. A Constituição Federal de 1988 eleva o município à condição de ente dotado de autonomia e poderes na gestão e implementação das políticas sociais locais. Como melhor conhecedor da realidade de seus habitantes, o município possui um olhar especial diante das suas demandas e fragilidades. Desse modo, faz-se necessária a implantação, em todos os municípios, dos Conselhos Municipais Antidrogas (COMAD's), dentre outros, para implementar atuações ajustadas aos respectivos contextos.

Já no quarto ponto, há de ser ressaltada a importância do diagnóstico, do controle e garantia de execução dessas políticas. O diagnóstico tem como escopo fornecer um quadro da situação do Estado de Sergipe, no que tange à dimensão do problema da ingestão de álcool na gravidez e seus efeitos nos fetos. É fundamental mobilizar os órgãos estatais, e, especialmente, os municípios que não têm uma política específica para a prevenção desse grave problema, a introduzi-la, seja em relação ao aparato normativo ou à dotação de estrutura adequada para implementação dessas ações, assim como mobilizar os que já têm a aperfeiçoá-la, seja em relação ao aspecto substancial (estrutura dos órgãos de atendimento,

capacitação de seus agentes, ações educativas e de saúde), seja com relação aos procedimentos (número e qualidade dos controles; diagnósticos, monitoramento).

Na parte de Controle e Garantia, destaque-se que toda a ação pressupõe planejamento e fiscalização em torno de seus resultados. Para isso, existe a necessidade de implementar, no Orçamento, os recursos através de uma ampla participação de todos setores na elaboração, acompanhamento e fiscalização do Orçamento Público. A preocupação dos agentes envolvidos deve estar assentada na implementação correta das políticas públicas tendo em vista a produção de resultados positivos.

Deve-se ainda salientar a importância da continuidade das ações, como objetivo a ser perseguido na administração pública. As políticas públicas de combate e prevenção às drogas têm que ser políticas da sociedade e não dos governantes, pois estes são transitórios, e os interesses sociais precisam ser prioritários.

Por último, há de ser destacado o importante papel do Ministério Público em sua missão de atuar em favor do combate e da prevenção às drogas. As ações devem estar voltadas à construção de parcerias nas esferas públicas e privadas, que denominamos de Redes Sociais. Essas Redes precisam ser fortalecidas no estado de Sergipe. O caminho para isso está na ação planejada, na continuidade das ações e na eficácia na administração pública. Assim, é importante dar visibilidade a políticas e ações bem-sucedidas que possam ser disseminadas e favorecer um mecanismo de avaliação permanente das ações efetivadas.

Em relação, especificamente, ao consumo de álcool durante a gravidez, destacam-se algumas medidas. Ewa Osiatynska (2004, p.111) adverte que é necessário informar²⁰ (permanentemente) à sociedade em geral e às potenciais consumidoras de álcool sobre fatos reais baseados em pes-

20 Ernst Buning(2004,p.122) esclarece que a publicação de fatos sobre danos relacionados ao álcool e ao consumo *per capita* não tem funcionado. Por isso, estratégias inovadoras devem ser tentadas. A mídia pode ter um papel fundamental nessa estratégia, tornando-se aliada na criação de melhores informações sobre os danos relacionados ao álcool, no auxílio na mudança de percepção do álcool pelo público, e iniciando um debate sobre a hipocrisia relacionada às nossas opiniões sobre substâncias lícitas x ilícitas

quisas acerca dos efeitos nocivos do consumo irresponsável do álcool²¹. Acrescenta ela que o governo deve priorizar a educação das equipes médicas (clínicos gerais ou médicos de família, residentes, ginecologistas, equipe de emergência e enfermeiros) na área de prevenção e avaliação precoce dos danos causados pelo abuso ou uso prejudicial de álcool durante a gravidez.

Ernst Buning (2004, 118-120) lembra que, em uma abordagem de redução de danos, não se deve falar sobre consumidores de álcool, e sim com eles, ouvindo as comunidades e os grupos que são afetados por danos relacionados ao álcool, procurando soluções que sejam viáveis e pragmáticas ao adotar intervenções que funcionem em vez de fazer promessas que soem boas para o público. Em outras palavras: uma abordagem baseada em fatos e não em crenças, que seja transparente e menos ideológica, com soluções práticas que reduzam os danos do álcool.

Ressalta que, no contexto do álcool, é necessário ter uma atitude mais aberta em relação a uma política de tolerância zero, pois ela pode ser limitada a cenários específicos. Uma política de tolerância zero poderia ser promovida em casos onde o uso de álcool traga danos a terceiros, como gestantes. Outra situação onde já se aplica a tolerância zero refere-se aos consumidores potenciais de álcool que não são (ainda) capazes de tomar decisões conscientes, como crianças e adolescentes (Buning, 2004, p. 120)

Vale enfatizar que 50% do consumo prejudicial referem-se a pessoas que não são consideradas alcoolistas, o que faz do álcool e seus danos um problema de todos, quando os diferentes setores têm que se envolver, para que o álcool esteja mais presente na agenda pública, com mais apoio da sociedade.

Buning(2004, p.123) aponta alguns desafios: necessidade de uma abordagem do consumo prejudicial e não do consumo em si e mudança do foco de atenção dos pesquisadores: não é suficiente coletar apenas dados

21 A internet tem sido instrumento de socialização de conhecimentos. Há cursos à distância que podem chegar aos vários cantos do Brasil, mesmo os mais remotos. Há excelentes publicações sobre a matéria (nacionais e estrangeiras) que podem ser acessadas.

sobre consumo per capita, mas também dados sobre os danos relacionados ao álcool²².

Dentre outras ações²³, ressalte-se a importância da formação continuada dos profissionais que lidam com essa problemática, a ampliação da rede CAPS AD III, a colaboração mútua com outras pessoas e organizações atentas a este tema visando tanto a inserção do consumo de álcool e das suas consequências na agenda pública, como a construção de respostas eficientes a esses problemas. É necessário mobilizar a sociedade civil, oferecendo a esta condições de exercer seu controle, participar de práticas preventivas, terapêuticas e reabilitadoras, bem como estabelecer parcerias locais para o fortalecimento das políticas municipais e estaduais.

As lesões provocadas pela exposição do feto ao álcool - FASD²⁴ - durante a gestação não têm tratamento, no seu sentido curativo, conforme assinala a médica Conceição Segre (2010, p. 67 e segs.), alertando que há, entretanto, uma série de intervenções possíveis para as crianças e para a família que podem minimizar os danos causados²⁵. Tais intervenções devem ser precoces, demandando diagnóstico também precoce e devem efetivar-se inclusive no âmbito educacional e parental, abrangendo o treinamento

22 Ressalta ainda Ernst Buning(2004,p. 123) que é relevante analisar se as estratégias de prevenção se encaixam no contexto cultural, se são viáveis e exequíveis, devendo-se incluir os consumidores prejudiciais de álcool e suas famílias no desenvolvimento de políticas públicas e intervenções relacionadas ao álcool. É necessário iniciar um debate sobre nossa hipocrisia com relação a substâncias psicoativas lícitas e ilícitas, além de direcionar atividades de formação e educação aos profissionais que lidam diretamente com as consequências do beber prejudicial, fazendo da mídia uma aliada.

23 Como ressaltam documentos do Ministério da Saúde, deve ser implementada uma política integral, intersetorial e inclusiva de atenção aos usuários e dependentes de bebidas alcoólicas, devendo ser estimuladas, em todo o país, práticas educativas, relativas ao uso de álcool e outras drogas, que estimulem a percepção, a reflexão e a articulação das pessoas frente à temática em questão, de forma pragmática e responsável. As escolas, sejam de natureza pública ou privada, devem ser local privilegiado para iniciativas de prevenção do consumo de bebidas alcoólicas.

24 FASD (*fetal alcohol spectrum disorders* - Espectro de desordens fetais alcoólicas).

25 Esclarece a autora que os indivíduos que sofreram exposição intrauterina ao álcool apresentam grande inabilidade no aprendizado, com déficits importantes de linguagem, leitura e matemática. Esses indivíduos precisam de intervenções durante toda a vida pelo sério risco que apresentam de drogadição (incluindo, nas mulheres, ingestão de álcool durante futuras gestações, perpetuando o problema), conduta sexual inapropriada e problemas com a lei. A exposição intrauterina ao álcool por levar os indivíduos a apresentarem, além das alterações mentais, problemas cardíacos, esqueléticos, dentários, deficiência sensorial, entre outros, vão exigir vigilância médica e seguimento para essas diferentes ocorrências.

dos afetados. Não se pode esquecer que tais medidas, entretanto, são paliativas, e devem ter caráter multidisciplinar, estendendo-se por toda a vida do indivíduo e envolvendo os pais ou os cuidadores dessas vítimas que devem receber contínuo apoio psicológico.

Assim, a prevenção é o melhor caminho, devendo ser propostos programas de prevenção primária²⁶, secundária e terciária.²⁷ Segundo Conceição Segre (2010, p. 70), estratégias de intervenção ampliada devem ser destinadas às gestantes de alto risco, bebedoras contumazes, que precisam submeter-se a sessões múltiplas, por semanas ou meses, com clínicos, assistentes sociais e especialistas em drogadição. Programas no âmbito da Saúde Pública devem ser implementados para atender às estratégias de prevenção primária, secundária e terciária, esclarecendo-se a sociedade e especialmente as gestantes sobre os efeitos desastrosos do álcool sobre os fetos, salientando que as consequências são irreversíveis.

E o Ministério Público? O direito brasileiro oferece uma ampla gama de instrumentos normativos que prevêem a atuação do Ministério Público em relação aos direitos fundamentais. E a tutela da saúde pelo direito, como ressalta Globekner (2011, p.164), perpassa por todas as dimensões dos direitos fundamentais²⁸ - impondo-se a vedação da insuficiência. E aí incluída a prevenção do uso abusivo do álcool, sem dúvida.

Há varias normas, inclusive regulamentares, referentes a acolhimento e Atenção Psicossocial para pessoas com necessidades decorrentes do uso de Álcool e outras Drogas (CAPS AD III) e os respectivos incentivos

26 Prevenção primária: estratégias destinadas a educar um amplo público alvo sobre os riscos de beber durante a gravidez. Mas devem ser direcionados, principalmente, aos malefícios do álcool e não apenas ao seu consumo

27 Estratégias de prevenção secundária e terciária são dirigidas a um grupo específico de mulheres, quais sejam a todas as gestantes, ou mais precisamente àquelas que abusaram do álcool em uma gestação anterior, dependendo da população envolvida SEGRE, 2010, p. 70

28 Como direito de primeira dimensão impõe o dever de respeito à vida e à integridade biopsíquica de toda pessoa humana, protegendo-a de toda indevida agressão. Como direito de segunda dimensão impõe o dever de promoção das condições mínimas que permitam a cada indivíduo o desenvolvimento pleno de suas capacidades para realização de seus projetos de vida. Por fim, como direito de terceira dimensão, projeta-se para além da perspectiva da liberdade e igualdade individual, alcançando, como direito difuso e coletivo, proteger a vida humana digna em sociedade, conectando o tema da saúde à pauta ambiental, ecológica, da preservação da paz e da identidade cultural, entre outras, no campo dos direitos de solidariedade. (Globekner, 2011, p.164) .

financeiros²⁹, dispondo o Ministério Público de instrumentos para o controle de políticas públicas de modo a fomentar medidas eficazes, no âmbito extrajudicial ou judicial. Pode o Ministério Público verificar se há necessidade de aperfeiçoamento e adequação do modelo de atenção oferecido pelos municípios às gestantes, com identificação dos grupos de risco - usuárias de álcool - e de estruturação e fortalecimento de uma rede de assistência centrada na prevenção, com base na atenção comunitária, associada à rede de serviços.

5. CONCLUSÃO

A única maneira que há para evitar a Síndrome Alcoólica Fetal (SAF) ou outros efeitos fetais decorrentes do álcool é a prevenção, que somente pode ser feita com abstinência alcoólica durante a gestação.

O direito brasileiro oferece uma ampla gama de instrumentos normativos que prevêm a atuação do Ministério Público em relação aos direitos fundamentais.

A questão do uso abusivo do álcool não pode ser isolada dos grandes problemas de nosso tempo, especialmente o da miséria, da violência, do individualismo, da descrença. Portanto, na implementação das ações, o Ministério Público deve levar em conta todos esses fatores, verificando se as políticas públicas estão sendo adequadas aos valores éticos de solidariedade, de democracia, liberdade e justiça, e se possibilitam a capacidade participativa da sociedade, pois a maneira de se garantirem eficazmente a prevenção, tratamento e combate às drogas é a implementação e consolidação de políticas públicas integrais, de forma participativa. Aí, o importante papel do Ministério Público em sua missão de atuar em favor da sociedade, estimulando, fiscalizando e cobrando resultados.

29 Vale conferir Portarias do Ministério da Saúde: PORTARIA Nº 130, DE 26 DE JANEIRO DE 2012 - Redefine o Centro de Atenção Psicossocial de Álcool e outras Drogas 24 h (CAPS AD III) e os respectivos incentivos financeiros; PORTARIA Nº 121, DE 25 DE JANEIRO DE 2012- Institui a Unidade de Acolhimento para pessoas com necessidades decorrentes do uso de Crack, Álcool e Outras Drogas (Unidade de Acolhimento), no componente de atenção residencial de caráter transitório da Rede de Atenção.

REFERÊNCIAS

- APPIO, E. **Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARCELOS, A.P. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de C. N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BRASIL. **Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas/Ministério da Saúde**. 2.ed. rev. ampl.– Brasília:Ministério da Saúde, 2004.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003.
- BUNING, E. Discussão. In: **Álcool e redução de danos: uma abordagem inovadora para países em transição**. Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Dep. de Ações Programáticas Estratégicas. – 1. ed., ampl. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA, H. P. F; MESQUITA, M.A. Conceitos e quadro clínico da exposição pré-natal ao álcool. in : **Efeitos do álcool na gestante, no feto e no recém-nascido** / coordenadora Conceição A. de Mattos Segre. São Paulo: Sociedade de Pediatria de São Paulo, 2010.
- CUNHA JUNIOR, D.. **Controle Judicial das omissões do poder público: em busca da dogmática constitucional transformadora a luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Controle da Constitucionalidade: Teoria e prática**. Salvador: Podium, 2006.
- DELGADO, P. G.; MACEDO, P. R. A.; CORDEIRO, F.; RODRIGUES, S. M. Álcool e redução de danos: construção de uma política intersetorial efetiva. In : **Álcool e redução de danos: uma abordagem inovadora para países em transição**. Brasil. MS. Secret. de Atenção à Saúde. Dep.de Ações Programáticas Estratégicas. 1. ed., ampl. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- FONSECA, F. **Democracia e participação no Brasil: descentralização e cidadania face ao capitalismo contemporâneo**. Rev. Katálysis, Florianópolis v. 10 n. 2 p. 245-255 jul./dez. 2007.

FREIRE JUNIOR, A. Bedê. **O controle Judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.
GRAU, E.R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, E. R. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 4, 1985, p. 40-47.

GRINFELD, H. **Alcoolismo feminino durante a gestação**. In: **Efeitos do álcool na gestante, no feto e no recém-nascido** / coord. C. A. M. Segre. São Paulo: Soc. de Pediatria de SP, 2010.

GLOBEKNER, O. A. **A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos**./Curitiba: Juruá, 2011.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. RJ: Tempo Brasileiro, 1997.

JORGE NETO, N.M. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

KRELL, A. J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MELO, C. A. Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

OSIATYNSKA, E. **Álcool e saúde**. In: **Álcool e redução de danos: uma abordagem inovadora para países em transição - Brasil** / MS- Sec.de Atenção à Saúde, Dep. de Ações Programáticas Estratégicas. – 1. ed., ampl. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

Plano Estratégico Plurianual de Ação do Ministério Público do Estado de Sergipe 2011/2015- Aracaju: Ministério Público do Estado de Sergipe, 2010.

PIETRO, M. S. Zanella. **Direito Administrativo**, 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2006.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEGRE, C. A. M. **Tratamento e prevenção**. In: **Efeitos do álcool na gestante, no feto e no recém-nascido**. Coord. Conceição A. M. Segre. - São Paulo: Soc. de Pediatria de SP, 2010.

STEINMETZ, G. **Síndrome do Alcoolismo Fetal. A tragédia que pode ser evitada**. Disp no site www.luzimarteixeira.com.br/. Acesso em 03/12/11.

THACKRAY, Helen M. & TIFFT, Cynthia. Fetal Alcohol Syndrome. In: *Pediatrics in Review* 2001; 22:47-55; doi:10.1542/pir.22-2-47

TORRES, R. Lobo (org.). *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 282-283.

DROGAS: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Aldeleine Melhor Barbosa¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Lei Nº 11.343/06 e o tratamento paradoxal conferido ao usuário/dependente. 3. Estrutura deficiente da rede de assistência dos usuários/dependentes. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com estudo realizado pelo UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime), consignado no último Relatório Mundial sobre Drogas², atualmente, 208 (duzentos e oito) milhões de pessoas no mundo usam algum tipo de droga ilícita, pelo menos uma vez por ano, sendo que deste total, estima-se que 15% (quinze por cento) sofrem de problemas crônicos de dependência.

Ademais, ainda de acordo com o estudo mencionado, percebe-se que 160 (cento e sessenta) milhões dos usuários utilizam a “maconha”, enquanto as drogas sintéticas (anfetaminas e *ecstasy*) já superaram o consumo da cocaína e heroína.

Assim, fácil perceber que o negócio envolvendo o comércio ilegal de substâncias entorpecentes, administrado pela criminalidade organizada,

1 Promotora de Justiça Substituta do Ministério Público do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Público.
2 Disponível em http://www.unodc.org/documents/wdr/2008/2008_eng_web.pdf. Acesso em 12 mar 2012.

movimenta centenas de bilhões de dólares no mundo, tornando-se uma atividade altamente rentável e ao mesmo tempo nociva para usuários/ dependentes, seus familiares e a sociedade como um todo.

Entretanto, como bem adverte Paulo de Souza Queiroz³, o que hoje conhecemos como tráfico ilícito de entorpecentes nem sempre existiu, pois já houve um tempo em que drogas, atuais e antigas, eram livremente produzidas e comercializadas.

O autor enfatiza, portanto, que a história da repressão é algo recente. E tanto é assim que a primeira ação internacional buscando proibir a produção, a distribuição e o consumo de substâncias psicoativas foi sistematizada na Convenção Internacional sobre o Ópio, adotada pela Liga das Nações, em Haia, no dia 23 de janeiro de 1912. Inclusive, o artigo 20 recomendava aos Estados signatários que examinassem a possibilidade de criminalização da posse de ópio, morfina, cocaína e seus derivados⁴.

Já no Brasil, a despeito de referências existentes no título LXXXIX das Ordenações Filipinas, no regulamento do Código Criminal do Império, de 29 de setembro de 1951, e do Código Penal de 1890, somente na década de quarenta é possível verificar o aparecimento da política proibicionista sistematizada, com a autonomização das leis criminalizadoras - Decretos 780/36 e 2.953/38 - e o ingresso do país no modelo internacional de controle - Decreto-Lei 891/38⁵.

Na sequência, há a Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, regulamentada pelo Decreto n. 69.845, de 27 de dezembro de 1971, que dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, deu nova redação ao artigo 281 do Código Penal e alterou o rito processual para julgamento dos delitos previstos neste dispositivo.

Contudo, a referida norma foi substituída pela Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976, regulamentada pelo Decreto n.º 78.992, de 21 de

3 QUEIROZ, Paulo de Souza et al. *Comentários críticos sobre a lei de drogas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

4 DE CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo Criminológico e Dogmático*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

5 Ibidem.

dezembro de 1976, sendo que, posteriormente, a Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002, pretendeu substituir integralmente a legislação que a antecedia, mas em decorrência do veto de todo o capítulo III - “Dos Crimes e das Penas” - vigeu apenas as suas disposições processuais, permanecendo inalterada e válida a parte penal da Lei n.º 6.368/76⁶.

Por fim, visando a por fim à confusão legal instaurada no ordenamento pátrio, criou-se a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, além de definir crimes e dá outras providências.

2. A LEI N.º 11.343/06 E O TRATAMENTO PARADOXAL CONFERIDO AO USUÁRIO/DEPENDENTE

Com efeito, a Lei n.º 11.343/06, de 23 de agosto de 2006, a despeito de recrudescer o tratamento do traficante e daqueles que praticam condutas similares, demonstrou preocupação com a situação do usuário/dependente, prevendo, por isso, atividades de prevenção do uso indevido de drogas e de atenção e reinserção social desses sujeitos.

Nessa senda, o art. 19, inciso VI, estabelece como princípio e diretriz da atividade de prevenção do uso indevido de drogas o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos.

Passa, então, o legislador brasileiro a admitir uma política de redução de danos no âmbito da saúde pública em nosso país.

Aliás, esses são também os objetivos indicados para o desempenho das atividades desenvolvidas pelos Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas (CAPSad), como se vê do seguinte excerto extraído de publicação do Ministério da Saúde, intitulada “Saúde Mental no SUS: os centros de atenção psicossocial”, *verbis*:

6 GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção • repressão. Comentários à Lei n. 11.343/2006 - Lei de Drogas*. 14ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p.p. 83-96.

A prevenção teria como objetivo impedir o uso de substâncias psicoativas pela primeira vez, impedir uma “escalada” do uso e minimizar as consequências de tal uso.

A lógica que sustenta tal planejamento deve ser a da **Redução de Danos**, em uma ampla perspectiva de práticas voltadas para minimizar as consequências globais de uso de álcool e drogas. O planejamento de programas assistenciais de menor exigência contempla uma parcela maior da população, dentro de uma perspectiva de saúde pública, o que encontra o devido respaldo em propostas mais flexíveis, que não tenham a abstinência total como a única meta viável e possível aos usuários dos serviços CAPSad (grifo nosso)⁷

Como se nota, as políticas de redução de danos se constituem em uma “estratégia que trata o consumo de drogas como uma questão de saúde pública, na qual o dependente é visto como uma pessoa que precisa ser auxiliada, ao invés de receber o rótulo de criminoso, a merecer um castigo”⁸.

De fato, o objetivo inicial dos países que desenvolveram a política de redução de danos foi a de “regulamentar a distribuição de seringas, agulhas e cachimbos aos usuários de drogas, com a finalidade de reduzir o número de casos de doenças como AIDS e hepatite, cujo risco de contaminação é alto”⁹. Mas, posteriormente, esta política passou a incluir programas de apoio e tratamento de pessoas dependentes¹⁰.

7 Cf. Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

8 Cf. *Drogas e Democracia: Rumo a uma mudança de paradigma*. Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia. Disponível em: http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_port_03.pdf. Acesso em 13 mar 2012.

9 Ibidem.

10 É de se ver, contudo, que o tema relacionado com a redução de danos ainda causa grande celeuma internacional, tanto que a ONU referendou sua política proibicionista de drogas, porém um grupo de dissidentes de 26 (vinte e seis) países, liderados pela Alemanha declarou que aplicará o conceito de redução de danos, termo excluído da Declaração Política.

Segundo Andréia Dominguez: “A reunião da Comissão de Narcóticos da ONU, onde estiveram presentes 52 governos para avaliar a política internacional de drogas vigente nos últimos 10 anos, evidenciou uma forte divisão entre os países que integram e deixou claro

Não obstante o discurso legal, imbuído de uma política voltada para a redução de danos, em que se admite uma perspectiva, como se viu, não de uma abstinência total, mas de propostas mais flexíveis, há previsão, no mesmo diploma legislativo, de conduta típica no art. 28 e no art. 33, § 2º, ambos da Lei n.º 11.343/06 de, respectivamente, “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, bem como de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”.

Diante dessa situação, no mínimo paradoxal, Salo de Carvalho, profere a seguinte crítica:

(...) os princípios e diretrizes previstos na Lei n.º 11.343/06, notadamente identificados como políticas de redução de dano, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública (...) (grifo nosso) ¹¹

Também Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues¹² alertam que dentro da inteligência do artigo 19, VI, da Lei n.º 11.343/06 podem

que obter um consenso neste fórum já não será mais um trâmite fácil como foi no passado. Em meio às tensões que duraram dois dias esteve o termo “redução de danos”, que finalmente foi excluído da Declaração Política, apesar do intenso lobby realizado pelos representantes de governo e organizações européias e latinoamericanas.

Entretanto, uma nota assinada por 26 países entre os quais se encontram Alemanha, Austrália, Bolívia, Espanha, Bulgária e Suíça, e que foi anexada à Declaração Política, registra que os governos interpretarão o trecho “serviços de apoio relacionados” - que está incluído na Declaração - como “redução de danos”, expressão que foi veementemente rechaçada pela Colômbia, Cuba, Rússia e Estados Unidos.

Esta foi uma maneira de não bloquear a Declaração Política e, assim, resgatar um enfoque de saúde para o tema de drogas, que em alguns países já inclui tratamento médico para usuários de drogas, distribuição de seringas entre os dependentes para evitar a propagação do HIV e substituição dos opiáceos por medicamentos controlados, entre outros”. DOMINGUEZ, Andrea. *Drogas: mesma rota e novos ventos*. Disponível em: <http://www.drogasedemocracia.org/Destaques.asp?IdRegistro=3>. Acesso em 13 mar 2012..

11 DE CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo Criminológico e Dogmático*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

12 BIZZOTTO, Alexandre *et al.* Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lunem Iuris, 2007, p. 26.

ser compreendidos os diversos projetos estatais que visam a redução dos danos provocados pelas drogas com o eventual fornecimento controlado de drogas e seringas, tudo com o devido acompanhamento médico. Logo, concluem que diante disso, estariam afastadas pretensões punitivas da incidência do artigo 33, § 2º, da Lei n.º 11.343/06.

O grande desafio, portanto, é o de conciliar o discurso jurídico-penal e as metas traçadas pelo sistema de saúde pública no Brasil, voltada ao combate do uso e abuso de substâncias entorpecentes, a fim de se poder determinar que tipo de política, realmente, o nosso país adotará no combate às drogas.

Daí porque a Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia, criada pelos ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso do Brasil, César Gaviria da Colômbia e Ernesto Zedillo do México e integrada por 17 (dezessete) personalidades independentes, avaliou o impacto das políticas de “guerra às drogas” e formulou recomendações para estratégias mais eficientes, seguras e humanas, o que resultou na publicação intitulada: “Drogas e Democracia: Rumo a uma mudança de paradigma”, em que se propôs o seguinte:

Considerando a experiência da América Latina na luta contra o tráfico de drogas e a gravidade do problema na região, a Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia se dirige à opinião pública e aos governos da América Latina, às Nações Unidas e à comunidade internacional, propondo um novo paradigma sustentado em três grandes diretrizes:

Tratar o consumo de drogas como uma questão de saúde pública.
Reduzir o consumo por meio de ações de informação e prevenção.
Focalizar a repressão sobre o crime organizado.

Para tanto, temos que o sistema de saúde pública deve estar efetivamente capacitado e dotado de recursos para apoiar os dependentes e seus familiares, sendo, outrossim, necessário incentivar organizações da sociedade civil dedicadas ao tratamento de dependentes.

Calha destacar que nesse aspecto há previsão no artigo 24 da Lei n.º 11.343/06 de que União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão

conceder benefícios a instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

Ademais, o artigo 25 da mesma norma estabelece que as instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Fundo Nacional Antidrogas, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

Passa, então, o legislador a compartilhar a responsabilidade pela reinserção do usuário/dependente de drogas com a sociedade, deixando este árduo trabalho de ser um ônus exclusivo do Estado e da família.

3. ESTRUTURA DEFICIENTE DA REDE DE ASSISTÊNCIA DOS USUÁRIOS/DEPENDENTES

Assim, firmada a premissa de que a questão envolvendo as drogas passa pela necessidade de se encarar o problema sob a perspectiva da saúde pública, questiona-se: a rede de assistência médica de que dispõe o Estado é suficiente para atender as demandas dos usuários/dependentes?

Bem, o Estado de Sergipe, hoje, conta com apenas quatro CAPSad - Centros de Atenção Psicossocial álcool e drogas - que são: Primavera, em Aracaju, Santo Onofre, em Itabaiana, Ana Pita, em Nossa Senhora do Socorro, e João Rosendo dos Santos, em Lagarto¹³.

Além disso, deve haver uma articulação das diversas redes de serviços, desde a atenção básica, urgência e emergência, hospitais gerais e ambulatórios para o recebimento e atendimento desse público especializado.

No entanto, não é raro haver reclamações de usuários, no sentido de relatar carência de profissionais e problemas estruturais dessas unidades de atendimento público, o que acaba por ensejar uma série de infundáveis reclamações junto ao Ministério Público e demais órgãos de controle.

13 Disponível em <http://www.ses.se.gov.br/index.php?act=interina&secao=151>. Acesso em 20 fev 2012.

Há, ainda, aqueles que, diante da precariedade do serviço oferecido pelo Estado, recorrem à denominada “Fazenda Esperança” que é “uma comunidade terapêutica de recuperandos dos mais variados tipos de dependência”, sendo que “o método terapêutico utilizado recupera os jovens através da convivência, trabalho e prática dos ensinamentos do Evangelho”¹⁴. Ocorre que para ser aceito nesses locais é preciso haver um pedido por parte do interessado, sendo que este nem sempre professa a mesma religião ali difundida, além de não haver estudos direcionados ao índice de recuperação dos denominados “recuperandos”.

Realmente, o que se vê é que o Estado não está devidamente estruturado e aparelhado para iniciar a guerra contra as drogas, na medida em que faltam unidades adequadas, profissionais e vagas para o tratamento médico/psicológico dos dependentes/usuários.

Não obstante tudo isso, calha destacar que as Leis n.º 8.080/90 e 8.142/90, em harmonia com a Constituição, definem a saúde como um direito fundamental do indivíduo, devendo o Estado prover as condições indispensáveis para o seu exercício e para tanto deve-se guiar nos princípios da universalidade, equidade, integralidade, resolutividade, intersetorialidade, humanização do atendimento e participação.¹⁵

Daí porque vivencia-se cotidianamente um grande abismo entre o ser e o dever ser, entre o real e o abstrato, enfim, entre o direito e a realidade das ruas, o que acaba por dificultar sobremaneira o trabalho daqueles que combatem diuturnamente os malefícios gerados pelo consumo indiscriminado de substâncias entorpecentes.

14 ZANON, Eduardo Augusto. *A Fazenda Esperança e a recuperação de toxicodependência à luz da Doutrina Social da Igreja*. Disponível em <http://www.fazenda.org.br/estudos-documentos/estudos-documentos.php>. Acesso em 12 mar 2012.

15 COSTA, Augusto Cesar de Farias *apud* JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Saúde Mental e Direito: um diálogo entre a reforma psiquiátrica e a saúde mental*. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/deconsocult/Monografia%20-%20Paulo%20Jacobina%20-%20Saude%20Mental%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 13 mar 2012.

4. CONCLUSÃO

Por tudo o que foi dito, é possível concluir que a questão envolvendo o uso de substâncias entorpecentes deve ser encarada, sobretudo sob o enfoque da saúde pública, e menos como uma matéria de polícia, pois na medida em que a demanda no consumo de psicoativos for sendo inibida, maiores serão as chances de se obterem resultados efetivos na guerra às drogas.

Além disso, é preciso dar maior atenção à rede pública de saúde, equipando-a para, eficazmente, acolher e fornecer ao dependente/usuário um tratamento digno, que leve em consideração a complexidade de cada caso e as condições particulares de cada indivíduo.

Urge, então, travar um diálogo franco e aberto, essencialmente multidisciplinar sobre tema, sem preconceitos, visando a alcançar uma solução eficaz e quem sabe plural para o problema.

5. BIBLIOGRAFIA

BIZZOTTO, Alexandre et al. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lunem Iuris, 2007.

BRASIL. **SAÚDE MENTAL NO SUS: os centros de atenção psicossocial** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo Criminológico e Dogmático**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

COMISSÃO LATINO-AMERICANA SOBRE DROGAS e DEMOCRACIA. **Drogas e Democracia: Rumo a uma mudança de paradigma**. Disponível em: http://www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_port_Q3.pdf.

DOMINGUEZ, Andrea. **Drogas: mesma rota e novos ventos**. Disponível em: <http://www.drogasedemocracia.org/Destaques.asp?IdRegistro=3>. Acesso em 13 mar 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção • repressão. Comentários à Lei n. 11.343/2006 - Lei de Drogas**. 14ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Saúde Mental e Direito: um diálogo entre a reforma psiquiátrica e a saúde mental**. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/deconsocult/Monografia%20-%20Paulo%20Jacobina%20-%20Saude%20Mental%20e%20Direito.pdf>. Acesso em 13 mar 2012.

QUEIROZ, Paulo de Souza at al. **Comentários críticos sobre a lei de drogas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZANON, Eduardo Augusto. **A Fazenda Esperança e a recuperação de toxicodependência à luz da Doutrina Social da Igreja**. Disponível em <http://www.fazenda.org.br/estudos-documentos/estudos-documentos.php>. Acesso em 12 mar 2012.

REFLEXÕES SOBRE O CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS¹

Alexandre Albagli Oliveira²

SUMÁRIO:

1. O delito de associação para o tráfico de drogas; 2. Considerações iniciais; 3. Elementos configuradores do tipo penal; 4. Observações necessárias; 5. Conclusões.

1. O DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS

A 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”.

Entre os crimes definidos na referida lei, está o de associação para o tráfico de drogas.

Assim, dispõe o art. 35 da legislação em tela: “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,

1 Dedico esse modesto artigo aos meus mestres Rômulo de Andrade Moreira, Cristiano Chaves de Farias, Otávio Augustus Carmo, Olivan Costa Leal e Maurício Albagli Oliveira.

2 Promotor de Justiça do MP/SE, Escritor (autor do romance Estrada de Luz – A História de Brasileiro de Deus), Professor da ESMP e da ESAJ, Especialista em Direito Processual Civil pela FANESE e mestrando em Direito pela UFS.

de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa”. O parágrafo único, por sua vez, dispõe que “Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei”.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Algumas ponderações devem ser feitas sobre o tipo penal em tela.

Consigne-se, desde logo, que a parte especial do Código Penal ocupou-se com fato (delitivo) semelhante, denominado de crime de quadrilha ou bando: “Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”. Estipulou-se, também, que “A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”. Esta estipulação, contudo, não foi adotada na lei especial.

No caso do delito de associação para o tráfico de drogas, o próprio tipo penal estabelece que a associação se dará “para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei”. O art. 33 tipifica o delito de tráfico de drogas. O art. 34, por sua vez, tipifica as condutas de “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”.

Tem-se, ainda, o disposto no 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”.

O art. 36, por seu turno, assim dispõe: “Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei”:

Contudo, as peculiaridades (e dúvidas) relativas ao tipo penal em apreço não se exaurem com a simples transcrição dos dispositivos concernentes à espécie e com o disciplinamento da finalidade associativa. Vamos às referidas peculiaridades (e suas respectivas dúvidas).

3. ELEMENTOS CONFIGURADORES DO TIPO PENAL

A associação para o tráfico de drogas exige a presença de duas ou mais pessoas. Em suma, para a configuração do delito em comento, basta a presença de duas pessoas. Neste ponto, o legislador contrariou o parâmetro utilizado no art. 288 do Código Penal – “mais de três pessoas”.

Não é imune de críticas, severas que sejam, a exigência mínima de duas pessoas para a formatação legal do delito de associação para o tráfico. Dir-se-á, com certo acerto, que duas pessoas formam uma dupla, um par, um dueto, mas não uma “associação”. É difícil compreender que um agrupamento (?) de pessoas, formado por dois componentes, seja linguisticamente, socialmente ou empiricamente uma “associação”, vocábulo este mais íntimo com o especificado no art. 288 do Código Penal.

Contudo, trata-se de opção legislativa, por mais heterodoxa que seja. No máximo, caberia a invocação, quase um padrão argumentativo, de que tal diferenciação seria *desproporcional*. Assim, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, tal tipo penal seria inconstitucional.

O princípio da proporcionalidade, adiante-se, é decorrência lógica do princípio do devido processo legal substancial. É mais uma construção germânica³. Mas o argumento de que o tipo penal em tela é inconstitucional por ofensa ao citado princípio não é válido. O legislador, no caso de associação para o cometimento de delito de tráfico de drogas, não se excedeu (proibição do excesso). Entendeu, no mais, *adequada* a tipificação da conduta delitiva de se reunir em associação, com o mínimo de duas pessoas, para cometer delito de tráfico de drogas. E, não esqueçamos, “Na dúvida sobre a adequação de uma medida para alcançar o propósito, quem decide é o legislador”⁴.

Enfim, a diferenciação conceitual, no caso em tela, entre delitos semelhantes (mínimo de quatro pessoas em um e mínimo de duas pessoas em outro), por mais que soe estranho, não deixa de se encaixar como

3 Como diria Caetano Veloso, “só é possível filosofar em alemão”.

4 Dimoulis, Dimitre e Martins e Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 198.

uma *opção legislativa*, legítima. Não é, assim, opção inconstitucional, desproporcional, até porque, caso contrário, caberia a cada intérprete, ou à jurisprudência, ou à doutrina, dizer de que forma seria proporcional, em explícita atividade legislativa.

Consigne-se, em tempo, que o delito capitulado no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 exige que a associação vise praticar o delito de tráfico, “reiteradamente ou não”. Esta expressão, de difícil compreensão, poderia levar o intérprete, e não raro leva, a entender que bastaria a reunião ocasional com finalidade delitiva. Contudo, não foi esta a intenção do legislador.

O delito de associação para o tráfico, não obstante o truque de redação, não se configura com simples associações ocasionais, instáveis, perenes, para o cometimento singular de delito, sem a intenção de continuidade, típica das atividades empresariais, inclusive as criminosas. Associações sob o signo da eventualidade não são associações, mas reunião mambembe de pessoas, traficantes que sejam.

O cometimento do delito de tráfico de drogas por mais de um agente, sem a pecha da estabilidade (temporal) e permanência, pode até ter relevância para fins de aplicação de pena, mas não para a configuração do delito associativo.

Enfim, não existem associações experimentais, instáveis, ocasionais, oportunistas, efêmeras ... Só aquelas que se pretendam estáveis, duradouras, empresariais, permanentes ...

O Superior Tribunal de Justiça⁵ vem assim decidindo, há tempos (grifou-se):

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. RECONHECIMENTO PELA CORTE ESTADUAL DE QUE TERIA HAVIDO ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA A

5 HC 208886/SP; Relator(a) Ministro JORGE MUSSI; QUINTA TURMA; Data do Julgamento 08/11/2011.

CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. TRANCAMENTO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. Diante da expressão “reiteradamente ou não”, contida no caput do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.

2. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

3. O Tribunal a quo, tendo reconhecido que a reunião do paciente e os demais corréus teria sido eventual, a admitiu como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.

4. Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no aresto objurgado, de que a associação do paciente com os demais sete corréus teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.

LUIZ FLÁVIO GOMES, ALICE BIANCHINI, ROGÉRIO SANCHES CUNHA e WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA⁶, reportando-se à (nem tão) nova Lei de Drogas, consignam que “a cláusula ‘reiteradamente ou

6 GOMES, LUIZ FLÁVIO *et al.* Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pp. 206/207.

não' significa somente que a reunião deve visar a prática de crimes futuros (no espírito do art. 288 do CP), não dispensando, de modo algum, a estabilidade" (grifou-se).

Este entendimento era preponderante já na vigência da legislação anterior. O Prof. VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES⁷, por exemplo, assim se manifestava sobre o tema (grifou-se):

Conforme já estudado, por se tratar de crime de ação múltipla, haverá um só crime de tráfico (art. 12), mas não se poderá cogitar de mera reunião eventual, já que os agentes realizam inúmeras condutas típicas. Assim sendo, responderão pelo crime de associação (art. 14).

Desse modo, a estabilidade (temporal) da associação é imprescindível para a configuração do delito de associação para o tráfico. Este raciocínio é até mesmo lógico, considerando que a intenção do legislador foi combater as verdadeiras "empresas criminais", que apresentam, muitas vezes, estrutura hierárquica e funcional capazes de causar inveja a muitas instituições públicas e privadas.

Não só. Além da estabilidade e permanência⁸, para a configuração do delito em comento, é necessário, ainda, a demonstração da intenção associativa (elemento subjetivo).

Neste sentido, VICENTE GREGO FILHO⁹ (grifou-se):

7 Gonçalves, Victor Eduardo Rio. *Legislação Penal Especial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 48.

8 "Não provada a existência de liame subjetivo entre os agentes na comercialização de drogas, e verificando-se pelas provas ter sido a única vez que a apelada transportou droga para o co-réu, não resta configurado o crime previsto no art. 35, caput, da Lei nº 11.343/2006, eis que, se associação existisse, seria de natureza eventual, modalidade não contemplada na nova lei de tóxicos" (TJDF – 1ª T. – AP 2007.01.1.055738-4 – rel. Gislene Pinheiro – j. 15.01.2009 – DJU 03.02.2009).

9 Greco Filho, Vicente. *Tóxicos: prevenção-repressão*, 14ª. Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, pp. 209 e 210.

“Parece-nos, todavia, que não será toda vez que ocorrer concurso que ficará caracterizado o crime em tela. Haverá necessidade de um animus associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas aceleris*, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria”.

No caso do delito de associação para o tráfico, mesmo na vigência da legislação anterior (Lei nº 6.368/76), entendia-se que “Para o reconhecimento do crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76, não basta a convergência de vontades para a prática das infrações constantes nos arts. 12 e 13. É necessário, também, a intenção associativa com a finalidade de cometê-las, o dolo específico” (grifou-se)¹⁰.

Assevere-se, no mais, que a associação eventual, na legislação anterior, implicava em causa de aumento de pena. Na atual legislação, contudo, não existe este *plus*. Este detalhe não foi ignorado por VICENTE GREGO FILHO¹¹:

“A lei eliminou o problema existente quanto à concomitância da agravante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368, que previa aumento de pena para o caso de concurso. Tal agravante não existe mais, de modo que ou há o ânimo associativo e se caracteriza o crime do art. 35 ou não e o concurso em si mesmo não mais é agravante legal”.

Assim, em apertada síntese, para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas serão observados os seguintes requisitos: (1) reunião de duas ou mais pessoas; (2) vínculo psicológico para o tráfico de drogas, pois todos os membros da associação devem conver-

¹⁰ RT 532/381.

¹¹ Ob. cit., p. 211.

gir para um mesmo fim, qual seja, a mercancia de drogas; (3) atuação por tempo indeterminado; (4) intenção associativa; e (5) estabilidade da associação¹².

Anotese, ainda, que o parágrafo único do art. 35 determina que “Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei”. A única utilidade deste dispositivo é a especificação de que, neste caso, a prática do delito deve ser “reiterada”.

Sobre este parágrafo, VICENTE GREGO FILHO¹³ diz que:

O parágrafo único equipara ao crime a associação para a prática do crime de financiamento do tráfico (art. 36), com a diferença de que, para este, a prática deve ser reiterada, portanto habitual.

4. OBSERVAÇÕES NECESSÁRIAS

É necessário lembrar, ainda, que o agente que colaborar como informante com a associação pratica o delito capitulado no art. 37, que tem o seguinte teor: “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:”. Assim, por opção legislativa, a conduta de colaborar como informante constitui crime próprio.

De igual modo, o agente que “Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei” incorrerá no

12 “Desta forma, pode-se dizer que o crime de associação para o tráfico caracteriza-se pelo fato de dois ou mais indivíduos estarem associados, por tempo indefinido, para o fim de praticar, em comum, os crimes de tráfico, de petrechos para o tráfico ou de financiamento ou custeio ilícito de drogas. Esta é a definição que decorre da dicção do texto do próprio art. 35, da Lei Antidrogas, acima transcrito, ao tipificar a conduta de *associação criminosa para o tráfico*” (Leal, João José e Leal, Rodrigo José. Controle Penal das Drogas e o Crime de Associação para o Tráfico Ilícito: Comentários ao Art. 35, da Lei 11.343/2006. Extraído do sítio <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/331-artigos-mai-2011b/8245-controle-penal-das-drogas-e-o-crime-de-associacao-para-o-trafico-ilicito-comentarios-ao-art-35-da-lei-113432006>).

13 Ob. cit., p. 210.

delito capitulado no art. 36 da lei em comento. Trata-se, assim, de mais um crime próprio.

Todas estas reflexões são importantes, de igual sorte, para fins de narração do fato delitivo. Assim, ao se narrar um delito de associação para o tráfico, cabe ao Ministério Público individualizar a conduta dos membros da respectiva associação, descrevendo, ainda que minimamente, a função de cada denunciado na “empresa” delitiva. Esta observação é altamente relevante, de mesma forma, porque, no plano empírico, não se desconhece que tais associações, não raro, funcionam de forma “empresarial”, com delimitação de funções, escalonamento hierárquico, etc.

Desse modo, investigações criminais identificam, muitas vezes, as peculiaridades destas associações. É possível identificar, por exemplo, os responsáveis pelo transporte da droga, pelo armazenamento, pela distribuição, etc. De posse destas informações, cabe ao Ministério Público, na denúncia, individualizar as condutas delitivas, especificando a função de cada membro da associação delitiva.

Caso a denúncia (genérica), nestes casos, não individualize as condutas delitivas, por equívoco (involuntário que seja), deve ser rejeitada (art. 395, inc. I, do CPP). Diferentemente, se a investigação não conduzir à minúcia da participação de cada membro da associação, a denúncia tende a ser geral, imputando a todos os membros, não raro, uma mesma conduta (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).

Vejamos o que diz a jurisprudência¹⁴ sobre o tema (grifou-se):

RECURSO EM HABEAS CORPUS – CRIMES EM CONCURSO DE AGENTES – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE

14 RHC 20711/SP; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2007/0005087-4; Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG); Órgão Julgador - QUINTA TURMA; Data do Julgamento – 25/09/2007; Data da Publicação/Fonte - DJ 15/10/2007 p. 297.

DROGAS - INÉPCIA DA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA -
DENÚNCIA EM PARTE GERAL - NARRATIVA SATISFEITÓRIA
DA CONDUTA IMPUTADA À PACIENTE - INÉPCIA DA
DENÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE

- RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - É geral, e não genérica, a denúncia que atribui à mesma conduta a todos os denunciados, desde que seja impossível a delimitação dos atos praticados pelos envolvidos, isoladamente, e haja indícios de acordo de vontades para o mesmo fim.

II - É impossível a alegação de constrangimento ilegal, por inépcia da denúncia, quando esta contém os requisitos necessários e possibilita ampla defesa à paciente.

III - Recurso não provido.

Há uma outra observação que se mostra relevante. O § 4º do art. 33 da legislação de regência dispõe que “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” (grifou-se).

Nota-se, assim, que o benefício em tela não atinge a quem se dedica às atividades criminosas ou integra organização criminosa.

A Lei nº 11.343/2006 estabeleceu, ainda, mais uma forma de delação premiada em nosso ordenamento jurídico. O art. 41 dispõe que

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços (sic).

Neste ponto, valem as tradicionais ponderações sobre o tema delação premiada. Este dispositivo é importante porque, não raro, tem repercussão

na descoberta e no desbaratamento de associações criminosas voltadas para o tráfico de drogas.

Acrescente-se, em tempo, algumas outras informações (construções pretorianas ou doutrinárias) sobre o tema. Não é necessário que todos os membros da associação ajam juntos ou mesmo que se conheçam. O Prof. JÚLIO FABBRINI MIRABETE¹⁵, em uma de suas obras, assim assevera, referindo-se ao crime de quadrilha:

Pouco importa, porém, que os componentes da quadrilha não se conheçam reciprocamente, que tenham ou não um líder, que estejam ou não designados para tarefas específicas, que todos participem ou não de cada ação delituosa praticada etc. É irrelevante, aliás, que haja uma organização apenas rudimentar.

Mencione-se, ainda, que o crime em comento não pode ser considerado hediondo, considerando que a Lei nº 8.072/90 refere-se apenas ao tráfico de entorpecentes, e não à associação para o tráfico.

Vejamos recentíssima decisão do TJ/RJ, de autoria do Des. PAULO RANGEL¹⁶, ex-membro do Ministério Público fluminense (grifou-se):

Trata-se de recurso de agravo em execução interposto pelo Ministério Público com o objetivo de obter a reforma da decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais (à fl. 289) que negou o caráter hediondo do delito de associação para fins de tráfico e indeferiu o pleito ministerial de elaboração de cálculo de 2/5 (dois quintos) do remanescente da pena para fins de progressão de regime. Dispõe o órgão ministerial, em suas razões recursais, que através da decisão prolatada, o Juízo monocrático restringiu indevidamente o alcance da norma do art. 44 da Lei 11.343/2006, ao asseverar que o crime de associação não consubstanciava crime hediondo, isto porque o crime de associação para fins de tráfico

15 MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado, 4ª edição. São Paulo: 2003, Ed. Atlas, p. 1862.

16 TJ/RJ, 3ª Câ. Crim.; Ag. Ex. 0049704-94.2011.8.19.0000; j. 29.11.2011; public. 07.12.2011.

teve a natureza hedionda sufragada pelo novel legislador e, por tal motivo, os benefícios a ele relacionados exigem o acatamento prazos mais severos estabelecidos pelas Leis 11.343/06 e 11.464/07. Assim, por fim, o Ministério Público, requer seja determinada a elaboração do cálculo do remanescente utilizando-se da fração de 2/5 (dois quintos) para fins de progressão de regime, no que tange à pena do art. 35 da Lei 11.343/2006. A Defesa, em contrarrazões (fls. 298/303), pugna pela manutenção da decisão agravada. Em juízo de retratação (à fl. 304), o magistrado *a quo* manteve a decisão impugnada pelos seus próprios fundamentos. Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da i. Procuradora de Justiça Kátia Aguiar Marques Selles Porto, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 311/313). **VOTO:** (...) Decerto, 03 (três) são os sistemas que informam os crimes hediondos. Pelo sistema judicial é o juiz quem, na apreciação do caso concreto, decide se o delito é ou não hediondo; no misto o legislador apresenta um rol exemplificativo de crimes hediondos, permitindo o juiz considerar outros conforme o caso concreto. Em nosso caso, o Brasil adotou o sistema legal, no qual o legislador enumerou em rol taxativo os crimes hediondos.(...) Por sua vez a Constituição Federal equiparou a hediondo a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Portanto, considerar como hediondo ou equiparado a este, o delito de associação ao tráfico é violar o sistema adotado, utilizando-se de uma interpretação extensiva para prejudicar o Agravante, o que, por óbvio, viola o princípio da legalidade. Temos, desta feita, que o delito de associação para o tráfico de entorpecentes é crime autônomo, não sendo equiparado a crime hediondo.(...) *Do mesmo modo, a Lei 8.072/90, que traz a lista de crimes considerados hediondos, nenhuma menção faz ao crime de associação para o tráfico, nem mesmo à associação para o cometimento de qualquer crimes hediondos ou a ele equiparados.*(...) Por tais razões, direciono o meu voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO,**

para manter a decisão proferida pelo Juízo da VEP. É como voto, senhor Presidente! **Paulo Rangel** – Relator.

Não se pode esquecer, ainda, que o tipo penal em comento recebeu algumas severas críticas. A primeira delas certamente pela sua própria existência, tida, por alguns, como desnecessária. O problema apresentado é que o art. 288 do Código Penal seria suficiente para disciplinar o fato tido como típico. Desse modo, a existência da associação *especial*, voltada para os agentes que se reúnem com o fim de traficar drogas, veio mais para confundir.

João José Leal e Rodrigo José Leal¹⁷ endossam as críticas ao crime de associação para o tráfico:

“Assim, com a acertada abolição da majorante, resta apenas a crítica à inconveniência de se manter um tipo penal que pune a associação de, apenas duas pessoas, que se unem com o propósito de praticar o crime de tráfico, em suas distintas modalidades típicas. Na verdade, se associação para o crime tem o mesmo significado juridicopenal de quadrilha ou bando, não parece adequado incriminar como associação criminosa a reunião de apenas duas pessoas, apenas porque se manifestam dispostas a praticar, no caso, qualquer uma das modalidades típicas do crime de tráfico ilícito de drogas. A nosso ver, o mais adequado teria sido a abolição, também, da figura criminosa em estudo e deixar a matéria relacionada à associação criminosa ser tratada no âmbito do espaço normativo disciplinado pelo art. 288, do CP. Isto simplificaria o sistema penal e o livraria desta inconveniente assimetria normativa causada pela superposição de leis sobre uma mesma situação fática”.

Não obstante a excelência das críticas, o certo é que, por opção legislativa, manteve-se o delito associativo com o fim especial de traficar drogas. Este tipo penal deixa claro, também, que a política criminal

17 Ob. cit.

brasileira, para o tráfico de drogas, até mesmo pelas suas consequências sociais devastadoras, tem sido tratada de forma singular e mais severa.

No mais, este tipo de artifício legislativo, embora não esteja imune a críticas, como visto, deve ser compreendido como forma de tática legislativa. No caso do homicídio e da lesão corporal capitulados no Código de Trânsito, há diferenciação com os capitulados no Código Penal. Trata-se, como dito, de escolha legislativa, quanto a determinado tema (trânsito, etc) que seja, no sentir do legislador, mais socialmente temerário.

Outro comentário que se faz necessário é que o delito do art. 35 da Lei de Drogas não se refere apenas ao agente que se adequa a algum dos verbos do art. 33. O art. 35 tem a seguinte redação: “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:”.

Observe-se que o tipo em tela refere-se não só ao caput do art. 33, como, de resto, ao § 1o do referido artigo e também ao art. 34. O § 1o do art. 33 tem a seguinte redação: “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”. O art. 34, por sua vez, assim assevera: “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:”.

Desse modo, conforme lecionam João José Leal e Rodrigo José Leal¹⁸,

“configura-se o crime de associação, agora positivado no art. 35, da Lei Antidrogas, quando dois ou mais agentes colocam-se de acordo para produzir, vender etc., drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal (art. 33, caput), ou quando os quadrilheiros se propõem a praticar qualquer uma destas ações com relação à “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas” (inciso I). Comete, também, o delito em exame os agentes que se associam para semear, cultivar, colher etc., “plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas” (inciso II). Há, ainda, a hipótese de associação criminosa com o propósito de destinar local, equipamento ou “bem de qualquer natureza” ao tráfico de drogas (inciso III). Da mesma forma, pode ficar configurada esta espécie criminosa especial, no caso de associação para a prática do crime de petrechos para o tráfico ilícito de drogas”.

Outra observação importante é que o delito de origem não precisa se concretizar. Assim, o delito do art. 35 se configura mesmo que o delito almejado não seja concretizado.

Adiante, a legislação em espécie (art. 44) consignou que “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”.

Contudo, assim estão decidindo os tribunais superiores (grifou-se)¹⁹:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE

¹⁸ Ob. cit.

¹⁹ HC 215104 SC 2011/0183362-0; Relator: Ministro JORGE MUSSI; Julgamento: 07/02/2012; Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA; Publicação: Dje 15/02/2012.

DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. BENEFÍCIO NEGADO. ART. 44 DO CP. REQUISITOS SUBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” constante da parte final do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos nos delitos elencados na Lei de Drogas, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Encontrando-se a negativa de substituição da pena reclusiva por medidas alternativas fulcrada na existência de circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis e levando-se em conta ainda a natureza e quantidade da substância entorpecente apreendida – mais de 500 gramas de cocaína –, inviável acoimar de flagrantemente ilegal o acórdão no ponto em que manteve a decisão do Juízo da Execução que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para o deferimento do benefício.

3. Ordem denegada.

5. CONCLUSÕES

Em síntese, é possível afirmar que o delito capitulado no art. 35 da Lei de Drogas é especial em relação ao crime de quadrilha capitulado no Código Penal, tendo (a associação) como finalidade a prática de tráfico de drogas. Vê-se notável opção legislativa em sede de tema (drogas) de evidente importância social.

O delito em tela configura-se com a participação de dois ou mais agentes; vínculo psicológico para o tráfico de drogas; atuação por tempo

indeterminado; intenção associativa; estabilidade e permanência da associação.

Trata-se, desse modo, de crime autônomo²⁰, que se consuma com a formação da sociedade criminal.

No mais, não obstante a existência de desacertos legislativos (novidade?) na formatação do tipo penal em comento, o certo é que o delito de associação para o tráfico tem contribuído para a punição de traficantes organizados.

Que se manifestem os doutos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIMOULIS, Dimitre e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice, CUNHA, Rogério Sanches e TERRA DE OLIVEIRA, William. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006**, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007;

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005;

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 14ª. Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011;

LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. **Controle Penal das Drogas e o Crime de Associação para o Tráfico Ilícito: Comentários ao Art. 35, da Lei 11.343/2006**; extraído do sítio <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/331-artigos-mai-2011b/8245-controle-penal-das-drogas-e-o-crime-de-associao-para-o-trafico-ilicito-comentarios-ao-art-35-da-lei-113432006>;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**, 4ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

20 Para a caracterização do delito associativo não é necessário que se configure qualquer dos delitos referidos no tipo.

DROGAS: SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA ALTERNATIVA RESTRITIVA DE DIREITOS E LIBERDADE PROVISÓRIA

A Experiência da 11ª Procuradoria de Justiça do MPSE à Luz da Jurisprudência do STF, do STJ e do TJSE

Ana Christina Souza Brandi¹

Mark Clark Santiago Andrade²

RESUMO:

O presente estudo revela a experiência da 11ª Procuradoria de Justiça do MPSE em matéria de substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa restritiva de direitos e de liberdade provisória nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei n. 11.343/06, questões essas enfrentadas à luz da jurisprudência do STF, do STJ e do TJSE.

O foco temático do presente estudo consiste na apreciação de duas relevantes e polêmicas disposições assentadas na Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – diploma que 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 – quais sejam: a questão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

1 Procuradora de Justiça titular da 11ª Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

2 Analista do Ministério Público – Especialidade Direito; Assessor de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe; Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal; Ex-Professor Substituto da Universidade Federal de Sergipe – UFS.

direitos, mormente no que se relaciona aos crimes de tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes; e a problemática da (im)possibilidade de concessão da liberdade provisória em hipóteses que tais.

Trata-se, pois, de uma sintética exposição do enfrentamento destes aspectos nas dezenas de casos práticos que diuturnamente aportam na 11ª Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe (MPSE), à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE).

Ab initio, com o escopo de melhor compreender o objeto em estudo, translada-se o teor prenotado nos art. 33, § 4º c/c o art. 44, ambos da Lei n. 11.343/06, *in litteris*:

Art. 33. (...).

(...).

§ 4º. 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. 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.

Com efeito, quis o legislador com o novel diploma legal, de maneira expressa, tornar defesas a pena restritiva substitutiva e a concessão do benefício liberatório nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e figura autônoma (art. 33, *caput* e § 1º), tráfico equiparado (art. 34), associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 35), financiamento do tráfico (art. 36) e colaboração como informante (art. 37).

Indaga-se, porém: essa *voluntas legislatoris* está em conformidade com os princípios da Constituição Federal de 1988 (CF/88)? A veda-

ção legal vem sendo amparada pela jurisprudência pátria? São essas disposições justas?

Com relação à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa restritiva de direitos, entende-se que, presentes simultânea e cumulativamente todos os requisitos do art. 44 do Código Penal (CP)³, tanto os de caráter subjetivo, quanto os de cunho objetivo,⁴ impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que, ressalte-se, constitui direito público subjetivo do Réu, sob pena de patente violação aos princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88) e da razoabilidade.

A propósito, colacionam-se os seguintes precedentes, exemplificativos da sedimentada jurisprudência nos Tribunais, demandando especial atenção a decisão paradigmática proferida pelo STF, no HC n. 97256, na qual foi incidentalmente declarada a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/06, de relatoria do eminente Ministro sergipano e eterno professor Carlos Ayres Britto:⁵

3 CP: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

4 Quanto aos requisitos ensejantes da permuta *sub oculo*, é esclarecedora a lição de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 275-276): “71. Requisito objetivo de duração da pena aplicada e espécie de crime: todos os delitos culposos podem receber o benefício da substituição, qualquer que seja a pena, bem como os crimes dolosos, desde que a pena não ultrapasse 4 anos e não houver violência ou grave ameaça à pessoa. Não cabe ao juiz estabelecer exceção não criada pela lei, de forma que estão excluídos todos os delitos violentos ou com grave ameaça, ainda que comportem penas de pouca duração. No caso de lesão corporal dolosa – leve, grave ou gravíssima (pouco importando se de ‘menor potencial ofensivo’ ou não) –, para efeito de aplicação da substituição da pena, não mais tem cabimento a restritiva de direitos. O juiz, em caso de condenação, poderá conceder o sursis ou fixar o regime aberto para cumprimento. (...). 76. Requisitos de avaliação subjetiva: cabe ao juiz, dentro de seu prudente critério, novamente invocando o art. 59 do Código Penal, optar pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, levando em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, além dos motivos que o levaram ao delito, bem como as circunstâncias gerais da prática da infração”.

5 No mesmo sentido: STF, HC 98769, Rel. Min. EROS GRAU, 2ª T., j. em 26/05/2009.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para

esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (STF, HC 97256, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, j. em 01/09/2010).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VEDAÇÃO À CONVERSÃO DA PENA, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. REGIME INICIAL FECHADO. MITIGAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ADMITIDA,

QUANDO, APLICADA A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06, FOR SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, porque preso em flagrante, no dia 11/02/2010, trazendo consigo, para fins de comércio, 20 pedras de cocaína na forma de crack, além de R\$ 60,00. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. 3. O regime inicial fechado é obrigatório aos condenados pelo crime de tráfico de drogas cometido após a publicação da Lei n.º 11.464, de 29 de março de 2007, que deu nova redação ao § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, ressalvada a possibilidade de fixação de regime prisional mais brando, quando, aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da lei n.º 11.343/06, for substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a fim de adequar a reprimenda ao benefício concedido justamente para evitar o encarceramento. Precedentes do STF e do STJ. 4. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, a fim de estabelecer o regime inicial aberto, substituindo a pena reclusiva por duas sanções restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções. (STJ, HC 203.835/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª T., j. em 06/09/2011).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. ARTS. 33, CAPUT E § 4º C/C ART. 41, CAPUT, DA LEI DE DROGAS. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO

- POSSIBILIDADE. RÉU CONDENADO À PENA DE 07 (SETE) MESES DE RECLUSÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I - A delação premiada não pode isentar de pena o agente. Inteligência do art. 41, caput, que prevê apenas redução da reprimenda. II - Tendo o réu em seu favor as circunstâncias judiciais do art. 59, bem assim cumprido todos os requisitos do art. 44 do CP, é possível a conversão da pena privativa de liberdade, no caso dos autos fixada em 07 (sete) meses de reclusão, por restritiva de direito, em homenagem ao princípio da individualização da pena, conforme reconhecido pelo Plenário da Suprema Corte, que declarou incidentalmente inconstitucional o art. 44 da Lei nº 11.343/06 (HC nº 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 16/12/10) na parte que vedava tal benefício legal. III - Aplicação do regime aberto de cumprimento por consectário lógico, tendo em vista a conversão da pena privativa de liberdade, que evitou o encarceramento. IV - Recurso parcialmente provido. Decisão Unânime. (TJSE, AP. CRIMINAL Nº 0800/10, REL. DES. LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA, j. em 31/10/2011).

Já no atinente à possibilidade ou não de conceder a liberdade provisória em delitos desse jaez, insta ressaltar, por oportuno e de antemão, que tal questão foi considerada deveras relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos limitados a uma causa específica, ou seja, caracterizada como matéria de repercussão geral, na forma do art. 102, § 3º, da CF/88 c/c os arts. 543-A e 543-B, ambos do CPC.

Nesse diapasão, manifestou-se o STF nos seguintes termos:

REPERCUSSÃO GERAL - PRISÃO PREVENTIVA - FLAGRANTE - TRÁFICO DE DROGAS - FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de ser

concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes hediondos e equiparados.(STF, RE 601384 RG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 10/09/2009).

De registrar-se, ainda, que a disciplina do benefício liberatório *sub oculo* encontra-se hodiernamente assentada nos arts. 321 e ss., do CPP, com redação conferida pela Lei n. 12.403/11, destacando-se o estatuído no art. 321 do referido diploma adjetivo, a saber:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Expendidas tais considerações propedêuticas, importa ponderar as principais – e antagônicas – correntes que se formaram ao redor do tema, quais sejam, pela possibilidade e pela negativa da concessão da liberdade provisória nos crimes em comento neste artigo.

Observa-se, pois, que considerável parcela da jurisprudência vem se posicionando no sentido de que seria até mesmo dispensável a fundamentação da custódia cautelar, *de per si*, amparando a manutenção da prisão, com o próprio indeferimento do benefício liberatório.

Tal conclusão seria aferida *ut* interpretação lógico-sistemática da inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da CF/88⁶ e do impedimento específico estatuído no já transladado art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/06, consoante se verifica dos v. arestos subseqüentes:⁷

6 CF/88: art. 5º. (...). XLIII- a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

7 No mesmo sentido: STF, HC 108652, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª T., j. 09/08/2011.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu ao comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual. A proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável à espécie vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. (...). 5. Ordem denegada. (STF, HC 103715, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª T., j. em 23/11/2010).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. (...). LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA

CONSTITUIÇÃO E PELOS ARTS. 2º, INCISO II, DA LEI 8.072/90 E 44 DA LEI 11.343/06. ORDEM DENEGADA. (...). 3. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é inafiançável. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança. 4. A legislação infraconstitucional (art. 2º, II, da Lei 8.072/90 e art. 44 da Lei 11.343/06) também veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes. 5. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação legal é fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória. 6. Ordem denegada. (STJ; HC 117960/SP; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; 5ª T.; j. 21/05/2009).

Noutro turno, existem os que entendem ser imperiosa e imprescindível a apreciação e a presença dos requisitos (e, nesta expressão, abarcam-se os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade) da prisão preventiva (arts. 311, ss., CPP), ou seja, apenas e somente se justificada a necessidade da custódia cautelar, é que restaria impossibilitada a concessão da liberdade provisória nas infrações em exame.

Ao que parece, esta última seria a melhor direção a seguir. Isso porque essa toada encontra-se em perfeita sintonia com os princípios regentes do Estado Constitucionalista Democrático de Direito, onde as garantias do réu são preservadas e o direito ao acompanhamento do processo em liberdade é regra.

Assim, o juiz somente poderá segregar o indivíduo se presentes os requisitos da prisão preventiva e em decisão devidamente fundamentada, tal como preceituam o estado de inocência e o devido processo legal (art. 5º, LIV e LVII, CF/88), além da indispensável motivação das decisões judiciais (art. 93, CF/88), tudo isso cumulado com o princípio da excepcionalidade da prisão cautelar, inferida dos arts. 312, 315 e 282, § 6º, todos do CPP, com redação dada pela multicitada Lei n. 12.403/11.

Corroborando a postura ora esposada, obtempera, com a reiterada maestria, Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 395):

(...) Ademais, não há sentido algum para a proibição, em abstrato e padronizada, da liberdade provisória. Afinal, todo o sistema processual penal, no tocante à prisão cautelar, atualmente, gravita em torno da necessidade e indispensabilidade da segregação processual, exigindo-se os requisitos da prisão preventiva para tanto. As últimas reformas do Código de Processo Penal (Leis 11.689/2008 e 11.719/2008) deixaram bem clara essa posição. Além disso, cuida-se de privilegiar o princípio constitucional da presunção de inocência, não se permitindo a prisão cautelar a bel-prazer, sem necessidade, calcando-se em preceito legal simplista e generalizante. Não se pode fundar a proibição de liberdade provisória em elementos abstratos, tal como a singela tipificação em crime de tráfico de drogas; é indispensável haver mais que isso, demonstrando-se a real exigência da segregação antes de formada a culpa.

No mesmo sentido, o magistério de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2011, p. 621-623):

É interessante notar que o legislador, quando pretende dar um tratamento mais rígido ao processamento de algumas infrações, se vale do expediente de vedar a concessão da liberdade provisória. Desta maneira, havendo prisão, o agente responderia à persecução penal no cárcere, em verdadeira antecipação de pena, suprimindo-se do magistrado, no caso concreto, a aferição da necessidade do cárcere cautelar. É, sem dúvida, uma indevida intromissão do Legislativo nas atividades típicas do Judiciário. Não estamos diante de uma ciência exata. Um caso não é igual ao outro, nem os presos se equivalem. Vedar por completo a liberdade provisória é conduzir a persecução penal às cegas, fazendo pouco caso da presunção de inocência.

(...). A nosso ver, a vedação legal absoluta de liberdade provisória é inconstitucional, ferindo a presunção de inocência e retirando do magistrado a atividade que lhe é peculiar na gestão da conveniência

da medida. (...).

Perceba que as restrições podem existir, como acontece por comando da própria CF, que determina que a lei considerará os crimes hediondos e assemelhados (tráfico, tortura e terrorismo) inafiançáveis (art. 5º, XLIII). Contudo, vedação absoluta, obstando qualquer modalidade de liberdade provisória, foge ao razoável. Não é este o propósito da CF. O jogo de palavras é por demais perigoso. Ratificando o que pretendemos demonstrar, atualmente a lei ordinária contempla liberdade provisória sem fiança aos hediondos, apesar de continuarem inafiançáveis. Ora, se estas infrações, supostamente extremamente graves, comportam liberdade provisória sem fiança, qual outra infração (de forma razoável) não comportaria a medida?

O princípio da proporcionalidade, que era implicitamente presente no ordenamento, agora vem depreendido de forma expressa a partir das noções de necessidade e adequação referidas como pressupostos gerais para a aplicação de toda e qualquer medida cautelar (art. 282, CPP).

Se as infrações de maior gravidade, como as hediondas, comportam a medida (liberdade provisória, sem fiança, com a possibilidade de aplicação de outras cautelares não prisionais do art. 319, CPP), nenhuma vedação absoluta pode subsistir. (...)

(...).

Já quanto ao tráfico de drogas, a questão exige bom senso. É que a Lei nº 11.343/2006, lei especial que disciplina o tráfico e condutas assemelhadas, no *caput* do art. 44 veda a fiança e a liberdade provisória sem fiança a tais infrações. Ora, mesmo sendo lei especial, acreditamos que houve revogação tácita com o advento da lei nº 11.464/2007 alterando a lei de crimes hediondos. Se todos os crimes hediondos e assemelhados comportam liberdade provisória sem fiança, o tráfico não foge à regra. A razoabilidade justifica a medida. Afinal, onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito. (...). Como já salientado, é natural que caiba ao magistrado aferir no caso concreto a necessidade ou não do

cárcere cautelar. Vedações peremptórias, dissociadas da análise do fato em exame, estão distanciadas da atual ordem constitucional e dos motivos que levaram o Congresso Nacional a alterar a Lei de Crimes Hediondos.

Essa é a mesma linha adotada nos julgados emanados da 2ª Turma do STF e da 6ª Turma do STJ, além de ser a forte tendência das decisões proferidas pelo TJSE, senão, veja-se:⁸

Habeas Corpus. (...). 2. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei 11.343/2006, art. 44). Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Decisão judicial devidamente motivada em elementos concretos. 3. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada. (STF, HC 100573, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª T., j. em 24/08/2010).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...). LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...). 4. Consoante entendimento da Sexta Turma deste Sodalício, a vedação genérica à concessão de liberdade provisória contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 não impede, por si só, o deferimento do almejado benefício, caso ausentes quaisquer das hipóteses autorizadoras previstas no art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Esta colenda Turma tem se posicionado no sentido de que, ainda que se trate de delito de tráfico, a Lei n. 11.464/2007, ao suprimir do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados,

8 No mesmo sentido: STF, HC 107415, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª T., j. em 01/03/2011; STF, HC 102260 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, 2ª T., j. em 20/04/2010; STJ, HC 161.123/SP, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), 6ª T., j. em 18/05/2010, DJe 07/06/2010; TJSE, HC Nº 1003/2011, REL. DESA. GENI SILVEIRA SCHUSTER, j. em 12/09/2011; TJSE, HC Nº 0801/2011, REL. DES. LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA, j. em 05/09/2011.

adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, que prevê apenas a inafiançabilidade de tais infrações, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva. 6. Verificado que foi negada a liberdade provisória ao paciente apenas com fundamento na vedação genérica do art. 44 da Lei de Drogas, na gravidade abstrata do delito, nas suas conseqüências sociais e em alusões genéricas acerca da imprescindibilidade de manutenção de custódia cautelar, de rigor a concessão do almejado benefício. 7. Ordem concedida para anular o Processo n. 130/10, da 7ª Vara Criminal de São Paulo, desde a sentença (...). (STJ, HC 185.859/SP, Rel. MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª T., j. em 13/09/2011, DJe 19/10/2011).

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ARTS. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - PRISÃO PREVENTIVA - RAZOABILIDADE DO DECRETO PRISIONAL - NECESSIDADE DE SALVAGUARDAR A ORDEM PÚBLICA DEMONSTRADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - DENEGACÃO DA ORDEM - UNÂNIME. I- A prisão preventiva deve ser pautada nos preceitos da excepcionalidade e do enquadramento do acusado nos requisitos do artigo 312, do CPP, o que se verifica nestes autos. II- Os indícios de autoria demonstram, em tese, a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, sendo incontestado que este é um crime que tem em seu bojo o rastro de destruição social, pois ele movimentava toda uma rede de criminalidade que atemoriza a sociedade. Portanto, é primordial que em crimes desta natureza, a ordem pública seja restabelecida. III- Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. Unânime. (TJSE, HC Nº 0782/2011, REL. DES. EDSON ULISSES DE MELO, j. em 08/08/2011).

Diante de tais considerações e argumentos, malgrado a polêmica envolva o tema e sem a pretensão de estancar o indispensável debate jurídico, acredita-se que a melhor orientação para o deslinde das problemáticas ora

arrostadas, em matéria dos crimes de narcotraficância e figuras equiparadas (arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei n. 11.343/06), seria pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que presente a totalidade dos requisitos do art. 44 do CP, assim como pela possibilidade da concessão de liberdade provisória, com a condição de que estejam ausentes os requisitos da prisão preventiva (considerando-se as recentes alterações advindas com a Lei n. 12.403/11), medidas essas que vem sendo pugnadas nas manifestações da 11ª Procuradoria de Justiça do MPSE e que vem se confirmando em numerosa parcela das decisões do STF, do STJ e do TJSE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETIOLI, A. B. **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DELMANTO, C. et. al. **Código penal comentado**. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. Edição revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 31. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

NALINI, J. R. **Ética geral e profissional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, G. de S. **Código penal comentado – versão compacta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. Bahia: JusPodivum, 2011.

www.lex.com.br. Acesso em: 13 nov. 2011.

O RESGATE DO DIREITO À SAÚDE INFANTIL

Augusto César Leite de Resende¹

SUMÁRIO:

1 Introdução – 2 Direito Fundamental à Saúde – 3 Dever Constitucional de Implementação de Políticas Públicas – 4 Controle Judicial da Omissão Estatal – 5 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial – 6 Conclusão – 7 Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Diante da flagrante incapacidade de o Estado combater o tráfico ilícito de entorpecentes e da inexistência de políticas públicas de auxílio e orientação a crianças e adolescentes e às famílias brasileiras, cada vez mais, menores vêm consumindo substâncias entorpecentes e alcoólicas.

Em Sergipe, os problemas decorrentes do uso abusivo de drogas, notadamente o crack, assumem contornos estarrecedores. Pais sentem-se impotentes diante de filhos viciados, chegando-os a acorrentá-los como se animais irracionais e ferozes fossem². Os órgãos encarregados de atendimento, do mesmo modo, não conseguem dar satisfatório encaminhamento a esses casos, ante a inexistência de serviços e programas no Estado.

As conseqüências da incapacidade de o Estado de Sergipe e os Municípios enfrentarem realmente o problema são inúmeras e significativas:

1 Promotor de Justiça Especial de São Cristóvão/SE. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina

2 Conforme reportagem publicada na TV Sergipe em 2011.

delinqüência, fuga do lar, abandono ou mau aproveitamento escolar, crise familiar e, em muitos casos, a morte prematura e violenta de um jovem.

Os Conselhos Tutelares, órgãos encarregados por lei de atenderem a essas situações, mostram-se impossibilitados de realizar um trabalho razoável, devido à inexistência de apoio especializado na área.

Em todo o Estado de Sergipe, não há nenhum programa oficial eficiente de orientação, apoio e auxílio a crianças e adolescentes alcoólatras e toxicômanos.

São inúmeros os menores dependentes químicos. Por consequência, as crianças e adolescentes sergipanas que não vêm tendo o atendimento adequado, vez que não há: programa de atendimento a crianças e adolescentes viciados no álcool e em drogas. Os órgãos públicos, apesar de empenhados em auxiliar na recuperação dos menores, sentem-se impotentes, pela falta de capacitação técnica.

Por esses motivos, cabe ao Ministério Público buscar compelir, pela via judicial, o Poder Público a criar e manter em funcionamento programa eficiente de auxílio, orientação e tratamento para alcoólatras e toxicômanos, como forma de assegurar cumprimento a direitos definidos pela Constituição Federal e leis outras.

Contudo, o trabalho não é simples porque o controle judicial de políticas públicas é um tema que provoca grandes debates nos meios acadêmico e forense. Existem posicionamentos teóricos e jurisprudenciais negando ao Poder Judiciário o poder/dever de compelir o Estado a implementar políticas públicas voltadas para a proteção da criança e do adolescente, sob os mais variados argumentos, tais como: suposta violação aos Princípios da Separação dos Poderes, da Violação da Discricionariedade Administrativa e da Cláusula da Reserva do Possível.

Pretende-se, ao longo deste trabalho, demonstrar a possibilidade de o Poder Judiciário desempenhar legitimamente seu papel de garantir as reais aplicação e efetividade do Texto Constitucional, mormente a de assegurar a todos os cidadãos o livre exercício dos direitos fundamentais de prestação, obstacularizados pela omissão do Poder Público.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição Federal reservou inteiramente o Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, nele consagrando um leque amplo e extenso de direitos fundamentais do ser humano, classificando-os em cinco espécies:

- a) direitos e deveres individuais;
- b) direitos e deveres coletivos;
- c) direitos sociais;
- d) direitos à nacionalidade;
- e) direitos políticos

No entanto, o rol do referido Título II da Carta Magna não é taxativo, mas meramente exemplificativo porque o art. 5º, § 2º, da própria Constituição Federal ressalva que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Os direitos fundamentais não são apenas aqueles consagrados e reconhecidos formalmente na Constituição, pois, como acima referido, a Carta Magna admite a existência de outros direitos fundamentais não inseridos no rol do Título II, reconhecendo, destarte, a existência dos chamados direitos materialmente fundamentais.

Tais direitos podem ser classificados em: direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais. Serão formalmente fundamentais os direitos expressamente incorporados no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição.

Por sua vez, os direitos materialmente fundamentais poderão ser identificados a partir do conceito aberto de direitos fundamentais adotado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, pois possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais e até mesmo na identificação de direitos

fundamentais não-escritos ou implícitos na Constituição, que sejam decorrentes do regime e princípios por ela adotados³.

O constitucionalista Alexandre de Moraes⁴ ressalta o caráter meramente exemplificativo do rol dos direitos fundamentais previstos no Título II da Carta Magna. A propósito:

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...além disso, a enumeração do art. 5º da Constituição não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte...

Na mesma linha de entendimento, Pedro Lenza⁵ leciona que o rol do art. 5º da Constituição Federal é *“um rol meramente exemplificativo, na medida em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”*.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que os direitos fundamentais individuais e coletivos não se restringem ao catálogo do art. 5º da Constituição Federal, podendo ser encontrados em outras partes do texto constitucional, conforme se depreende do julgado abaixo:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p.85.

4 **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 110-111.

5 **Direito Constitucional Esquemático**. 11ª ed. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 697.

derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”): templos de qualquer culto; “c”): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.1994, p. 5165). (grifo nosso)

A identificação e a caracterização de um direito materialmente dotado de fundamentalidade não são tarefas fáceis para o intérprete e aplicador do direito, pois tais tarefas não decorrem apenas da simples leitura do Texto Constitucional, na medida em que poderão, como visto alhures, existir outros direitos fundamentais dispersos no corpo da Constituição, positivados em tratados internacionais ou consagrados em princípios não assentados na Carta Magna.

A definição de direito fundamental proposta por Ingo Wolfgang Sarlet⁶ permite ao intérprete a identificação e, conseqüentemente, a efetivação e a proteção de direitos fundamentais exclusivamente materiais, isto é, não consagrados expressamente no catálogo do Título II da Constituição Federal. A propósito:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Assim, reconhecem-se direitos que, apesar de não consagrados formalmente no rol do Título II da Constituição Federal, por seu conteúdo, importância e significado, podem ser considerados fundamentais e, por isso mesmo, inseridos na Carta Constitucional, produzindo todos os efeitos jurídicos como se direitos formalmente fundamentais fossem.

Dispõe a Constituição Federal:

6 A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 91.

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais.

(...)

§ 3º - O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

Além disso, estabelece:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se vê, a Carta Magna alçou a orientação, o auxílio e o tratamento de menores dependentes químicos à qualidade de direito fundamental dos infantes.

3. DEVER FUNDAMENTAL DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição é, indiscutivelmente, uma norma jurídica e, como tal, dotada de imperatividade. Não se trata de mero documento político, de um simples convite ao administrador público a empreender as políticas

públicas nela consagradas, cuja concretização fica ao alvedrio, ou melhor, sob a discricionariedade do chefe do Poder Executivo.

De fato, a Constituição não é um documento essencialmente político, mas jurídico. Tal modelo (o da Constituição como documento estritamente político) vigorou na Europa até meados do século passado.

No início da segunda metade do século XX, o Professor alemão Konrad Hesse assentou:

a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas⁷.

Luís Roberto Barroso também ressalta a indiscutível força normativa da Constituição, conforme se depreende:

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado⁸.

No mesmo trilha, Ana Paula de Barcellos leciona que *“a constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobre tudo os Poderes Públicos”*⁹.

7 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 19.

8 **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Material da 1ª aula, da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social e Prática do Direito – Área de Concentração: Direito Público – UNISUL – REDE LFG, p. 5.

9 “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas” in *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Ed. Podivm, 2007, p. 49.

Hodiernamente, portanto, não mais se discute a força normativa da Constituição. A Carta Magna é norma jurídica, dotada de imperatividade e que, por isso mesmo, seus preceitos são obrigatórios e vinculativos.

A Constituição Brasileira impõe ao Poder Público o dever de implementar programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins, como acima ressaltado.

A Constituição Federal consagra, indiscutivelmente, o direito fundamental do menor à inserção em programas de orientação, auxílio e tratamento a dependentes de drogas, impondo ao Estado o dever fundamental de garantir e proteger à saúde física e psicológica destes menores. Na lição do professor português José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰ “*as normas-fim e normas-tarefas ambientalmente relevantes são normas constitucionais impositivas*”, isto é, impõe ao legislador infraconstitucional e aos Poderes Públicos o dever de adotar medidas efetivas e adequadas de proteção menores toxicômanos.

Não há discricionariedade do Administrador Público quando a Constituição e/ou a legislação infraconstitucional fixam fins, metas e programas a serem desenvolvidos pelo Estado, ou seja, quando impõem um *facere* consubstanciado na implementação de políticas públicas ou de prestações materiais e jurídicas, as quais permitam o efetivo exercício dos direitos fundamentais consagrados na Magna Carta.

Discricionariedade é liberdade de atuação do agente público de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, nos casos em que o ordenamento jurídico confere tal liberdade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ conceitua discricionariedade administrativa, *in verbis*:

É a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.

10 Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1.ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

11 Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 66.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹² ressalta que a discricionariedade pode decorrer:

I) da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo...

II) do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias...

III) da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre com a finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos.

A Constituição Federal impôs ao Estado o dever fundamental de proteção aos toxicômanos, subtraindo do Administrador Público qualquer juízo de conveniência e oportunidade sobre a proteção ou não destas crianças e adolescentes, ou seja, não está na livre disposição dos Poderes Públicos decidir se o menor dependente químico deve ou não ser protegido. Enfim, não há discricionariedade.

12 Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 18-19.

4. CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ESTATAL

Primeiramente, cumpre salientar que o inadimplemento das obrigações constitucionais e legais por parte do Poder Público confere ao Poder Judiciário o dever-poder de assegurar o cumprimento das normas constitucionais, em razão justamente da força normativa da Constituição e do Princípio da Máxima Efetividade da Norma Constitucional, sem que isso venha, evidentemente, a caracterizar violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

A teoria da “Tripartição de Poderes¹³” foi inicialmente idealizada por Aristóteles, em sua obra “Política”, através do qual o filósofo grego identificou três funções básicas e distintas exercidas pelo Estado, quais sejam: edição de normas, aplicação destas normas e julgamento, concentrando, no entanto, tais função unicamente no monarca.

Em 1748, o aristocrata Charles-Louis de Secondat, senhor de La Bredé e Barão de Montesquieu aprimou, em seu célebre livro “O Espírito das Leis”, a Teoria da Separação dos Poderes idealizada por Aristóteles, através da atribuição das funções do Estado a órgãos distintos, autônomos e independentes, com vistas a otimizar a atividade estatal.

No entanto, a teoria de Montesquieu, na forma como foi concebida pelo escritor francês, não proporcionava uma perfeita harmonia entre os três Poderes, uma vez que os respectivos Poderes somente podiam exercer suas funções típicas. Vale dizer: o Poder Executivo somente administrava, o Poder Legislativo somente editava normas e o Poder Judiciário só julgava, não lhes sendo permitidas exercer as atribuições dos outros Poderes.

Após a teoria de Montesquieu, surge o Sistema de Freios e Contrapesos (Teoria do Checks and Balances), autorizando aos Poderes do Estado exercerem funções atípicas, isto é, funções próprias dos dois outros Poderes, com a finalidade precípua de assegurar a harmonia entre os Poderes e o

13 Ressalte-se que a terminologia “tripartição de poderes” é equivocada, uma vez que o poder estatal é uno e indivisível. O que ocorre, na verdade, é uma distribuição de funções do Estado entre órgãos distintos e independentes uns dos outros, visando otimizar a atividade do Estado e evitar abuso de poder do governante. No entanto, empregaremos o termo “tripartição de poderes” no presente trabalho porque é de uso tradicional e comum na literatura jurídica nacional.

livre exercícios de suas funções típicas, sem que um Poder exerça ingerência ou supremacia sobre os demais.

Assim, cumpre ao Poder Judiciário, no exercício de suas funções típicas, o dever-poder de determinar ao demais Poderes e, evidentemente, aos particulares, a correta observância do ordenamento jurídico, mormente quando não atendidos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁴ esclarece que *“a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais”*.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 45, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento sobre a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle sobre a escolha e implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo quando vulnerados direitos fundamentais do cidadão ou a dignidade da pessoa humana.

Corroborando entendimento anteriormente firmado na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 45, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, assentou, em decisão exarada em 08 de julho de 2008, que *“não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas”*¹⁵.

Nesse contexto, o Poder Judiciário não viola o Princípio da Separação dos Poderes ao determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos fundamentais consagrados ao ser humano na Carta Magna, ao contrário, o Poder Judiciário exerce corretamente seu papel de adequar a omissão estatal ao ditames legais e constitucionais.

14 Curso de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

15 BRASIL. STF – Suspensão de Liminar – N.º 235 – TO. Inteiro teor disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/sl235.pdf>. Acesso em 02.03.2012.

5. RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A implementação de políticas públicas envolve o gasto de dinheiro público e os recursos são limitados, daí porque ser sustentado que o efetivo exercício dos direitos fundamentais depende de disponibilidade financeira do Estado, a chamada reserva do possível.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶ sustenta que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui limite jurídico e fático dos direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcellos¹⁷, seguindo a linha trilhada pela doutrina nacional, também afirma que a reserva do possível é um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, uma vez que “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”.

Luís Roberto Barroso¹⁸ leciona que para a efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais sociais “*certas prestações hão de situar-se dentro da reserva do possível, das disponibilidades do erário*”.

Ana Paula de Barcellos¹⁹ identifica duas espécies da reserva do possível, a reserva do possível fática e a jurídica. A primeira refere-se à inexistência material e real de recursos, ou seja, indisponibilidade de caixa. A segunda compreende a inexistência de autorização orçamentária para a realização de determinada despesa.

No que pese a reserva do possível ser, em regra, um limitador jurídico e fático dos direitos fundamentais, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal deve ser, objetivamente, comprovada pelo ente que o

16 **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 305.

17 **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262.

18 **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

19 **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262-263.

alegar, ou seja, não basta a mera alegação, faz-se mister a efetiva e objetiva comprovação das limitações orçamentárias, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁰:

...a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

A limitação de recursos financeiros é uma realidade da qual não se pode ignorar, fechar os olhos. Entretanto, “a reserva do possível não pode ser legitimamente argüida ao que se chama de mínimo existencial, ou seja, aquelas condições materiais mínimas essenciais à dignidade da pessoa humana”²¹. Marcelo Novelino Camargo²² também sustenta que:

O aspecto distintivo fundamental entre os direitos que compõem o mínimo existencial e os outros direitos sociais, está no fato de que aqueles, por serem direitos mínimos imprescindíveis a uma vida digna, não se submetem à reserva do possível.

É verdade que compete, a princípio, aos Poderes Legislativo e Executivo, segundo suas opções políticas, a elaboração do orçamento do Estado, ou seja, a destinação e aplicação dos recursos públicos. Entretanto, a liberdade

20 Informativo N.º 345.

21 **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 268 e 272.

22 **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Organizador). **Leituras Complementares de Constitucional.** 2. ed.. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 125.

do legislador e do administrador público sofre restrições, uma vez que o orçamento deverá ser formulado de modo a atender, razoavelmente, todas as políticas públicas impostas pela Constituição Federal ao Poder Público e destinadas a propiciar o livre exercício dos direitos fundamentais, sob pena de se incorrer em omissão inconstitucional.

O orçamento da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios deverá ser elaborado de forma a garantir as condições mínimas de existência digna (mínimo existencial), que são um “limite à liberdade de conformação do legislador”²³.

Para Ana Paula de Barcellos²⁴, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento aos fins considerados essenciais pela Constituição até que eles sejam realizados e para garantir condições materiais essenciais à dignidade humana (o mínimo existencial), que é prioridade do Estado brasileiro, de modo que somente após assegurar este padrão mínimo social é que o restante dos recursos poderá ser aplicado segundo as propostas políticas do Administrador Público.

Dirley da Cunha Júnior²⁵ afirma que a falta de recursos públicos não pode ser guindada a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de cofres cheios do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, ressaltando que se não atendidas as condições materiais mínimas indispensáveis a uma existência digna:

...o Poder Judiciário está legitimado a interferir – num autêntico controle dessa omissão inconstitucional – para garantir esse mínimo existencial, visto que ele é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social), não satisfazendo os

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 373.

24 *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262-263.

25 *A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Organizador). *Leituras Complementares de Constitucional*. 2. ed.. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 436.

direitos fundamentais sociais. Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais...

E mais:

...a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária.

Assim, a reserva do possível não poderá ser, legitimamente, invocada quando se tratar de direitos fundamentais inseridos no conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, isto é, de direitos fundamentais sem os quais o ser humano não tem uma vida com dignidade.

A doutrina brasileira indica alguns direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial, a exemplo da saúde, educação fundamental, assistência social, moradia e acesso à Justiça²⁶, verdade é que não existe um conteúdo certo, determinado e específico do mínimo existencial, uma vez que “todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna (que podem variar de acordo com as circunstâncias) necessariamente compõe o mínimo existencial”²⁷.

O direito a orientação, auxílio e tratamento a crianças e adolescentes toxicômanos insere-se no conteúdo mínimo existencial, vez que o abandono estatal às estas vítimas os levam à condição de meros objetos.

A obra *“Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua”*, de Giorgio Agamben, permite-nos concluir que a inexistência de programas oficiais de tratamento de dependentes químicos, notadamente as crianças e os adolescentes toxicô-

26 CAMARGO, Marcelo Novelino . O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. *Leituras Complementares de Constitucional*. 2. ed.. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 124-125; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

27 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 374.

manos, os levam à mera existência biológica, destituídos de qualquer valor ou importância na sociedade sergipana e, em especial, para o Poder Público.

De fato, a atual e real situação dos toxicômanos na sociedade sergipana pode ser comparada ao que Giorgio Agamben denomina campo de concentração, considerando que em tais locais, a vida humana é perfeitamente matável e insacrificável.

A perspectiva da vida nua, definida por Giorgio Agamben, tem como paradigma os campos de concentração nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, dentro dos quais o “ser humano” não representava mais qualquer tipo de humanidade, mas estava destituído de qualquer das qualidades que poderiam caracterizá-lo como tal.

Na Grécia antiga, os gregos utilizavam dois termos bastante distintos para expressar o significado da palavra “vida”. a) *zoé*, que significava o simples fato de viver, isto é, a mera existência biológica, comum a todos os seres vivos, tais como o homem, os animais e as plantas; e b) *bíos* que expressava o modo ou forma de viver da pessoa²⁸.

Aristóteles definia que “o homem é naturalmente um animal político”. O aludido filósofo grego se referia ao homem, em razão de uma qualidade, inexistente em outros seres vivos – a razão -, tem, também, uma existência política: é a razão torna possível ao homem passar de *zoé* a *politikòn zôon* (animal político), vale dizer, lhe possibilita uma vida política (*bíos políticos*), o homem é o único ser vivente que possui a razão, o sentido do bem e do mal, do injusto e do injusto.

Na idade moderna, a vida biológica e a saúde da população passam a ser o centro das estratégias políticas do Estado e, por isso, a política se transforma em “biopolítica”.

Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim com o mais imemorial dos *arcana imperii*²⁹.

28 Agamben, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 9.

29 Agamben, Giorgio. Ob. cit. p. 14.

A partir da definição de soberano de Carl Schmitt, que define soberano como “aquele que decide sobre o estado de exceção”³⁰, Giorgio Agamben demonstra a verdadeira face da biopolítica: como o soberano é aquele que tem o poder de decidir se a vida em sociedade está normal ou não, encontra-se numa posição especial, qual seja: está dentro e fora, ao mesmo tempo, do ordenamento jurídico (paradoxo do dentro-fora)³¹.

O ser humano ingressa na vida política através de uma inclusão-exclusiva: ingressa na *pólis* através de sua exclusão do mero existir biológico.

“A fórmula singular gerada em vista do viver, existente em vista do viver bem pode ser lida não somente como uma implicação da geração (ginoméne) no ser (oûsa), mas também como uma exclusão inclusiva (uma exceptio) da zoé na pólis, quase como se a política fosse o lugar em que o viver deve se transformar em viver bem, e aquilo que deve ser politizado fosse sempre a vida nua. A vida nua tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens”³².

Nesse contexto de inclusão excludente ou de exclusão inclusiva da vida biológica na vida política, percebe-se de forma clara que o homem tem direitos, mas sem efetividade, ou seja, só no papel, o Estado leva-o à vida nua, à mera existência biológica, à figura contraditória do *homo sacer*.

No Brasil, o direito de acesso a programas oficiais de orientação, auxílio e tratamento mostra-se inserido no mínimo existencial dos menores toxicômanos porque a ausência de sua concretização e efetividade levamos a reconhecer que os destinatários desses direitos estão na condição de mera vida nua, de mero objeto do direito. Em suma: esses infantes são submetidos à vida nua.

30 Agamben, Giorgio. *Homo Sacer II: Estado de Exceção*. 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 11.

31 Agamben, Giorgio. *Homo Sacer II: Estado de Exceção*. 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 11-49.

32 Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010, p. 15.

As crianças e os adolescentes toxicômanos estão em permanente estado de exceção, dentro e fora ao mesmo tempo da ordem jurídica, porque o sistema lhes assegura orientação, auxílio e tratamento, dá-lhes proteção, mas ainda assim seus direitos não são plenamente concretizados pelo próprio Estado.

Por isso, todos eles, dependentemente químicos, são pessoas reduzidas à mera existência biológica. São *homo sacer* entregues ao “abandono” em razão daquilo que Agamben conceitua como tanatopolítica: o poder que o soberano tem de decidir sobre quem tem o direito ou não de viver, ou seja, em decidir qual vida merece ser vivida. São pessoas insacrificáveis, porém matáveis.

Cabe ao Ministério Público buscar compelir, pela via judicial, o Poder Público a criar e manter em funcionamento programa eficiente de auxílio, orientação e tratamento para alcoólatras e toxicômanos, como forma de assegurar cumprimento a direitos definidos pela Constituição Federal e proporcionar, por consequência, a metamorfose das crianças e adolescentes dependentes químicos (*homo sacer*) em seres humanos com dignidade.

E nesse contexto, o Poder Judiciário poderá, portanto, determinar a implementação de programas de auxílio, orientação e tratamento de crianças e adolescentes alcoólatras e toxicômanos.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou discutir o controle judicial de políticas públicas envolvendo a proteção do menor toxicômano. O objetivo precípua foi de contribuir para a construção da proteção realmente integral da criança e do adolescente frente às omissões inconstitucionais do Poder Público. Nessa linha, chegamos a algumas conclusões, a seguir expostas objetivamente:

1 - A Constituição Federal de 1988, inspirando-se nos documentos internacionais de proteção à criança e adolescente, alçou o direito de acesso a programas oficiais de orientação, auxílio e tratamento à categoria de direito fundamental das crianças e adolescentes toxicômanos.

2 - A Constituição Federal impôs ao Estado o dever fundamental de proteção aos infantes toxicômanos, subtraindo do Administrador Público qualquer juízo de conveniência e oportunidade sobre a sua proteção, ou seja, não está na livre disposição dos Poderes Públicos decidir se implementa ou não programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes. Enfim, não há discricionariedade.

3 - A implementação de políticas públicas envolve o gasto de dinheiro público e os recursos são limitados, daí porque ser sustentado que o efetivo exercício dos direitos fundamentais depende de disponibilidade financeira do Estado, a chamada reserva do possível.

Entretanto, a reserva do possível não poderá ser, legitimamente, invocada quando se tratar de direitos fundamentais inseridos no conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana.

4 - O direito de acesso a programas oficiais de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente toxicômano insere-se no conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana porque sem a concretização desse direito as crianças e os adolescentes dependentes químicos são reduzidos à condição de meros *homo sacer*.

5 - A omissão do Estado aos deveres constitucionais de proteger a saúde dos menores toxicômanos submete-se ao controle judicial, sem que isto caracterize violação à separação e à independência dos Poderes, pois o Poder Judiciário não criará políticas públicas sanitárias, nem usurpará a iniciativa do Poder Executivo, apenas determinará o cumprimento de políticas públicas constitucionalmente definidas e especificadas de maneira clara e concreta na legislação infraconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, G.. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, G. *Homo Sacer II: Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

AGAMBEN, G. **Homo Sacer III: O que resta de Auschwitz**. São Paulo: Boitempo, 2010.

ARENDT, H. **A Condição Humana**. 11. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BARCELLOS, A.P.de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade na Pessoa Humana**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L.R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, L.R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, L.R. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

CAMARGO, M. N.(Organizador). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

CANOTILHO, J.J.G. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais ; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO FILHO, J. d S. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006

DALLARI, D.de A.. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, M.S.Z. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HESSE, k.. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Frabris Editor, 1991.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

MACHADO, C.A.A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007.

MARINONI, L. G. **Curso de Processo Civil**, volume 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MELLO, C. A.B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, C. A.B.de. **Discrecionalidade e Controle Judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MORAES, A.de. **Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, J. T. **Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

SARLET, I. W.. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, J.A.. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

A PESSOA IDOSA E O PROBLEMA DAS DROGAS: A VULNERABILIDADE DO IDOSO NO SEIO FAMILIAR

Berenice Andrade de Melo¹

Mariana Moura Rocha²

RESUMO:

Artigo que aborda a violência contra a pessoa idosa, inserindo-a em um contexto social que vulnerabiliza ainda mais este cidadão e analisando-a em conjunto com a problemática do consumo excessivo de drogas e as suas consequências no seio familiar.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra o idoso é uma realidade em nossa sociedade. A experiência de trabalho perante a 4ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Acidentado do Trabalho, Idoso, Pessoa com Deficiência e Direitos Humanos em Geral revela que o número de longevos em situação de risco, vítimas de maus tratos, na capital sergipana, é crescente, e aumenta conforme são difundidos os direitos desta camada da população por toda a comunidade, que passa a buscar as autoridades no sentido de que sejam tomadas as providências cabíveis.

O consumo excessivo de drogas lícitas ou ilícitas, e em especial o aumento vertiginoso do número de usuários de crack em nosso estado nos últimos anos, por sua vez, tem efeitos desastrosos sobre a integridade e o bem estar da

1 Promotora de Justiça titular da 4ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Acidentado do Trabalho, Idoso, Pessoa com Deficiência e Direitos Humanos em Geral. Diretora do Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos Humanos

2 Bacharela em direito e Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe

população idosa no seio da sua própria família. A vulnerabilidade inerente a esse estágio da vida e a inexistência de um aparelho eficiente de combate à drogadicção contribuem sobremaneira para a potencialização de tais efeitos.

O objetivo deste trabalho é trazer à tona a referida problemática, suscitando a discussão a respeito do tema e tornando explícita mais esta grave consequência do fenômeno das drogas, que atinge não só o Estado de Sergipe, mas todo o país, e requer medidas urgentes por parte do poder público, bem como a mobilização da sociedade como um todo.

Trataremos inicialmente da questão do crescimento da população idosa e de como a mesma vem sendo absorvida pelo direito, a fim de garantir-lhe efetivamente os seus direitos internacionalmente reconhecidos. Em seguida, abordaremos a violência em si, pormenorizando as formas pelas quais ela se materializa. Por fim, traçaremos considerações acerca do uso de drogas no seio familiar em que se insere a pessoa idosa.

2. O CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO IDOSA E A CONSOLIDAÇÃO DOS SEUS DIREITOS

É cediço que a população idosa vem crescendo rapidamente. Com o avanço da medicina, a melhoria no sistema de saneamento e o controle de natalidade, o número de idosos em todo o mundo vem aumentando significativamente, com o prognóstico de inversão da pirâmide etária.

Tal assertiva é um fenômeno que preocupa todas as sociedades, uma vez que torna imperativa a garantia de serviços voltados ao atendimento das necessidades peculiares desse segmento, a fim de assegurar os direitos inerentes à sua condição de pessoa. O contingente de indivíduos nessa faixa etária deixa de ser um simples fator biológico e passa a ser considerado uma questão social relevante, diante da necessidade de amparo aos idosos pelas precárias condições sociais que lhes são oferecidas.

A preocupação com a defesa e a garantia dos direitos humanos vem, concomitantemente, se intensificando. Os Organismos Internacionais avocaram esta defesa e continuamente procuram difundir e obrigar, com observância do princípio da soberania dos países, o respeito às “minorias”

existentes, em especial nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Entre estas “minorias” encontra-se o idoso.

As famílias, com o sistema capitalista implantado, não mais conseguiam suprir as demandas de seus velhos, tornando-se imprescindível a participação direta do Estado para lhes garantir a cidadania. Os Movimentos Sociais e os já mencionados Organismos Internacionais intervieram, surgindo, pois, diplomas de caráter supranacional que foram ratificados por países que aderiram à questão, entre eles o Brasil e, aos poucos, busca-se alterar o preconceito enraizado na sociedade, atribuindo-se ao processo de envelhecimento um novo significado, oposto ao desvalor impingido à pessoa idosa por não mais fazer parte da cadeia produtiva.

Até a promulgação da Constituição Federal no Brasil em 1988 não existia no país uma política direcionada ao idoso, e as ações visavam ao assistencialismo. Foi apenas a partir deste marco que as normas passaram a atribuir ao Estado, à família e à sociedade o dever de amparar e assistir os idosos.

Surgem, nesse ínterim, normas infraconstitucionais, norteadas pelos princípios e fundamentos que abraçam os direitos humanos conquistados por cidadãos nos países ocidentais, e tem início a conquista paulatina da cidadania do longo brasileiro, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

Vislumbra-se, portanto, um avanço nesse sentido. Entretanto, para se alcançar a plena garantia e efetividade de todos os direitos inerentes ao homem em todas as suas fases da vida, necessário se faz que políticas sociais básicas sejam garantidas, visando um envelhecer mais igualitário e a aniquilação do preconceito e desvalor vinculados aos velhos, a fim de que os mesmos sejam protagonistas de suas próprias histórias, com a co-participação de toda a sociedade.

No contato diário com a realidade da população, são percebidos inúmeros desafios para a implementação de políticas públicas que garantam, de forma efetiva, os direitos fundamentais e o exercício da cidadania a estes indivíduos. No que concerne especificamente ao combate às drogas, temos a inexistência de um aparato eficiente de atendimento ao usuário, para suprimir o vício, e à sua família, a fim de prestar-lhe a assistência psicossocial necessária para o enfrentamento da situação, que poderia

ter sido evitada, fosse a atuação do Estado eficaz no sentido de coibir as mazelas sociais que levam ao consumo desenfreado dessas substâncias.

A velhice faz parte do ciclo da vida do homem cidadão, e não resta dúvida de que o idoso é titular de todos os direitos universal e nacionalmente declarados. O reconhecimento efetivo destes direitos, no entanto, depende da concretização dos mesmos na realidade prática, a qual não corresponde aos ideal preconizado pelos diplomas legais internacionais e pela Constituição Federal brasileira de 1988.

3. O PROCESSO DE ENVELHECIMENTO E A DISPARIDADE NAS CLASSES SOCIAIS URBANAS

A partir da metade do século XX, o processo de industrialização provocou um acentuado êxodo rural e o conseqüente crescimento acelerado da população urbana, provocando alterações na estratificação da sociedade, nos critérios de participação do mercado de trabalho, além da modificação dos padrões e valores culturais, acentuando-se cada vez mais a vulnerabilidade e a segregação da pessoa idosa.

Segundo Netto (apud Schons e Palma, 2000, p. 153), o valor do indivíduo passou a ser mensurado a partir dos critérios do capitalismo:

“[...] Quem produz é prestigiado, quem não produz é marginalizado. Não há espaço social para esses velhos numa sociedade que ergue contra eles inúmeras barreiras sociais e desenvolve atitudes de preconceito e discriminação. Na sociedade urbana, o trabalho é diferenciado pelas classes sociais.”

Ao mesmo tempo, Rodrigues (apud Schons e Palma, 2000, p. 156) aponta características da questão social do idoso brasileiro, das quais cito: diferença acentuada nas classes sociais urbanas – elite, classe média e operária, predominância na população urbana, em sua maioria economicamente miserável, marginalização social, cultural e econômica e solidão.

No aguardo de respostas pelo estado brasileiro que minorem a problemática social que envolve o idoso, identifica-se que há um acúmulo de questões sociais que não foram solucionados nas fases anteriores da vida dessa população, sendo necessário que a política para a velhice integre um quadro mais amplo de políticas sociais.

O processo de envelhecimento, por ser um fenômeno complexo e influenciado por vários fatores, não acontece de forma igual para todos. No entanto, diante do exposto, há que se concluir que muitos dos problemas que atingem a população idosa como um todo serão solucionados à medida que os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos forem sendo efetivados em todos os períodos do seu desenvolvimento.

A questão do consumo de drogas e os seus efeitos devastadores no seio familiar, quando acrescido ao quadro já apresentado, torna indubitável que a pessoa idosa, em especial a integrante das classes sociais menos favorecidas, sofre cumulativamente as consequências da inexistência de políticas sociais eficazes a atender a população da infância até as idades mais avançadas.

Em consequência, o idoso acaba sendo tolhido da sua participação ativa na sociedade. Nos tempos atuais, esses cidadãos tem demonstrado o seu anseio em viver de maneira saudável, de contribuir para o desenvolvimento de sua comunidade, nas esferas política, econômica e cultural. e de não mais figurar como meros “objetos” de políticas públicas (apud Minayo. 2004, p. 10). O Estado, com seu aparato insuficiente e suas políticas precárias, falha em garantir à pessoa idosa o exercício pleno de sua cidadania, relegando a mesma ao papel de vítima das mazelas sociais.

4. A VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO NO SEIO FAMILIAR

Segundo a Rede Internacional para a Prevenção dos Maus tratos contra o Idoso, “o maltrato ao idoso é um ato (único ou repetido) ou omissão que lhe cause dano ou aflição e que se produz em qualquer relação na qual exista expectativa de confiança” (apud Minayo. 2004. p.11).

Estabeleceram-se ainda, internacionalmente, algumas categorias para designar as diversas formas pelas quais a violência contra a pessoa idosa se corporifica (apud Minayo. 2004. p. 13). São elas:

Abuso físico, maus tratos físicos ou violência física – denotam o uso da força física para compelir o idoso a fazer o que não deseja, para feri-lo, provocar-lhe dor, incapacidade ou morte.

Abuso psicológico, violência psicológica ou maus tratos psicológicos – configura agressão verbal ou gestual com o objetivo de aterrorizar o idoso, humilhá-lo, restringir sua liberdade ou isolá-lo do convívio social.

Abuso sexual ou violência sexual – refere-se ao ato ou jogo sexual de caráter homo ou hetero-relacional, utilizando pessoa idosa, visando obter excitação, relação sexual ou práticas eróticas por meio de aliciamento, violência física ou ameaças.

Abandono – manifesta-se pela ausência ou deserção dos responsáveis governamentais, institucionais ou familiares de prestarem socorro a pessoa idosa que necessite de proteção.

Negligência – configura recusa ou omissão de cuidados devidos e necessários ao idoso, por parte dos responsáveis, familiares ou institucionais.

Abuso financeiro e econômico – denota a exploração imprópria ou ilegal de idoso ou ao uso não consentido por ele de seus recursos financeiros e patrimoniais.

Auto-negligência – refere-se à conduta da pessoa idosa que ameaça a sua própria saúde ou segurança, pela recusa de prover os cuidados necessários a si mesma.

Considerando apenas as definições acima apresentadas e a experiência de trabalho na 4ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Acidentado do Trabalho, Idoso, Pessoa com Deficiência e Direitos Humanos em Geral, não seria demais afirmar que em grande parte dos casos em que a violência sofrida pela pessoa idosa chega ao conhecimento das autoridades, constata-se a sua ocorrência dentro de sua própria casa.

Embasando este entendimento, Minayo afirma que a violência familiar contra idosos é um problema nacional e internacional. Em seu trabalho, aponta pesquisas feitas em várias partes do mundo, as quais revelam que cerca de 2/3 (dois terços) dos agressores são filhos e cônjuges da pessoa idosa. Relata ainda como particularmente relevantes os abusos e negligências

que se perpetuam por choque de gerações, por problemas de espaço físico e por dificuldades financeiras, os quais se somam a um imaginário social que considera a velhice como “decadência” (apud Minayo. 2004. p. 32).

O preconceito e a ideia de que o idoso é um “peso social”, aliados ao fato de que, muito frequentemente, o ancião é o detentor da fonte de renda que sustenta toda a estrutura familiar, acabam por gerar situações de conflito em que o mesmo figura como hipossuficiente.

A situação torna-se ainda mais grave quando um ou mais familiares é usuário de drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas. Isso porque, além da desestruturação afetiva decorrente do vício, que por si só gera um ambiente inadequado às necessidades da pessoa idosa, ocasionando abandono e negligência para com os seus cuidados, o seu patrimônio, por vezes ameaçado durante toda a vida, torna-se a fonte de manutenção do consumo frequente da substância, gerando conflitos, os quais muitas vezes desembocam em violência física e psicológica.

5. O PERFIL DO AGRESSOR E O CONSUMO DE DROGAS

Minayo, utilizando-se de diversos estudos nacionais e internacionais, traça um perfil dos abusadores familiares, os quais costumam ser, em primeiro lugar, os filhos homens mais que as filhas; em segundo lugar, as noras e os genros e, em terceiro, o cônjuge.

Relata ainda a referida autora uma série de sinais de vulnerabilidade e risco, que vão desde o fato de o agressor viver na mesma casa que a vítima e depender financeiramente de seus pais até vínculos afetivos frouxos e histórico de violência familiar. Dentre esses sinais também foi relacionado o abuso de álcool e drogas pelos filhos do idoso ou por outros adultos da casa (apud Minayo. 2004. p. 34).

Em suas palavras:

“Dentre todos os fatores de vulnerabilidade dos idosos à violência familiar, a grande maioria dos estudiosos ressalta a forte associação entre maus tratos e dependência química. Segundo Anetzberger, 50% dos

abusadores entrevistados por seu grupo tinham problemas com bebidas alcoólicas. Esses autores e Chavez assinalam que os agressores físicos e emocionais dos idosos usam álcool e drogas numa proporção três vezes mais elevada que os não-abusadores” (apud Minayo. 2004. p. 35).

Diante disso, resta claro que os abusos praticados contra a pessoa idosa tem origem em problemas sociais complexos. A pobreza e a marginalização de grande parcela da sociedade, bem como a inexistência de suporte psicossocial suficiente para amparar os cidadãos compõem o cenário que termina por vitimizar os mais fracos e vulneráveis, neste caso, a pessoa idosa.

Da mesma maneira, o consumo abusivo de entorpecentes surge na sociedade como consequência de políticas públicas ineficientes, que falham tanto na prevenção quanto no combate às drogas, atingindo todas as classes sociais. Assim sendo, não há como proteger de forma eficiente a pessoa idosa das suas graves consequências sem que se busquem soluções eficazes para o problema, atingindo sua raiz. Se faz necessária, portanto, uma atuação multidisciplinar e coesa do Estado, em parceria com a comunidade, a fim de que sejam obtidos resultados satisfatórios e duradouros no que concerne à qualidade de vida do idoso, garantindo-lhe na prática os direitos dos quais é titular indiscutível.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Viviane; MEDEIROS, Fabiana Durante de. *O idoso na sociedade brasileira*. Palhoça: Unisul Virtual, 2007.

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

MINAYO, M. C. de Souza. *Violência contra idosos: o avesso de respeito à experiência e à sabedoria*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

SCHONS, Carme Regina; PALMA, Lucia Terezinha Saccomori (orgs.). *Conversando com Nara Costa Rodrigues sobre gerontologia social*. Passo Fundo: UPF Editora, 2000.

A DROGADIÇÃO NA ATUALIDADE – A PRESENÇA DO CRACK NA SOCIEDADE E SUAS REPERCUSSÕES

Deijaniro Jonas Filho¹

SUMÁRIO:

1 Breves Considerações Históricas. 2. Considerações Gerais - 2.1. Origem Etimológica e Conceito; 2.2 Classificação; 2.3. Usuários de Drogas; 2.4 Dependência e Tolerância; 2.5 Drogas e Seus Efeitos. 3 A Presença do Crack no Brasil e em Sergipe. 4 Considerações Finais. 5. Referências.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Seja com o propósito de se alimentar, seja buscando a cura de doenças, seja a procura da paz, da inspiração, da transcendência, seja objetivando a euforia ou até mesmo para entender sua existência, independentemente de sua origem, o ser humano ao longo da história criou a tradição do consumo de drogas.

Com o foco na transcendência, na medicina ou sob outra ótica - como moeda de troca, por exemplo - historicamente, drogas de origem natural, especificamente as plantas da cannabis, da coca e a papoula do ópio tiveram

1 Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe. Representante do Ministério Público de Sergipe no Conselho Estadual de Políticas Sobre Drogas (CONEN) – 2005/2010; Laureado com a Medalha do Mérito pela Valorização da Vida, conferida pela Presidência da República através da Secretária Nacional de Políticas Sobre Drogas (SENAD) e com a Medalha do Mérito pela Valorização da Vida do Governo do Estado de Sergipe, Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania, Conselho Estadual de Políticas Sobre Drogas (CONEN).

forte influência nos povos, quando migraram de sua origem geográfica para diversas partes do mundo, influenciando suas culturas.

A primeira teve sua origem na Ásia Central e até hoje se desenvolve de forma selvagem, mostrando-se objeto de universal difusão. Foram-lhe reconhecidas propriedades psicoativas, sendo utilizada como sedativo, bebida, alimento e incenso.

Era considerada a “erva da mediação com os deuses”², associada à meditação em meio às religiões, havendo a citação de seu consumo entre os brâmanes, budistas e islamitas. Sua chegada à África se deu pelo Egito, no século XII, onde a cannabis tinha uso recreativo, independentemente da classe social, estendendo-se por todo continente através dos comerciantes. Aponta-se o tráfico de escravos pelos Portugueses, especialmente os vindos de Angola, somada a iniciativa inglesa, da mesma espécie na Jamaica como as iniciativas responsáveis pela sua difusão nas Américas.

Em relação ao arbusto de coca, de onde são extraídas as folhas, a produção se concentra nos países andinos, especialmente, Peru e Bolívia, havendo registro de sua utilização há cerca de 5.000 mil anos pelas populações da região, cujo hábito era a mastigação durante as atividades sociais, laborativas ou rituais religiosos, objetivando aliviar os sacrifícios impostos ao corpo, bem como os efeitos da altitude.

Com a colonização espanhola e a escravização de parte da população, quando eram impingidas penosas jornadas de trabalho, especialmente, na exploração de minas, a tradição do plantio, do cultivo e da mastigação se manteve, apesar da oposição da igreja.

A cocaína é um alcaloide, o qual foi identificado por Niemen nos idos de 1.860, o qual é extraído das folhas da coca, nominado cientificamente *Erythroxilon coca*, sendo, inicialmente, dedicada atenção pelas propriedades anestésicas e pela ação psíquica, o que não acontece na atualidade, já que seu uso é reduzidíssimo para esse fim.

Seu uso recreativo atualmente é muito difundido e massificado através da inalação, mediante o emprego de derivados como a pasta-base e o crack, com consequências nefastas aos usuários e à sociedade.

2 História Internacional da Droga, por A. G. LOURENÇO MARTINS.

Por fim, quanto ao ópio, inobstante os amplos relatos de sua proveniência oriental, seu registro histórico mais antigo, data de 4.200 anos antes de Cristo, nas imediações de Granada, Espanha.

Conhecida no oriente médio como a planta da alegria, à mesma são atribuídas propriedades medicinais, como calmante e sonífero (Hipócrates e Aristóteles), além de atributos religiosos e mágicos. Sua difusão para a Ásia e a Índia teria sido propiciada pelos gregos. É citada durante o Renascimento na Europa pelas suas propriedades farmacêuticas, no entanto, antes desse período, teve seu uso enquadrado na fitoterapia e na feitiçaria. Também está ligada à saga portuguesa dos descobrimentos, quando são identificadas novas rotas comerciais, especialmente, com a Índia, principal produtor mundial da droga à época, sendo depois esse comércio dominado mundialmente pelos ingleses, a quem coube a colonização e exploração daquele território, inclusive o domínio sobre a produção e exportação do ópio para diversos países.

Por conta do déficit comercial entre Inglaterra e China, decorrente da importação e exportação, para o equilíbrio de sua balança comercial, a Inglaterra incrementou a venda de ópio à China (século XVIII), tendo os chineses proibido o seu consumo. Essa proibição gerou o impasse denominado “guerra do ópio”, sendo relevante destacar que no início do século XX, a China tinha entre 15 a 40 milhões de opiômanos, quando sua população à época era de 430 milhões de habitantes. Em 1906 a China proíbe a plantação e o consumo dessa droga por um período de 10 anos.

Gize-se que esse episódio foi um dos principais responsáveis pelo surgimento do Direito Nacional e Internacional sobre as Drogas, bem como o mesmo teve influência na saúde pública mundial, podendo-se cotejar aquela situação com o que atualmente ocorre no Brasil quanto à presença do crack.³

Assim, as plantas cannabis, coca e o ópio tiveram fundamental importância na formação, desenvolvimento, mudanças e transformações da sociedade.

3 Interessante perceber que a presença do ópio na China, promovida pela Inglaterra e proveniente de sua colônia, a Índia, gerou, internamente, no primeiro país uma discussão em torno da citada droga, quando o governo refletia quanto à possibilidade de proibir ou liberar em definitivo a mesma, decidindo pela sua proibição, isso nos idos de 1839.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE DROGAS

2.1. Origem etimológica e conceito

Como a maioria dos medicamentos eram obtidos à base de vegetais, a expressão droga tem origem na palavra “droog”, advinda do holandês arcaico e seu significado é folha seca. Na Grécia antiga a droga era denominada “pharmacon”, com duplo significado, tanto poderia ser remédio como poderia referir-se ao próprio medicamento, destacando-se que na história da humanidade a droga tem fundamental participação.⁴

Temos por droga qualquer substância, seja ela de origem natural ou produzida sinteticamente, a qual introduzida no organismo, produz alterações em suas funções. São exemplos de drogas obtidas naturalmente: tetrahydrocannabinol ou THC, oriunda da planta cannabis, nicotina, obtida através da planta do tabaco, cafeína, extraída do café e ópio, oriunda da papoula, enquanto que as drogas sintéticas são produzidas em laboratório, através de meios químicos, observando-se que os seus principais componentes não são encontrados na natureza, e, em sua maioria apresenta efeitos psicotrópicos, como: alucinógenos, estimulantes ou depressores, as quais afetam o sistema nervoso central.

2.2. Classificação

As drogas, em relação ao seu status são classificadas em lícitas ou ilícitas. As primeiras são as produzidas e comercializadas livremente, sem que ocorra qualquer obstáculo de natureza legal, citando-se como exemplos o álcool e o tabaco. Além desses dois, podem ser citados os anorexígenos (moderadores de apetite), benzodiazepínicos (remédios utilizados para reduzir a ansiedade), entre muitos outros. As segundas são proibidas pela legislação em vigor, mencionando-se os seguintes exemplos: cocaína, maconha, heroína, etc.

4 www.obidsenad.gov.br/portais/mundojovem/conteudo/index.php?id_conteudo=11221&rastror=O+que+é+a+Droga

Em relação às drogas lícitas, apesar dessa característica, as mesmas trazem sérias ameaças à sociedade, vez que são prejudiciais à saúde e causam dependência aos seus usuários. Ressalte-se que a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que 0,8% dos problemas de saúde do mundo são atribuídos às drogas ilícitas. Quando a análise é direcionada as drogas lícitas esse percentual se eleva para mais de 8%.

Portanto, muitos questionam a aceitação das drogas lícitas na sociedade, bem como os critérios de legalidade de uma determinada droga, eis que em muitas situações são levados em consideração fatores históricos e culturais e não a gravidade de seus efeitos. Outros aspectos levados em consideração são interesses econômicos e políticos.⁵

É importante ressaltar que algumas drogas, tidas como lícitas, sofrem controle das nações, pelo seu potencial nocivo, como algumas que têm indicações medicamentosas, ou ainda, o álcool que não pode ser vendido a pessoas menores de 18 anos em alguns países.^{6 7}

2.3. Usuários de Drogas

Crítérios científicos são adotados para desfazer a inadequada utilização de termos como viciado, drogado, dentre outros.

A UNESCO distingue quatro tipos de usuários de drogas, a saber: experimentador, ocasional, habitual ou funcional e usuário dependente ou disfuncional. O primeiro limita-se a experimentar um ou vários tipos de drogas, geralmente, por curiosidade, sem que seu uso tenha continuidade. O segundo utiliza uma ou várias substâncias quando disponível ou diante de um ambiente que lhe favoreça, sem que ocorram quebras nas relações profissionais, sociais ou afetivas do indivíduo. O terceiro faz uso frequente de uma ou mais substâncias, mesmo que esse uso seja controlado, todavia, já se verificam rupturas nas relações sociais, profissionais ou afetivas. O último, também denominado toxicômano, drogado ou

5 http://www.mundoeducacao.com.br/drogas/drogas-licitas-ilicitas.htm?fb_xd_fragment

6 http://apps.einstein.br/alcooledrogas/novosite/drogas_classificacao.htm

7 Ver Portaria ANVISA nº 344, de 12 de maio de 1.998

dependente químico, vive descontrolado e desordenado para a droga e pela droga, com rompimentos em seus vínculos sociais e afetivos, podendo haver isolamento e marginalização.⁸

Assim, a utilização de drogas não leva automaticamente à dependência, cabendo sempre avaliar a hipótese de cada organismo, de indivíduo a indivíduo. Etapas como o abuso, a perda do controle sobre o uso, os fatores de risco, os contextos individual, familiar e social, têm influência direta na questão da drogadição. Dessa forma, o entendimento e a compreensão de todas essas circunstâncias são fundamentais para a ajuda do drogadito e de seus familiares.

2.4. Dependência e Tolerância

A dependência decorre da necessidade que um indivíduo apresenta em obter respostas, com a utilização de meios artificiais e de forma continuada, como o uso de produtos químicos para se alcançar uma solução fictícia de determinada situação. Nesses casos, verifica-se que a pessoa se acostumou com o recurso que contém a solução pretendida, e, sem o qual é tomada por sensações negativas, inquietantes, ansiosas, nervosas, impulsivas, a ponto de adotar quaisquer medidas com o propósito de uma nova obtenção da “solução mágica”. O drogadito ou dependente de drogas deve ter ajuda e tratamento em face do abuso. Portanto, deve ser tido como doente. Após essa fase, deve-se dar início a sua reinserção social.

A dependência pode ser considerada física quando o organismo se acostuma à presença do produto, no entanto, sua ausência acarreta, dentre outros sintomas a crise de abstinência, a exemplo do *delirium tremens*, no alcoolismo, e psíquica, quando o indivíduo acostuma-se a viver sob os efeitos de um produto que lhe causa reação psicoativa, refletindo em conduta impulsiva, de difícil controle, cujo objetivo é não vivenciar o sacrifício da falta do produto, levando a pessoa ao apego e ao bem-estar.

A Organização Mundial de Saúde desconsidera os dois tipos em face da complexidade, adotando apenas o termo dependência, todavia, leva

8 <http://pt.scribd.com/doc/74402648/36/As-drogas-mais-usadas-no-Brasil>

em consideração a presença ou não da síndrome de abstinência.

É adequado expor que do consumo de um produto tido como psicoativo pode advir a dependência em face do modo de uso, do contexto social e da personalidade do agente, levando-o à escalada do uso, ou seja, de uma droga mais leve para uma mais forte.

Ao contrário da dependência temos a tolerância, a qual consiste na adaptação biológica de um organismo aos efeitos de uma substância psicoativa, ou seja, o organismo pouco responde aos efeitos do produto, sendo necessário, pois, o aumento da dosagem do mesmo, para se obter os efeitos desejados, podendo o aumento da quantidade provocar uma dosagem excessiva denominada *overdose*, a qual pode ter como consequência uma parada cardíaca ou respiratória, levando a pessoa a morte.

2.5. Drogas e seus efeitos

A introdução de substâncias psicoativas no organismo pode dar-se de diversas maneiras, como a inalação ou aspiração. Ainda o organismo pode receber as drogas quando as mesmas são comidas, bebidas, fumadas ou injetadas. O consumo de determinados produtos, como o crack, podem trazer efeitos quase imediatos.

Quando se adota uma das condutas acima descritas, os efeitos das substâncias psicoativas podem ser a depressão, quando o usuário sente-se calmo ou relaxado, com sensação de sonolência, uma vez que as mesmas causam a diminuição, o retardo ou a redução do funcionamento mental. Assim, quando uma pessoa se encontra nesse estágio diz-se que está “grogue”, “chapada” ou até mesmo “dopada”, em face do efeito depressor.

Quando o usuário se sente agitado, alerta, atento, animado, capaz e disposto a quase todos os desafios, verifica-se que o agente está sob efeito de estimulantes, uma vez que a substância acelera ou estimula o funcionamento mental, ficando, pois, “ligado”.

Por outro lado, quando o consumidor tem a percepção deformada, bizarra ou colorida das coisas, com pensamentos e recordações sem nexo, descontextualizados da realidade, estamos diante de um efeito distorcido ou perturbador no sistema nervoso central, quando o agente “viaja”.

Destarte, três são as categorias distintas dos efeitos das drogas: as depressoras, as estimulantes ou as perturbadoras, observando-se que todas alteram o funcionamento do sistema nervoso central, trazendo resultados como seu retardamento, sua aceleração ou seu desgoverno, influenciando a coordenação motora, mental e emocional, tudo dependendo da quantidade e da qualidade da substância utilizada, da pessoa que empreendeu o uso e do contexto da utilização.⁹

Pode-se dizer que o álcool, o tabaco, enquanto drogas lícitas e a maco-nha, a cocaína e o crack, enquanto drogas ilícitas são as mais conhecidas em nossa sociedade.

3. A PRESENÇA DO CRACK NO BRASIL E EM SERGIPE

No final da década de setenta, início da década de oitenta, do século passado, nas Bahamas, foi criada uma droga cujo propósito inicial seria atender a demanda da comunidade menos abastada. De imediato a droga seguiu para os Estados Unidos da América, onde atendia a necessidade dos bairros pobres de Nova York. Em seguida atravessou dezenas de fronteiras. Assim, a mistura da cocaína com bicarbonato de sódio ou amônia, deu origem ao crack, cujo nome tem sua origem do som provocado pelos estalos produzidos durante o seu consumo.

Em fins da década de oitenta do mesmo século, o crack chegou ao Brasil. Inicialmente foi detectada sua presença no Estado de São Paulo e o que muitos previam e advertiam, a droga se espalhou por todo o país.

O primeiro registro oficial dessa droga no Estado de Sergipe ocorreu em 11 de janeiro de 2.003, quando a força pública estadual procedeu a prisão em flagrante delito no município de Lagarto, de uma pessoa do sexo feminino portando dois tabletes e cinquenta e nove bolotas de crack, a qual tinha como destino sua distribuição em uma das unidades do sistema prisional sergipano.

9 <http://pt.scribd.com/doc/74402648/36/As-drogas-mais-usadas-no-Brasil>

Desse marco aos dias de hoje a intensificação do uso do crack trouxe modificações e consequências marcantes em nosso meio, ao indivíduo, à família, a sociedade e ao Estado.

Passados menos de dez anos do primeiro registro da presença do crack em Sergipe, os números são alarmantes. Em pesquisa recente, foram feitos levantamentos em quarenta e nove dos setenta e cinco municípios sergipanos e se identificou a presença dessa droga em quarenta e quatro unidades, o que demonstra que não somente os maiores municípios do Estado sofrem com a epidemia do crack, mas, também lugares tidos como bucólicos, quiçá até imunes a presença de drogas.¹⁰ A média nacional foi 91%(noventa e um por cento) da incidência do crack nos municípios pesquisados, ou seja, em nove de cada dez municípios se detectou a presença dessa droga.

O crack é produzido sob a forma sólida e fracionado em pequenas pedras, para ser fumado em apetrechos improvisados similares a cachimbos. É muitas vezes mais forte que a cocaína, um dos ingredientes utilizados em sua fabricação e pode causar dependência desde o início de seu consumo.

Por ser fumada, essa droga destrói estruturas do pulmão, podendo levar a doenças como a bronquite, a pneumonia e a tuberculose, e, por conseguinte, se tem a diminuição da capacidade respiratória. Provoca ainda alterações no sistema neurológico, com oscilações de humor, perdas cognitivas e doenças psiquiátricas. O coração fica mais ativo e vulnerável, sendo presente o risco de infarto. Não se tem registro da morte de uma pessoa pelo uso direto do crack, mas pela falência de órgãos em decorrência do seu consumo.

O poder viciante do crack é imediato e o uso da droga causa compulsão, impacto no cérebro, espasmos musculares além de fissura. Sua ausência pode provocar estado insuportável de depressão o que provoca o consumo sequencial de várias pedras, sendo esse o círculo do vício. O dependente perde peso, é capaz de passar dias sem tomar banho, e, muitas vezes acaba vivendo na rua. Para conseguir a droga o dependente pode subtrair objetos da própria família e entrar no mundo do crime e da prostituição.

São razões da dependência as crises de valores e referências éticas e morais, as vulnerabilidades sociais como o desemprego, a violência, a pobreza, a desorganização familiar, o baixo poder aquisitivo e o relativo baixo preço da droga.

Quando nos reportamos ao baixo preço das drogas, partimos do princípio que o preço de uma pedra de crack é acessível, posto que seu custo é R\$ 10,00 (dez reais). Em nosso Estado tem a denominação popular de “Zidane”, numa referência ao homônimo atleta da seleção francesa de futebol, o qual além de craque usava a camisa 10. Essa acessibilidade de preço deve ser analisada de forma relativa, uma vez que, em face do alto poder viciante, o dependente do crack não se satisfará apenas com o uso de uma única pedra, e, dada a necessidade da repetição do consumo, seu uso tende a se repetir por diversas vezes em um único dia, elevando consideravelmente o valor para a manutenção da dependência, ou seja, se uma pessoa oriunda das camadas menos favorecidas financeiramente necessitar de dez pedra de crack em um dia, essa terá que desembolsar cerca de três mil reais em um mês para manter o vício. Essa é uma das causas do flagelo.

Uma questão controversa nos dias de hoje é a conceituação ou o enquadramento do indivíduo que trafica drogas e seu enquadramento na norma insculpida no artigo 33, da Lei 11.343/2006.

Na prática verifica-se que muitas pessoas, por serem dependentes, por estarem desempregadas ou por temor, encontram-se no sistema prisional.

Na primeira hipótese, os drogaditos, com o propósito de manter o vício, se submetem ao tráfico, mediante o recebimento de determinada quantidade de droga, quando empreendem condutas que dão ensejo ao seu enquadramento no dispositivo legal contido no artigo 33, da Lei 11.343/06. São os denominados “traficantes de sobrevivência” ou “escravos do tráfico”, o que hoje vem dando ensejo a discussões de natureza juridico-doutrinário quanto ao enquadramento de suas ações.

Outro aspecto desta análise diz respeito às pessoas desempregadas que em busca de lucro rápido ou de uma renda imediata, enveredam pelo mundo do tráfico de drogas. Não é incomum se proceder a análise de processos em que o réu é primário, tem bons antecedentes mas se

encaminhou para esse meio em face da ausência de oportunidades no mercado de trabalho.

Ainda nessa mesma linha de raciocínio temos a presença de pessoas do sexo feminino como protagonistas do tráfico, em que muitas das vezes são presas, por terem sido obrigadas por seus companheiros mediante coação a assumirem a posse de determinada quantidade de droga.

Nesses três casos o legislador não diferenciou as condutas desses segmentos das do traficante habitual.

Para se ter uma ideia do que representa o tráfico de crack, vejamos os seguintes números: Um quilo de crack pode ser fracionado em cerca de quatro mil pedras, uma vez que o peso médio de uma pedra de crack é duzentos e quarenta miligramas. Considerando, pois, que uma pedra de crack é vendida a dez reais, o valor de um quilo da droga pode alcançar quarenta mil reais.

Portanto, estamos diante de um mercado atrativo financeiramente, perigoso para o traficante e o consumidor, com consequências nefastas, onde não há a diferenciação, sob o aspecto legal, daqueles que ali atuam como traficantes, devendo essa questão ser enfrentada diretamente pela sociedade, pelos operadores do direito e na reforma legislativa penal que se avizinha.

No que concerne ao número de usuários do crack em Sergipe, passados quase dez anos de sua detecção oficial, este não foi identificado, nem por aproximação. Igualmente, não se sabe qual a demanda mensal desse tipo de droga para abastecer o mercado consumidor, no entanto, percebeu-se que a epidemia avassaladora decorrente da presença do crack revelou que a estrutura do Estado não estava preparada para recepcionar a imensa quantidade de doentes.

Assim, os CAPS-AD - Centros de Atenção Psicossocial – Álcool e Drogas são insuficientes para proceder o atendimento detectado. A quantidade de leitos em hospitais públicos não bastaram para o amparo daqueles que se encontravam com crises de abstinência e outros males decorrentes da drogadição. Por outro lado, as comunidades terapêuticas não tinham vagas suficientes para o acolhimento daqueles que precisavam de tratamento, tudo isso se considerarmos os necessitados diretamente.

Outra estrutura bastante afetada pela presença do crack no Estado de Sergipe foi a segurança pública, onde ocorreu um aumento substancial de prisões de pessoas envolvidas com o tráfico de drogas. Uma quantidade expressiva de inquéritos policiais foi instaurada, concluída e endereçada ao Sistema de Justiça, que também foi afetado. Segundo dados do DESIPE – Departamento do Sistema Penitenciário, da Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania, do Governo do Estado de Sergipe, 55% (cinquenta e cinco por cento) das pessoas do sexo feminino e 27% (vinte e sete por cento) das pessoas do sexo masculino que se encontram custodiadas nas unidades prisionais e carceragens de delegacias de polícia civil, tiveram suas liberdades individuais cerceadas, seja cautelarmente, seja em razão de sentença condenatória transitada em julgado, por força do envolvimento direto com as drogas, especialmente, pelo envolvimento com o crack.

Caso esta análise parta da influência indireta das drogas no aumento da criminalidade e no aumento de pessoas custodiadas no sistema prisional, como na hipótese do cometimento de um homicídio em razão do débito decorrente da aquisição de drogas ou na prática de crimes contra o patrimônio para a aquisição ou para o pagamento de débitos com drogas, verificaremos que os números terão um crescimento vertiginoso.

Portanto, estamos vivenciando uma era profundamente negativa em face da presença das drogas, em especial do crack, em nosso meio, com repercussão nos âmbitos individual, familiar e social, cujos reflexos se externam com relatos impressionantes, reiterados e contínuos quanto ao tráfico de drogas, confrontos entre grupos que efetuam tais práticas ou desses grupos com as forças do Estado, o surgimento de áreas ocupadas por dependentes e traficantes, denominadas cracolândias e outros, além do reflexo direto nos aparatos de justiça, de saúde, de educação, segurança pública, enfim, ocorreu uma modificação significativa na forma de agir e de pensar da sociedade, de seus representantes, da comunidade científica, das autoridades em face dessa nova realidade.

Estas alterações provocaram a necessidade da adoção de políticas públicas efetivas no sentido do enfrentamento da problemática.

O Governo Federal, através da Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas - SENAD, órgão vinculado ao Gabinete de Segurança Institucio-

nal da Presidência da República, lançou sua estratégia de enfrentamento ao crack e outras drogas, conforme o contido na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006, a qual Instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, além de definir crimes e outras providências.

Inobstante a iniciativa e as políticas públicas citadas, a crescente onda de tráfico e consumo do crack, levou o Governo Federal a reforçar a política pública descrita, oportunidade em que no dia 18 de janeiro de 2.012 adequou e atualizou o Plano Nacional de Enfrentamento ao Crack e outras drogas, modificando o Decreto nº 7.190, de 20 de maio de 2.010,¹¹ com eixos focados na prevenção direcionada à educação, informação e capacitação; no cuidado, que prevê o aumento da oferta de tratamento de saúde e atenção aos usuários e na autoridade esta que pretende enfrentar o tráfico de drogas e o crime organizado, sendo inovações em relação à política anterior, dentre outras o internamento compulsório e a intervenção em crackolândias.¹²

No Estado de Sergipe, iniciativas diversas foram empreendidas, merecendo destaque o lançamento do Plano Estadual de Enfrentamento ao Crack e outras drogas, ocorrido em 08 de junho de 2.010, conceituado como uma ação ampla e articulada, a qual busca contar com a participação de diversos segmentos da sociedade sergipana, tendo como eixos a prevenção, o atendimento ao usuário e a repressão ao tráfico de entorpecentes.

Ainda na esfera estadual há que se destacar a atuação do Conselho Estadual de Políticas sobre Drogas, anteriormente denominado Conselho Estadual de Entorpecentes – CONEN, o qual tem trabalhado no sentido de propor políticas públicas sobre drogas no Estado de Sergipe, bem como estimular e influenciar a adoção de políticas públicas nos municípios, de acordo com os objetivos da Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas – SENAD.

11 http://www.brasil.gov.br/enfrentandoocrack/publicacoes/portarias-e-decretos/folder_summary_view?b_start:int=10&-C=

12 <http://www.brasil.gov.br/enfrentandoocrack/plano-integrado>

Um marco da atuação do CONEN foi a implantação de quinze Conselhos Municipais de Políticas Sobre Drogas nos maiores municípios do Estado de Sergipe.

Apesar das iniciativas referenciadas, avaliamos que as políticas públicas propostas e implementadas não foram suficientes para o pleno enfrentamento à epidemia do crack em nosso Estado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfrentamento à problemática das drogas é de interesse e de responsabilidade geral. Do governo, em todas as suas esferas e áreas de atuação, da sociedade, das lideranças políticas, comunitárias e religiosas, da família, do indivíduo. Enfim, de todos. Somente uma atuação integrada, transversal, participativa, comprometida, responsável, poderá resultar no sucesso do seu enfrentamento, da sua prevenção, do seu tratamento, da inclusão dos que foram afetados e do combate àqueles que estão à margem da lei e promovem às mazelas sociais decorrentes do tráfico e somente a adoção de políticas públicas sérias, direcionadas e planejadas poderão conter e debelar a epidemia que vem se alastrando e adoecendo nossa sociedade.

5. REFERÊNCIAS

BERGAMO, Giulliana e COURA Kalleo, É pior do que parece. São Paulo: Revista Veja, Edição 2252, pag. 66 a 69, Editora Abril, 2012.

Portaria nº 344, de 12 de maio de 1.988, do Ministério da Saúde, atualizada pelas Resoluções RDC nº 18, de 28 de janeiro de 2.003, RDC nº 178, de 17 de maio de 2.002, RDC, nº 98, de 20 de novembro de 2.000, que aprovam o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

BRASIL. Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/enfrentandoocrack/plano-integrado> Acesso em 06 mar. 2012.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS. **Manual do Multiplicador** - Prevenção às DST/AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 1996 Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/74402648/36/As-drogas-mais-usadas-no-Brasil> Acesso em 06 mar.. 2012.

BRASIL. Publicações. Disponível em http://www.brasil.gov.br/enfrentandoocrack/publicacoes/portarias-e-decretos/folder-summary-view?b_start:int=10&-C. Acesso em 06 mar. 2012.

Crack. Disponível em <http://www.historiadetudo.com/crack.html> Acesso em 06 mar.. 2012.

Crack. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Crack> Acesso em 06 mar.. 2012.

Droga. Disponível em <http://PT.wikipedia.org/wiki/Droga#Conceito> Acesso em 06 jun. 2012.

MARTINS, A.G. Lourenço. **História Internacional da Droga**. ENCOD, 2007. Disponível em <http://www.encoded.org/info/HISTORIA-INTERNACIONAL-DA-DROGA.html> .Acesso em 06 mar. 2012.

SCHMIDT, Andréia. **Drogas: por quê?** Disponível http://www.educacional.com.br/falecom/psicologa_bd.asp?codtexto=422. Acesso em 06 mar. 2012.

EXPROPRIAÇÃO DE BENS EM DECORRÊNCIA DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ART. 243 DA CARTA MAGNA

Eduardo Franklin Miranda de Oliveira¹

Amanda Maria Prado Lima²

RESUMO:

A CF de 88 prevê, em seu art. 243, a perda da propriedade de bens apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes. Analisaremos no presente artigo a natureza jurídica do instituto, os requisitos e limites de incidência do dispositivo em pauta, bem como pontos outros acerca do tema .

Palavras-Chave: Expropriação; Bens apreendidos; Tráfico ilícito de Entorpecentes.

1. INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988, em seu art. 234, prevê a consequência do uso de bens de valor econômico no cultivo e tráfico ilícitos de entorpecentes, qual seja, a expropriação.

No entanto, deixa para a legislação infraconstitucional a função de regulamentar o procedimento de tal expropriação, bem como a destinação dada aos bens apreendidos/expropriados.

Na doutrina, encontramos divergências acerca do tema no tocante à sua natureza jurídica. Em leis infraconstitucionais detectamos a previsão do pro-

1 Promotor de Justiça do Estado de Sergipe. Promotor de Justiça. Assessor do Procurador-geral de Justiça do Estado de Sergipe.

2 Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe. Assessora do Procurador-geral de Justiça do Estado de Sergipe.

cedimento próprio para a expropriação de glebas, e analisamos os problemas decorrentes da terminologia usada, apontando a devida solução.

Esses e outros pontos são objeto do presente estudo, o qual foi realizado por meio da utilização de uma abordagem qualitativa que implica uma série de leituras sobre o assunto pesquisado para elaboração de resenha, ou seja, é preciso descrever ou relatar minuciosamente o que diferentes autores ou especialistas escrevem sobre o assunto e a partir daí, estabelecer uma série de correlações para, ao final, o pesquisador construir seu ponto de vista conclusivo.

O trabalho foi realizado através de pesquisa bibliográfica, que é o ato de fichar, relacionar, referenciar, ler, arquivar, fazer resumos (abstracts) de assuntos relacionados com a pesquisa em questão, e estudando o caso.

No primeiro capítulo discorreremos acerca da natureza jurídica do ato expropriatório em questão. Para o segundo capítulo deixamos a análise sobre os requisitos e limites de incidência do art. 243 da CF.

Já no terceiro capítulo traremos informações sobre a destinação dos bens apreendidos em decorrência do cultivo ilícito e do tráfico de entorpecentes. No quinto capítulo exporemos sobre o procedimento trazido pela Lei nº 8.257/91.

Por fim, concluímos o presente estudo com impressões retiradas das leituras feitas visando a produção deste artigo.

2. NATUREZA JURÍDICA

Muito se discute acerca da natureza jurídica do instituto trazido pelo art. 243 da Carta Magna, se considera-se um tipo de desapropriação ou não.

Para início de análise, impende transcrevermos o citado artigo³:

Art. 243 - As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao

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

assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único - Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Pois bem, da simples leitura do dispositivo constitucional acima percebe-se que não há previsão de antecipada indenização em dinheiro ou qualquer outro título equivalente, daí dizermos que, se considerada um tipo de desapropriação, a expropriação de bens decorrente do tráfico de entorpecentes seria uma “desapropriação *sui generis*”.

Corroborando com tal posicionamento o fato de que não é exigida qualquer declaração da parte do Poder Público no sentido de decretar a utilidade, necessidade ou interesse público, requisito este essencial quando se trata de desapropriação.

Ademais, não há falar-se em seguir o procedimento próprio destinado à intervenção do Poder Público na propriedade particular, até porque tal andamento está previsto em lei específica que dispõe acerca da “*Expropriação das Glebas nas Quais se Localizem Culturas Ilegais de Plantas Psicotrópicas*” - L-008.257-1991.

No entanto, o resultado prático da aplicação do art. 243 da Constituição Federal é a perda da propriedade de bem móvel ou imóvel em decorrência da sua utilização para fins de tráfico ilícito de entorpecentes, ou seja, o Estado intervém na propriedade particular.

E, no que mais se assemelha, acabamos por enquadrar a expropriação em tela como um tipo de desapropriação, com certos diferenciais, conforme o já exposto.

3. REQUISITOS E LIMITES DE INCIDÊNCIA DO ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De acordo com a análise do que traz o texto normativo, todo e qualquer bem apreendido em decorrência da sua utilização para o tráfico de drogas será expropriado e destinado ao assentamento de colonos, para fins de cultivo de plantas alimentícias ou medicamentosas, bem como revertido em benefício de instituições e pessoal especializado na recuperação de usuários de entorpecentes.

Acerca da destinação dos bens expropriados trataremos no tópico a seguir, atendo-nos no momento aos elementos trazidos pelo artigo em estudo.

Conforme Informativo nº 587, referente ao período compreendido entre 17 a 21 de maio de 2010, publicado no sítio do Supremo Tribunal Federal⁴, a Lei Maior somente exigiu o requisito objetivo para a expropriação do bem, independentemente da culpa do proprietário.

Vejamos:

Art. 243 da CF e Análise de Requisito Subjetivo

A Turma iniciou julgamento de dois recursos extraordinários em que se discute se questões de índole subjetiva devem ser consideradas na aplicação do art. 243 da CF (“As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”). No caso, a União insurge-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que afastara a incidência do mencionado dispositivo constitucional ao fundamento de que os recorridos, pessoas idosas, não tinham como se opor ao plantio ilícito de

4 INFORMATIVO Nº 587 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.ius.br/arquivo/informativo/documento/informativo587.htm#Art.%20243%20da%20CF%20e%20Análise%20de%20Requisito%20Subjetivo>. Acesso em 12 de nov. de 2011.

plantas psicotrópicas em suas terras, promovido por terceiros com fama de serem violentos e andarem armados. A Corte de origem aduziu, ainda, que a área em que realizado o cultivo seria de difícil acesso e que o Poder Público não ofereceria condições para que os agricultores pudessem, sem risco, comunicar às autoridades as plantações de maconha em suas propriedades. O Min. Dias Toffoli, relator, proveu o recurso para decretar a expropriação do imóvel em tela. Asseverou que a efetividade da Constituição se imporá. Tendo em conta que a expropriação prevista no art. 243 da CF seria uma sanção, entendeu que não se exigiria nenhum tipo de análise de caráter subjetivo sobre o proprietário, recaiando a sanção sobre a propriedade. Assim, concluiu pela inviabilidade de se partir para a apreciação subjetiva da conduta do proprietário ou do possuidor da terra – sua culpabilidade –, bastando para a expropriação a existência, no imóvel, de cultura ilegal de plantas psicotrópicas. Após, pediu vista a Min. Cármen Lúcia. RE 402839/PE, rel. Min. Dias Toffoli, 18.5.2010. (RE-402839)
RE 436806/PE, rel. Min. Dias Toffoli, 18.5.2010. (RE-436806)

O que se quer dizer é que, em havendo a cultura ilegal de psicotrópicos em determinada propriedade, esta será expropriada, independentemente da culpabilidade dos seus proprietários, isso porque se trata de sanção imposta pela Carta Política de 88, devendo esta ser imposta acima de qualquer outra circunstância trazida pelo caso concreto.

Nesse sentido temos a Mensagem nº 672, endereçada ao Presidente do Senado Federal, que traz as Razões de Veto de partes da Lei nº 8.257/91, no que pertine ao texto originariamente trazido pelo seu art. 4º⁵:

Muito embora o preceito seja exato no que se refere à abrangência da área expropriável – a totalidade desta – no que concerne à

5 MENSAGEM Nº 672, Razões de Veto de dispositivos da Lei nº 8.257/91. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-8257-1991.pdf. Acesso em 12 de nov. 2011. p.1.

comprovação de responsabilidade do proprietário o dispositivo afasta-se da exigência constitucional.

Da forma como está redigido o art. 243, caput, da Lei Maior, independe de comprovação de responsabilidade subjetiva do proprietário a expropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Como a Carta Política condicionou a expropriação apenas à existência de cultura ilegal de plantas psicotrópicas, sem que haja necessidade de comprovação da responsabilidade do proprietário pelo plantio ilegal, na área civil, a responsabilidade do proprietário é objetiva, e não subjetiva, como pretende o projeto.

No tocante aos limites de incidência do instituto em voga, temos que, ao considerar gleba como a totalidade da propriedade rural, está será expropriada por inteiro, ainda que somente pequena percentagem da mesma seja usada para o cultivo de plantas psicotrópicas.

Mais uma vez, já se manifestou a Suprema Corte⁶ acerca do tema:

Gleba, no art. 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo. A gleba expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. A linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. O sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário,

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 543.974, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-3-2009, Plenário, DJE de 29-5-2009.

ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser]. O direito, qual ensinou Carlos Maximiliano, deve ser interpretado ‘inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis’. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo ao absurdo de expropriar-se 150 m² de terra rural para nesses mesmos 150 m² assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. Não violação do preceito veiculado pelo art. 5º, LIV, da Constituição do Brasil e do chamado ‘princípio’ da proporcionalidade. Ausência de ‘desvio de poder legislativo’.” (RE 543.974, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-3-2009, Plenário, DJE de 29-5-2009.)

Demais disso, impende dizermos que, ao expor a Carta Magna que **TODO E QUALQUER** bem de valor econômico apreendido em decorrência da sua utilização para o tráfico de entorpecentes será expropriado, faz-nos crer que nenhum direito será oponível no caso, inclusive a impenhorabilidade e indisponibilidade do bem de família.

Isso porque, apesar de intencionar a Lei Infraconstitucional garantir o bem estar da família, o art. 243 da CF visa abrigar de forma ampla o bem estar coletivo, de forma a combater o tráfico de drogas que afeta toda a sociedade.

Nesse caso, se o imóvel residencial da família é utilizado como ponto de vendas de entorpecentes, este deverá ser expropriado e destinado em conformidade com o trazido pela Lei nº 7.560/86, a qual foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e dispõe sobre a criação do Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, bem como sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas.

4. DESTINAÇÃO DOS BENS APREENDIDOS EM DECORRÊNCIA DO CULTIVO ILÍCITO E DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Dispõe a Carta Magna, em seu art. 243, que as glebas de terras utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas serão expropriadas e destinadas à alocação de colonos, com o fito de desenvolverem na área somente o plantio de alimentos e medicamentosos.

Neste ponto, a Constituição Federal expôs todo o necessário, não deixando lacunas a serem preenchidas por lei infraconstitucional acerca do assunto. No entanto, em seu parágrafo único, o dispositivo suso mencionado prevê a publicação de lei que disponhas acerca da destinação dada aos bens apreendidos em decorrência da sua utilização para o tráfico ilícito de entorpecentes.

A questão em voga foi regulamentada pela Lei nº 7.560/86, a qual, conforme exposto, foi recepcionada pela Lei Maior, surtindo os seus efeitos até os tempos hodiernos.

O referido diploma legal traz disposições nos seguintes termos: Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências.

Em seus artigos 2º e 4º⁷ a Lei acima trazida expõe o que se segue:

Art. 2º Constituirão recursos do Funcab:

I - dotações específicas estabelecidas no orçamento da União;

II - doações de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou estrangeiras;

III - recursos provenientes da alienação dos bens de que trata o art. 4º desta lei;

⁷ LEI Nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986. Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências. Brasília, 1986. Arts. 2º e 4º.

IV - recursos provenientes de emolumentos e multas, arrecadados no controle e fiscalização de drogas e medicamentos controlados, bem como de produtos químicos utilizados no fabrico e transformação de drogas de abuso; V - recursos de outras origens, inclusive os provenientes de financiamentos externos e internos.

VI - recursos oriundos do perdimento em favor da União dos bens, direitos e valores objeto do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, previsto no inciso I do art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Parágrafo único. Os saldos verificados no final de cada exercício serão automaticamente transferidos para o exercício seguinte, a crédito do Fundab.

Art. 4º Todo e qualquer bem de valor econômico, apreendido em decorrência do tráfico de drogas de abuso ou utilizado de qualquer forma em atividades ilícitas de produção ou comercialização de drogas abusivas, ou ainda, que haja sido adquirido com recursos provenientes do referido tráfico, e perdido em favor da União constituirá recurso do FUNCAB, ressalvados os direitos do lesado ou de terceiros de boa-fé e após decisão judicial ou administrativa tomada em caráter definitivo.

Diante disso, podemos dizer que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência da sua utilização para fins de tráfico de drogas será destinado ao Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso-FUNCAB.

Os recursos do FUNCAB terão destinação específica, de acordo com o exposto pelo art. 5º da mesma Lei, assim, podemos afirmar que o produto do que foi apreendido será destinado ao combate do tráfico, como, v.g., aos programas de educação preventiva sobre as drogas e à estruturação

8 LEI Nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986. Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências. Brasília, 1986. Art. 5º.

física e custeio das atividades de fiscalização, controle e repressão ao uso e tráfico ilícitos de entorpecentes.

Art. 5º Os recursos do Funcab serão destinados:

I - aos programas de formação profissional sobre educação, prevenção, tratamento, recuperação, repressão, controle e fiscalização do uso e tráfico de drogas;

II - aos programas de educação técnico-científica preventiva sobre o uso de drogas;

III - aos programas de esclarecimento ao público, incluídas campanhas educativas e de ação comunitária;

IV - às organizações que desenvolvem atividades específicas de tratamento e recuperação de usuários;

V - ao reaparelhamento e custeio das atividades de fiscalização, controle e repressão ao uso e tráfico ilícitos de drogas e produtos controlados;

VI - ao pagamento das cotas de participação a que o Brasil esteja obrigado como membro de organismos internacionais ou regionais que se dediquem às questões de drogas;

VII - aos custos de sua própria gestão e para o custeio de despesas decorrentes do cumprimento de atribuições da SENAD;

VIII - ao pagamento do resgate dos certificados de emissão do Tesouro Nacional que caucionaram recursos transferidos para a conta do FUNAD;

IX - ao custeio das despesas relativas ao cumprimento das atribuições e às ações do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, no combate aos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, previstos na Lei no 9.613, de 1998, até o limite da disponibilidade da receita decorrente do inciso VI do art. 2º. Parágrafo único. Observado o limite de quarenta por cento, e mediante convênios, serão destinados à Polícia Federal e às Polícias dos Estados e do Distrito Federal, responsáveis pela apreensão a que se refere o art. 4º, no mínimo vinte por cento dos recursos provenientes da alienação dos respectivos bens.

Vê-se, portanto, que objetivou o constituinte, assim como o legislador infraconstitucional, garantir que os bens apreendidos no caso acima sejam dirigidos ao combate e fiscalização do uso e do tráfico de entorpecentes, e, mais além, previu uma forma de custear a recuperação de usuários de drogas e a conscientização da população acerca dos danos causados pelo uso.

5. PROCEDIMENTO PARA EXPROPRIAÇÃO DE GLEBAS - LEI N º 8.257/91

Posto que a própria Constituição Federal deixou a mercê da legislação infraconstitucional a regulamentação do procedimento para a efetivação da expropriação prevista no art. 243, tal foi realizado por meio da Lei nº 8.257/91.

Inicialmente, transcreveremos o disposto na lei em vigor⁹:

Art. 6º A ação expropriatória seguirá o procedimento judicial estabelecido nesta lei.

Art. 7º Recebida a inicial, o Juiz determinará a citação dos expropriados, no prazo de cinco dias.

§ 1º Ao ordenar a citação, o Juiz nomeará perito.

§ 2º Após a investidura, o perito terá oito dias de prazo para entregar o laudo em cartório.

Art. 8º O prazo para contestação e indicação de assistentes técnicos será de dez dias, a contar da data da juntada do mandado de citação aos autos.

Art. 9º O Juiz determinará audiência de instrução e julgamento para dentro de quinze dias, a contar da data da contestação.

Art. 10. O Juiz poderá imitir, liminarmente, a União na posse do imóvel expropriando, garantindo-se o contraditório pela realização de audiência de justificação.

9 LEI 8.257/91. Dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Brasília, 1991. Arts. 6º a 15.

Art. 11. Na audiência de instrução e julgamento cada parte poderá indicar até cinco testemunhas.

Art. 12. É vedado o adiamento da audiência, salvo motivo de força maior, devidamente justificado.

Parágrafo único. Se a audiência, pela impossibilidade da produção de toda a prova oral no mesmo dia, tiver que ser postergada, em nenhuma hipótese será ela marcada para data posterior a três dias.

Art. 13. Encerrada a instrução, o Juiz prolatará a sentença em cinco dias.

Art. 14. Da sentença caberá recurso na forma da lei processual .

Art. 15. Transitada em julgado a sentença expropriatória, o imóvel será incorporado ao patrimônio da União.

Parágrafo único. Se a gleba expropriada nos termos desta lei, após o trânsito em julgado da sentença, não puder ter em cento e vinte dias a destinação prevista no art. 1º, ficará incorporada ao patrimônio da União, reservada, até que sobrevenham as condições necessárias àquela utilização.

Por ser uma lei de natureza cível, temos que o procedimento judicial acima descrito excepciona o trazido pelo Digesto Processual Civil, no entanto, em caso de lacunas na lei, conforme a regra, será utilizado, subsidiariamente, o CPC.

Assim, concluímos que prazos próprios devem ser obedecidos quando se tratar de processo judicial cujo objeto seja a expropriação de glebas nas quais se localizem a cultura de psicotrópicos.

Observa-se que o presente procedimento deverá ser levado em conta somente nos casos em que se tem a perda da propriedade de glebas, ou seja, em caso de bens imóveis que não se enquadram nesse conceito ou, ainda, em caso de bens móveis, podemos afirmar que estes seguem o exposto no parágrafo único do art. 243 da CF.

Assim, se estes últimos bens são apreendidos em decorrência da sua utilização para o tráfico de entorpecentes, passarão a compor a receita do FUNCAB, não podendo ser restituídos aos seus antigos donos, sendo, inclusive, vedada legalmente a interposição de embargos de terceiros.

6. CONCLUSÃO

Após breve análise sobre o tem, e de forma a concluir o presente trabalho, ousamos afirmar que a expropriação trazida pelo art. 243 da Lei Maior possui natureza de uma “desapropriação *sui generis*”, por não haver indenização, quíça prévia, bem como decreto de necessidade ou utilidade pública.

Ademais, por foça da supremacia da Constituição, ousamos afirmar que nem o bem de família, assim considerado o exposto na Lei dos Bens de Família, está a salvo da expropriação em tela, a qual retira do proprietário toda a área, e não só a qual está sendo cultivado o plantio de entorpecentes.

Por fim, temos que, visando o objetivo do Estado (o Bem Comum), mais uma vez a Carta Magna trouxe dispositivos que entram em embate com as atividades ilícitas possivelmente desenvolvidas, ao determinar a expropriação ou apropriação dos bens de valor utilizados no cultivo de entorpecentes, destinando o seu produto às atividades que previnem ou reprimem o uso e o tráfico de substâncias psicotrópicas.

BIBLIOGRAFIA

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

INFORMATIVO Nº 587 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo587.htm#Art.%20243%20da%20CF%20e%20Análise%20de%20Requisito%20Subjetivo>. Acesso em 12 de nov. de 2011.

LEI Nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986. Cria o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso, dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, e dá outras providências. Brasília, 1986.

LEI 8.257/91. Dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Brasília, 1991.

MENSAGEM Nº 672, Razões de Veto de dispositivos da Lei nº 8.257/91. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-8257-1991.pdf. Acesso em 12 de nov. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 543.974, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-3-2009, Plenário, DJE de 29-5-2009.

O DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA AO DEPENDENTE QUÍMICO

Josenias França do Nascimento¹

Dhiogo Lima Vellozo²

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Da Instituição do Sistema Único de Saúde e do Sistema de Compartilhamento de Competências Constitucionais para Prestação da Saúde. 3. Da Constituição Federal e da Intervenção do Poder Judiciário. 4. O Dever Estatal de Assistência ao Dependente Químico X Abrangência da Respectiva Prestação em Saúde. 5. Políticas Públicas Correspondentes: Prevenção e Repressão ao uso de Substância Entorpecente. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo traz como tema – O DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA AO DEPENDENTE QUÍMICO – sendo proposto com o intuito de analisar a questão do papel do Estado na prevenção e repressão ao uso de substância entorpecente, bem como na assistência prestada ao dependente químico.

A premissa inicial é a de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantidos mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

1 Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

2 Bacharel em Direito, Pós-graduando Direito Civil e Processo Civil, Assessor de Procurador de Justiça.

O Poder Constituinte originário, através da assembleia nacional constituinte de 1988, estabeleceu competir ao Estado a prestação da saúde. Com efeito, o artigo 196 da Constituição Federal estabelece a responsabilidade da União, Estados e Municípios, de forma solidária, de prestar o atendimento necessário na área da saúde. Para tanto, instituiu o SUS – Sistema Único de Saúde.

Desde então, a saúde pública deveria ser prestada de forma ampla, incluindo os serviços de assistência ao público e o fornecimento de medicamentos, suplemento alimentar, equipamentos, procedimentos médicos, tratamentos e exames aos que deles comprovadamente necessitem.

O tema é de grande relevância pública, e faz parte da tríade que compõe os serviços públicos essenciais a toda e qualquer nação: educação, saúde e segurança pública. Guarda estrita relação com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, em especial, com o direito à vida, e conduz intensa carga principiológica ao conferir dignidade à pessoa humana que necessita de assistência em saúde, a exemplo do dependente químico que carece de desintoxicação.

2. DA INSTITUIÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E DO SISTEMA DE COMPARTILHAMENTO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS PARA PRESTAÇÃO DA SAÚDE.

Instituído o Sistema único de Saúde, a Constituição Federal delineou seus contornos estabelecendo que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada (com direção única em cada esfera de governo).

Outrossim, ao instituir o SUS, a Carta Política estabeleceu sua organização de acordo com as seguintes diretrizes e preceitos: atendimento integral, participação da comunidade; liberdade na assistência à saúde para a iniciativa privada; possibilidade de as instituições privadas participarem de forma complementar do SUS, segundo diretrizes deste; vedação à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos; etc.

O custeio do Sistema Único de Saúde se dá com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados e dos Municípios, além de outras fontes.

O SUS encontra-se, pois, assentado no princípio da cogestão, restando incontroverso que os entes públicos, compreendidos os três níveis da federação, devem agir, simultaneamente, cabendo tanto ao Estado assegurar o direito à saúde em condições de atendimento à população, quanto ao Município e à União.

O sistema de compartilhamento de competências, tal como estabelecido no art. 23, inciso II, da CR/88, reserva competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, enquanto gestores do SUS, para avaliar as ações e a forma de execução dos serviços públicos relativos à saúde, possuindo, portanto, todos os entes da federação obrigação constitucional de resguardar e promover a saúde à população, solidariamente.

3. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Com a promulgação da Constituição de 1988, uma nova fase na sociedade brasileira fora iniciada. Desta feita, fulcrada no Estado Democrático de Direito fortemente inspirado pelos fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político.

A nova ordem, então, seria caracterizada pela adesão à teoria da tripartição dos poderes³ defendida por Montesquieu, implantando-se, efetivamente, um sistema trifásico de poder, composto pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, com competências claramente definidas e implementadas

3 A ideia de tripartição do Poder foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra "Política", detalhada posteriormente, por John Locke, no "Segundo Tratado do Governo Civil e, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu "O Espírito das Leis", a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se o princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no artigo 2º da Constituição Federal.

com a observância dos princípios da independência e harmonia entre si, além de um peculiar sistema de freios e contrapesos.

Outrossim, solidificou-se a instituição do Ministério Público, a qual tornou-se permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida, dentre outras funções, da defesa dos interesses difusos, do direito individual indisponível, por exemplo, do direito a vida, ou melhor, vida digna⁴.

Pois bem. Levado a efeito o sistema trifásico de Montesquieu, a administração e execução das políticas públicas ficou a cargo do Poder Executivo. Não obstante seu dever constitucional de agir, vale dizer, de positivar a política pública materializando o direito à uma prestação na área da saúde, não raras vezes, o Estado, vale dizer, o Poder Executivo/Administração Pública Direta e Indireta pratica ato reverso, ou seja, negativo. Em outras palavras, o Estado omite-se em prestar determinada atividade, fechando os olhos para uma realidade escancarada no meio social, a exemplo da assistência médica ao dependente químico.

A população encontra-se desassistida desta espécie de prestação de saúde, sendo forçada, inúmeras vezes, a recorrer ao Poder Judiciário.

Se não cabe ao Judiciário, como regra, em atendimento à tripartição de poderes, disciplinar políticas públicas cominadas pela Constituição aos demais poderes do Estado, princípio mitigado apenas pela prestação devida a direitos fundamentais, será somente o exame *in concreto* da política instituída e da prestação dita omitida que fornecerá o vetor da razoabilidade a autorizar a intervenção (extraordinária) judicial.

Nesse sentido, é a notícia colhida no sítio do Supremo Tribunal Federal, em 08 de janeiro de 2008:

“... Análise individual dos casos

A presidente do STF, entretanto, ao indeferir o pedido, observou que pedidos como o formulado pelo governo do Rio Grande do

4 Na concepção do presente artigo, vida digna pressupõe uma existência com qualidade de vida, ou seja, vida com saúde e efetivo acesso às políticas públicas que materializam o Sistema Único de Saúde.

Norte “devem ser analisados caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica”. Ela ressaltou, ainda, que “as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual”. (g.n.).

Consoante restou consignado em linhas anteriores, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, impondo à Instituição do Ministério Público, dentre outras funções, o dever de zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.

O Ministério Público também desempenha papel importante neste desiderato. Como órgão de ação, de propulsão, o MP tem o dever de impulsionar a jurisdição em busca da consecução daquelas prestações que a Constituição estabeleceu essenciais à coletividade.

Vale ressaltar que não há intromissão do Judiciário nas questões do Executivo. A intervenção do primeiro apenas reflete o resultado do regular exercício jurisdicional voltado à guarda da Constituição (artigo 102 da CF). O dogma da vedação da atuação do Juiz como legislador positivo, neste caso, não pode servir de óbice à efetivação de uma norma constitucional, inclusive porque cabe ao Direito reduzir a complexidade social e facilitar o processo de integração.

Na medida em que essa interferência se apresenta legítima, cautelosa, obediente à lei e aos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, deve-se entender como cabível a sentença que julga procedente pedido de dependente químico que carece de internação para desintoxicação, como forma de garantir o efetivo acesso da população aos serviços públicos na área da saúde e proteger a coletividade contra omissão inconstitucional e ilegal do Administrador Público, tal como orienta a seguinte ementa, in verbis:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA - TRATAMENTO

DE SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS
- LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO -
DESNECESSIDADE - INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS
AÇÕES DO EXECUTIVO - INAPLICABILIDADE FRENTE
AO DIREITO TUTELADO - RESERVA DO POSSÍVEL - NÃO
VIOLAÇÃO - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - EXISTÊNCIA
- CARACTERIZAÇÃO - MULTA COMINATÓRIA PELO
DESCUMPRIMENTO DO COMANDO SENTENCIAL
- ADEQUAÇÃO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO -
MANUTENÇÃO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, 6º, 196,
197 E 198 TODOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.
Não há que se falar na necessidade de formação de litisconsórcio
passivo da União, dos Estados e dos Municípios nas ações relativas a
fornecimento de medicamentos, tendo em vista a responsabilidade
solidária de cada um dos Entes na aquisição dos fármacos.
Igualmente inaplicável o entendimento de ingerência do Poder
Judiciário nas ações do Executivo diante do caso concreto no qual
a adoentada tenha necessitado dele se socorrer para garantir seu
direito fundamental. O direito à saúde é fundamental, consequente
da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento
da República Federativa do Brasil e do direito à vida, regendo-se
pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações
e serviços de atribuição do Poder Público. Mostra-se adequada a
imposição de multa ao Requerido, em caso de descumprimento da
sentença proferida, que o condenou ao fornecimento de fármaco.
É de se confirmar a ordem concedida, com o fim do recebimento,
a título gratuito, de medicamento, para tratamento de saúde,
custeado pelo SUS. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0699.07.076609-
1/002 - COMARCA DE UBÁ - RELATOR: EXMO. SR. DES.
DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Data do Julgamento:
22/02/2009)

4. O DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA AO DEPENDENTE QUÍMICO X ABRANGÊNCIA DA RESPECTIVA PRESTAÇÃO EM SAÚDE.

Anote-se que a saúde, como bem de extraordinária relevância à vida e à dignidade humana, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, manifestando o legislador constituinte constante preocupação em garantir a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social, o que ressaí evidente da interpretação conjunta dos artigos 1, item III, 6 da referida Lei Maior, dispondo:

Art. 1 - “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

Art. 6 - “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Procedendo-se a uma interpretação harmônica dos referidos preceitos constitucionais, chega-se à ilação de que o intuito maior da Carta Magna foi o de assegurar a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e social, o direito à saúde, impondo, para tanto, ao Estado, o dever constitucional de garantir, por meio de políticas sociais e econômicas, ações que possam permitir a todos o acesso à assistência médica e farmacológica.

Do texto da norma constitucional ressaí o intuito de promover o acesso a todos os meios disponíveis na medicina, não apenas para a obtenção da cura das moléstias, mas, também, para amenizar desconfortos e dores decorrentes, e prevenir que a situação se agrave.

Nesse sentido deve ser compreendido o termo “atendimento integral”. Resulta ser vedado ao Poder Público delimitar as espécies de tratamentos que serão fornecidos aos necessitados, devendo ser atendidas todas as de-

mandas imprescindíveis à efetiva garantia do direito à saúde, ao bem-estar físico, psicológico e mental, e à dignidade da pessoa humana.

Assim, reputam-se ofensivas ao preceito constitucional as normas administrativas que delimitam a prestação a determinadas espécies de insumos ou a algumas moléstias, pois têm o condão de restringir o atendimento, tornando-o apenas parcial. Diante da necessidade de determinada prestação relacionada à saúde para a prevenção, controle ou cura de moléstias, a demanda deve ser integralmente satisfeita.

Assim, para que qualquer dos entes federados seja condenado a fornecer determinados medicamentos ou promover o acesso a tratamentos de moléstias, **basta que o cidadão demonstre a necessidade do provimento e a disponibilidade dos meios recomendados pelos especialistas**, pois o direito constitucional é amplo e o direito invocado é de extrema relevância, sendo encontrado entre os direitos sociais fundamentais.

Caso o Poder Público não cuide de proporcionar aos cidadãos os meios para tornar efetivos os direitos fundamentais, as previsões da Lei Maior restarão inócuas. Nesse sentido é o direito de acesso à justiça que viabiliza ao administrado propor demandas inclusive contra a própria Administração, prerrogativa inerente ao Estado Democrático de Direito, onde todos se encontram submetidos à ordem jurídica, sendo detentores de direitos e obrigações.

Não servem como escusas ao cumprimento dos deveres constitucionais a ausência de recursos ou a existência de restrições previstas em regulamento administrativo, pois, observada a hierarquia das normas, deve prevalecer o direito assegurado na Carta Fundamental.

Deve-se acrescentar que, na difícilíssima medição, sempre casuística, da tensão dialética entre valores como a garantia fundamental individual (à saúde) e o compromisso público estatal com o atendimento orçamentário dos outros interesses que o ente público também representa, e a máxima, que este último esbarra, **(por inspiração da doutrina constitucional alemã)**, da “reserva do possível”, atuará, insisto, sempre o comando da razoabilidade.

Com efeito, as circunstâncias exigem uma atuação direta e imediata do Estado para que seja garantido ao assistido o tratamento toxicológico

adequado, prestando-lhe a assistência médica necessária ao seu quadro clínico de dependência química, conforme determina o artigo 227 da Constituição Federal.

A propósito, colaciono alguns julgados:

DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR PSQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. PESSOA MAIOR USUÁRIA DE DROGAS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO DE FORNECÊ-LA. HONORÁRIOS PARA DEFENSORIA PÚBLICA. DESCABIMENTO. 1. Ainda que os efeitos da tutela pretendida tenham sido antecipados e que aparentemente não se mostre necessária nova internação, tais fatos por si só não acarretam a inexistência de interesse de agir. Inteligência do art. 273 do CPC. 2. Descabe condenar o Estado a pagar honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, que é órgão estatal, pois enseja confusão entre credor e devedor. 3. Também descabe condenar o Município a pagar honorários para a Defensoria Pública, pois não pode ser imposto a um ente público o encargo de subsidiar o funcionamento de outro, ainda que em razão de sucumbência em processo judicial. Recurso da autora parcialmente provido e provido o recurso do Município. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70032442154, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 12/05/2010).

99058873 - PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. PRELIMINAR REJEITADA. TUTELA ANTECIPATÓRIA DEFERIDA. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. INTERNAÇÃO. TRATAMENTO SOB CUSTEIO DO MUNICÍPIO DE ARACAJU E ESTADO DE SERGIPE. FIXAÇÃO DE MULTA. MANUTENÇÃO DECISÓRIA

AGRAVADA. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. Os entes da federação integram o Sistema Único de Saúde e todos possuem responsabilidade solidária pelos serviços e ações na área da saúde. E como a responsabilidade é solidária e o autor postulou do Estado de Sergipe e do município de Aracaju a realização do tratamento, portanto, não há que se falar em ilegitimidade do a gravante ou incompetência da justiça comum e competência da justiça federal. Preliminar rejeitada. O agravante não pode obrigar os usuários e dependentes infanto-juvenis de drogas a se submeterem apenas ao tratamento disponibilizado pelo ministério da saúde, uma vez que já se mostrou ineficaz para o fim colimado, porque impõe tão-somente cuidados extra-hospitalares e ambulatorial, que são insuficientes, pois o que urge necessário é a internação. No que concerne à motivação da multa fixada pelo juízo singular, não vejo porque alterá-la ou suprimi-la pelo fato de a mesma visar impedir a obstrução de justiça, pois se trata de um direito já bem ressaltado e que não pode esperar a boa vontade, e as formalidades excessivas da máquina estatal. Agravo conhecido e desprovido. Decisão unânime. (TJSE; AI 2010220861; Ac. 8827/2011; Primeira Câmara Cível; Rel^a Des^a Suzana Maria Carvalho Oliveira; DJSE 14/07/2011; Pág. 53)

5. POLÍTICAS PÚBLICAS CORRESPONDENTES: PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE

A problemática das drogas deixou de se restringir às favelas da cidade, sendo que o setor dos principais usuários de entorpecentes, vitimizados com o consumo desenfreado e acometidos, normalmente, por dependência química, expandiu-se para as classes média e alta.

As grandes vítimas, portanto, são os jovens, não mais apenas aqueles marginalizados, mas também agora os de razoáveis condições financeiras e bons padrões de vida, desinformados ou mal-informados da real pre-

judicialidade da droga, que passam a consumi-la e, de repente, veem-se viciados.

Nesse contexto, eis que surge a Lei Federal nº 11.346/2006 a qual 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 a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes”.

Apesar da titulação, a Lei nº 11.343/2006 não foi editada tão somente com o intuito de reprimir o tráfico ilícito. O citado diploma visou, também, dar uma maior atenção e a promover a reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Dentre as políticas públicas voltadas à prevenção ganham relevo os métodos de controle primário (quanto aos sujeitos – família, escola, sociedade, trabalho), secundário (quanto aos usuários⁵ – efeitos das drogas) e terciário (quanto aos usuários – reintegração social).

A família caracteriza-se por ser a base da formação do indivíduo. Em regra, o sujeito nasce, cresce, desenvolve e morre inserido em uma família. Atualmente, a instituição da família tem perdido um pouco de sua força, pouco importando se abastarda ou destituída de recursos financeiros, o certo é que, a modernidade tem provocado modificações na concepção dos valores, e mesmo a perda de outros.

A família, não obstante sua evolução natural, precisa manter-se sólida e convicta de que alguns valores devem permanecer imutáveis em toda e qualquer sociedade, a exemplo da religião, da ética e do respeito, bem como também deve se conscientizar de que possui função primordial na formação de seus componentes – a qual não deve ser transferida única e exclusivamente à instituição da Escola.

A Escola caracteriza-se por ser base da instrução educacional do indivíduo. Jamais deve ter sua atuação executada de forma isolada, mas em

5 Sob outro prisma, persiste a temática da descriminalização do uso privado de drogas e do fim da dicotomia entre droga lícita e ilícita. Ambos são objetos de acirradas discussões no corpo social, e partem da premissa, vale dizer, da hipótese de que a criminalização primária da droga é a raiz da qual derivam uma diversidade de crimes e de organizações criminosas. Nesta ótica, a ilegalidade das drogas conjugada com a ausência de políticas públicas racionais produziria e inseriria no mercado verdadeiras empresas ilegais.

conjunto com a família. Se a comunhão de desígnios das duas instituições prevalece, a eficácia do método de controle preventivo primário aumenta consideravelmente.

A propósito, dentre as atividades de prevenção elencadas no artigo 19, da Lei 11.343/2006, destaca-se o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos três níveis de ensino e a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas.

Ambos precisam sair do papel e materializar-se no corpo estudantil.

A sociedade também tem o seu papel, a medida que sua omissão constitui um fator de risco. Em geral, subsiste o pensamento de que o problema das drogas é de responsabilidade única e exclusiva do Estado de modo que o cidadão nada pode fazer a respeito.

Outrossim, há exceções. No corpo social, existem muitas Instituições sem fins lucrativos que se dedicam ao auxílio de jovens em situação de risco, desenvolvendo atividades de caráter preventivo. Não raras vezes, apresentam atuação com intensa carga sociológica ao conferir dignidade à pessoa humana que necessita de orientação e assistência em saúde, a exemplo do dependente químico que carece de desintoxicação.

A mídia, por sua vez, possui uma grande capacidade de interlocução de modo que precisa, também, desenvolver sua função social, fazendo com maior frequência campanhas educativas de orientação e prevenção ao uso de substâncias entorpecentes, principalmente, direcionada aos jovens – fortalecendo a responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas.

Aliás, a Lei 11.343/2006, prevê o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos seguimentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias.

O Estado, ao invés de se dedicar tanto ao controle repressivo, precisa envidar esforços para o controle preventivo primário. Indubitavelmente, é muito mais oneroso prestar o tratamento médico de desintoxicação de um paciente, do que executar concretamente políticas públicas preventivas.

Para o Poder Executivo que, quando demandado em juízo, se escuda com tanta frequência no princípio da reserva do possível, seria muito mais econômico efetivar políticas públicas de controle preventivo primário, do que ser condenado a arcar com o tratamento de desintoxicação de dependente químico, não raras vezes, em clínica particular, face a precariedade de seu Sistema Único de Saúde.

Aliás, o controle repressivo demanda do Estado o acionamento dos Poderes Executivo, Judiciário e até mesmo do Ministério Público. Quando a tarefa é reprimir o uso ou tráfico de substância entorpecente, há dispêndio de recursos materiais e humanos dos três! Acrescente-se que, *intra* Poder Executivo, o Estado necessitará demandar a Segurança Pública executando o poder de polícia e a Saúde prestando a assistência médica necessária. Indubitavelmente, os gastos são superiores.

O Estado precisa investir em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida. Estudos revelam que o adolescente comprometido com alguma atividade complementar, tem menor suscetibilidade ao experimento das drogas.

Dentre as alternativas acima suscitadas, compreende-se ganhar relevo o esporte. Infelizmente, o desporto não tem tido a atenção necessária do Poder Público. A importância do esporte é reconhecida universalmente e sua prática beneficia a todos com boa saúde física e mental. Conforme ressaltou o Deputado Valadares Filho (PSB-SE), não é recente, em termos temporais, o reconhecimento do esporte como importante fator de disciplina e competitividade, imprescindíveis à cidadania e ao sucesso profissional.

Ainda assim, o desporto sequer está incluído entre os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal. Deve-se ressaltar que tramita perante o Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional (PEC nº 201/07)⁶ que inclui o esporte como um dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição.

6 A Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ) já aprovou a admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição (PEC 201/07), do Deputado Valadares Filho (PSB-SE). Após análise da Comissão Especial correspondente, a PEC deverá ser votada em dois turnos pelo Plenário do Congresso Nacional.

A atividade física, se bem coordenada, torna crianças e adolescentes mais disciplinados e concentrados nas aulas, além de deixá-los fora das ruas. Os investimentos nessa área resultarão em menores gastos públicos na saúde e na segurança. Nesse contexto, ganha relevo a proposta de emenda constitucional (PEC nº 52/07)⁷ a qual determina ao governo federal o investimento, no mínimo, de 1% de sua receita total corrente em ações de incentivo ao esporte e ao lazer.

Há outras duas ações previstas na Lei nº 11.343/2006 que, igualmente, merecem destaque. O Estado deve adotar estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas.

Por fim, deve o Estado administrar tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando-se em consideração as suas necessidades específicas.

6. CONCLUSÃO

Consoante restou consignado em linhas anteriores, o problema das drogas não se resolve com repressão, polícia ou exército, mas com educação e saúde. A política repressiva, há quase um século, mostra-se falha e dispendiosa. Talvez fosse o momento de se refletir e ponderar acerca remédio preventivo.

Dentre as políticas públicas voltadas à prevenção devem ser intensificados os métodos de controle primário. Neste prisma, indubitavelmente, a comunhão dos desígnios se faz necessária, vale dizer, se faz preciso uma atuação conjunta de todos os setores da sociedade civil. Consequentemente, haverá maior eficácia e qualidade nos resultados almejados.

Inobstante, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantidos mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de

7 A PEC 52/07 aguarda juízo de admissibilidade pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ).

doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Constituição Federal não faz distinção quanto ao público-alvo – beneficiários da prestação em saúde. Desta forma, o dependente químico, como qualquer outro indivíduo residente neste país, tem direito à assistência médica correspondente, bem como o direito de ser reintegrado ao corpo social.

Portanto, o direito a saúde guarda estrita relação com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, em especial, com o direito à vida, e conduz intensa carga principiológica ao conferir dignidade à pessoa humana que necessita de assistência em saúde, a exemplo do dependente químico que carece de desintoxicação para ser reintegrado ao corpo social.

REFERÊNCIAS

IENNACO, Rodrigo. Abrandamento jurídico-penal da “posse de droga ilícita para consumo pessoal” na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: primeiras impressões quanto a não-ocorrência de abolitio criminis. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 14 set. 2006

KARAM, Maria Lúcia. “Drogas: a irracionalidade da criminalização”. Artigo do *Boletim IBC-CRIM*, n. 45, ago. Esp. 1996.

LEAL, João José. Política criminal e a Lei nº 11.343/06: nova lei de drogas, novo conceito de substância causadora de dependência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1177, 21 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8957>>. Acesso em: 12 out. 2006.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 123

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de Perigo Abstrato. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 23, abr./maio 2008, Porto Alegre, Magister, 2008

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume - Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

A INTERNAÇÃO DE TOXICÔMANOS COMO MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO PROCESSUAL

Luciana Duarte Sobral Menezes¹

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Breves considerações acerca da tutela cautelar e do poder geral de cautela do juiz. 3. Poder Geral Cautelar no Processo Penal: é possível? 4. A internação de toxicômanos como medida cautelar legítima e alternativa à prisão processual. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O problema das drogas e suas nefastas consequências, que entorpecem e viciam a sociedade atual, é o assunto do momento. E, no âmbito público, constitui (ou deveria constituir) preocupação de todos os Poderes e de todas as esferas de governo, em diversas áreas de atuação estatal, da saúde à segurança pública. Engana-se quem pensa que a questão da toxicomania é um problema puro e simplesmente de polícia. Antes de qualquer coisa, é uma questão de saúde pública.

A drogadição é um fenômeno complexo e já demasiadamente enraizado na sociedade. E, mais do que um combate miliciano, demanda uma atuação estatal maciça e eficiente no âmbito terapêutico e de prevenção. É preciso cortar o mal das drogas pela raiz e, para tanto, não é suficiente o encarceramento de traficantes e a punição de usuários. É imprescindível que o Estado programe políticas públicas de prevenção e de tratamento da toxicomania.

1 Promotora de Justiça do Estado de Sergipe, graduada pela Universidade Federal de Sergipe – UFS.

Longe de defender uma benevolência do Estado no tocante aos crimes ligados ao comércio e ao uso de substâncias entorpecentes, o que se está aqui a clamar é a adoção de outras medidas estatais para extirpar ou ao menos minorar o problema das drogas. E essa necessidade de adoção de medidas que transcendem a repressão no campo penal pode ser justificada por um argumento de ordem prática, que antecede os argumentos jurídicos e/ou políticos: nos moldes atuais, por mais que se encarcerem traficantes e que se punam usuários, eles sempre existirão no seio da sociedade. No caso do tráfico, novos criminosos rapidamente assumem o papel daqueles que foram tirados de cena na organizada cadeia de distribuição e comercialização de entorpecentes. E, quanto aos usuários, mesmo aqueles encarcerados (não pelo uso de drogas em si, mas por conta dos crimes que praticam para sustentar o vício), não largam tão facilmente a dependência, porque o assédio dos traficantes, ávidos pelo lucro fácil de sua atividade, está por toda a parte, inclusive dentro das unidades prisionais; e também porque, sem auxílio médico e psicológico, dificilmente ele consegue se livrar da toxicomania, notadamente quando o vício incide sobre drogas de alto poder lesivo como o malfazejo “crack” e o recente “oxi”.

É preciso repensar a forma de atuação estatal no combate à disseminação do uso de substâncias entorpecentes, principalmente no tocante àqueles usuários que praticam delitos, normalmente contra o patrimônio, para custear a dependência química. O encarceramento dessas pessoas, desacompanhado do tratamento necessário à toxicomania, não traz uma solução adequada frente à periculosidade que apresentam em razão do descontrole do vício. A solução é meramente transitória, pois essas pessoas, simplesmente encarceradas, não se submetem a qualquer tratamento e, o que é pior, não raro mantêm o contato com a droga dentro das unidades prisionais. Um dia elas serão soltas e continuarão a praticar atos cada vez mais graves para a insana angariação de bens e recursos necessários à manutenção dos altos custos da dependência.

Diante desse panorama e em face da indiscutível ausência de condições adequadas do atual sistema prisional brasileiro para tratar e ressocializar os presos toxicômanos, propõe-se, no presente trabalho, a adoção de medidas outras no campo processual penal – paliativas,

porém eficazes – para minorar o problema da toxicomania e diminuir a incidência de crimes praticados com o objetivo de sustentá-la. Propõe-se a adoção de medidas alternativas à prisão processual, já que esta, nos moldes atuais, não se mostra verdadeiramente adequada para a garantia do bem estar da sociedade e do próprio viciado. Tudo isso com a finalidade maior de ressocializar o criminoso toxicômano, reinserindo-o no regular e sadio convívio social, já que essa é a finalidade última das sanções previstas no Direito Penal e, portanto, do próprio processo penal. Sem o tratamento adequado, não é possível atingir esse objetivo no caso de presos toxicômanos.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA CAUTELAR E DO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ:

O escopo principal da tutela cautelar é a busca de meios garantidores da eficácia do provimento jurisdicional perseguido em determinada demanda judicial – ou seja, da efetiva produção de efeitos no mundo empírico. Trata-se de tutela acessória, serviente a uma tutela principal, com função marcadamente preventiva, seja no processo civil ou no processo penal. É buscada e adotada para atender situações de emergência, sendo, portanto, provisória, e sua concessão está condicionada à existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (no processo penal, especificamente, *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*). É instrumental em relação à tutela principal a ela correlata, que, por sua vez, é instrumental em relação ao direito material perseguido. Por isso, fala-se na doutrina em *instrumento do instrumento* ou *instrumentalidade ao quadrado*.²

Discorrendo acerca dos bens jurídicos sob a proteção cautelar e valendo-se dos ensinamentos de Chiovenda, GRECO FILHO ensina:

2 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato C. de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, volume 3: processo cautelar e procedimentos especiais 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 33/35.

(...) o processo deve proporcionar a quem tenha razão 'tudo aquilo e precisamente aquilo que tem direito de conseguir'. Sabe-se que nem sempre esse resultado é alcançado, dadas certas impossibilidades decorrentes das limitações da natureza e da própria personalidade humana.

Todavia, como objetivo, deve sempre ser almejado, devendo significar para o legislador e para o juiz diretriz permanente e princípio básico da distribuição da justiça.

Nesse desiderato, tem extraordinária importância o conjunto de medidas cautelares e o poder cautelar geral do juiz, como acima se expôs, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional.³

A tutela cautelar, dotada de instrumentalidade exacerbada, encontra seu fundamento maior no princípio de inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República), do qual é decorrência lógica a garantia da tutela jurisdicional adequada. Tal princípio constitucional demanda a previsão de mecanismos para que a atuação do Poder Judiciário seja eficaz.⁴ Para a Constituição, notadamente frente ao aspecto material do princípio constitucional do devido processo legal (efetividade do processo), não basta a simples apreciação dos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos. É preciso que essa apreciação seja eficaz e é justamente aí que entra em cena a tutela cautelar, que engloba a adoção de medidas legalmente nominadas (medidas cautelares típicas) ou uninominadas (atípicas, decorrentes do poder cautelar geral).

O poder cautelar geral tem sua base legal no art. 798 do Código de Processo Civil e decorre da evidente impossibilidade do legislador prever todas as situações emergenciais que podem ocorrer no curso do processo principal, assim como as medidas instrumentais respectivas, de modo que, ao menos no processo civil, admite-se tranquilamente que o juiz adote

3 GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, volume 3: processo de execução e procedimentos especiais. 19 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 174.

4 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato C. de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, volume 3: processo cautelar e procedimentos especiais 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 42.

medidas cautelares atípicas ou inominadas quando a lei não prevê medida instrumental adequada para uma determinada situação de emergência, desde que preenchidos os requisitos legais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Sobre o tema, são esclarecedoras as lições de GRECO FILHO:

Além dos procedimentos cautelares específicos regulados no Código, o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Neste caso, para evitar o dano, o juiz poderá autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução (arts. 798 e 799).

Este é o chamado poder cautelar geral do juiz, e que se justifica porque não poderia o legislador não poderia prever todas as hipóteses em que bens jurídicos envolvidos no processo fiquem em perigo de dano e muito menos todas as medidas possíveis para evitar que esse dano ocorra.

O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumentos para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns ou mais contraditórios, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.⁵

5 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro, volume 3: processo de execução e procedimentos especiais*. 19 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 170/171.

No âmbito do processo penal, entretanto, a existência de um poder geral cautelar do magistrado não é tão tranquilamente aceita. Na realidade, a grande maioria da doutrina processualista penal rechaça a existência de tal poder, geralmente sob o argumento principal de que ele é incompatível com os princípios da legalidade e do estado de inocência, basilares nos âmbitos penal e processual penal.

3. PODER GERAL CAUTELAR NO PROCESSO PENAL: É POSSÍVEL?

Rechaçando a existência do poder geral cautelar no processo penal, LOPES JR. defende que, no âmbito criminal, as formas processuais constituem garantias ao acusado, frente aos princípios da legalidade e da presunção de inocência, sendo essencial o conceito de *tipicidade processual*. Afirma o autor:

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. (...) no processo penal, a forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.

(...)

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor

possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela”.⁶

Mesmo após o advento da nova Lei nº 12.403/2011, que previu um rol de medidas cautelares alternativas à prisão processual, o renomado autor rechaça, por completo, a existência de um poder geral de cautela no processo criminal. Segundo ele, *“a situação agora mudou em parte, pela consagração de medidas antes desconhecidas, mas a impossibilidade de medidas atípicas permanece.”*⁷ E assim conclui:

Nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziou com o advento da Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, pois ela apenas ampliou o rol de medidas cautelares, sem jamais contemplar uma “cláusula geral”, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei.⁸

Entrementes, ainda antes do advento da nova lei, começaram a surgir decisões, inclusive na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que, ao revogar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória a acusados, impunham-lhes o cumprimento de determinadas condições, como, por exemplo, a entrega de seu passaporte em Juízo e a vedação de se ausentar da Comarca na qual é processado sem autorização judicial. Tais decisões, embora nem sempre de forma expressa, acabaram reconhecendo a existência de um poder geral de cautela do Juízo no processo penal, com base no qual foram aplicadas medidas não previstas no Ordenamento Jurídico, porém, certamente, mais benéficas do que a prisão cautelar. A título ilustrativo, merece destaque a seguinte ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, prolatada em 2011:

6 LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 58.

7 LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. 7 ed. atual. com a Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 75. Sem os grifos do original.

8 Ibid. p. 76.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FACILITAÇÃO DE DESCAMINHO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. RESTITUIÇÃO DE PASSAPORTES: CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: CAUSA DE PEDIR REMOTA. APREENSÃO DE PASSAPORTES COMO MEDIDA ACAUTELATÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O habeas corpus não tutela “direitos que têm na liberdade física apenas a sua condição de exercício, objeto, não imediato, mas mediato, do pedido, não estando, assim, afetada imediatamente, mas apenas de modo oblíquo, a liberdade de locomoção” (HC n. 81.814-AgR/SP, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, Pleno, DJ de 08.05.2002). 2. Pedido é “o bem da vida pretendido pelo autor (...). Divide-se em pedido imediato (sentença) e pedido mediato (bem da vida). Pede-se a prolação de uma sentença (imediato) que garanta ao autor o bem da vida pretendido (mediato)” (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade – 10ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, págs. 550). 3. Na hipótese dos autos, o pedido mediato é a devolução definitiva dos passaportes; a liberdade de locomoção constitui apenas o pedido imediato. Pleiteia-se a restituição dos passaportes (pedido mediato) a fim de que possam realizar viagens ao exterior, exercendo seu direito de liberdade de locomoção (pedido imediato). 4. É cediço na Corte, consoante destaca o Membro do Parquet, a constitucionalidade da apreensão de passaportes como medida acautelatória no processo penal (Precedente: HC n. 94.147/RJ, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma DJ de 12.06.2008). 5. É o que registrou o parecer da Procuradoria Geral da República, *verbis*: “HABEAS CORPUS. APREENSÃO DE PASSAPORTE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PELO CONHECIMENTO E/OU DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais

dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC. 2. 'Se o direito brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras' (HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 13.06.2008) 3. Parecer pelo conhecimento e indeferimento da ordem." 7. Ordem indeferida. (HC 101830 / SP - Min. LUIZ FUX - Julgamento: 12/04/2011 - Órgão Julgador: Primeira Turma).

Os argumentos centrais de quem refuta o poder geral cautelar no âmbito do processo penal são os princípios do estado da inocência e o da legalidade estrita. De outra banda, quem defende sua existência o faz, normalmente, com arrimo nos art. 3º do Código de Processo Penal – CPP e art. 798 do Código de Processo Civil – CPC. Neste trabalho, defende-se a constitucionalidade do poder geral de cautela no processo penal, notadamente com amparo no princípio constitucional implícito da razoabilidade ou proporcionalidade.

O argumento de que o poder geral de cautela conflita com o estado de inocência não convence. A aplicação de medidas cautelares atípicas não fere o mencionado princípio constitucional pelas mesmas razões jurídicas que a prisão cautelar – a mais restritiva das medidas provisórias – não o maltrata. Se se admite, sem qualquer resistência doutrinária ou jurisprudencial, o convívio harmônico entre a presunção de inocência e a prisão processual (antes do trânsito em julgado da sentença condenatória), não há argumentos para se entender que o princípio constitucional em comento é incompatível com a aplicação de medidas cautelares alternativas e mais benéficas ao acusado, sejam elas nominadas ou inominadas.

Outrossim, a aplicação de medidas alternativas atípicas não fere o princípio da legalidade. Em um confronto apressado entre a aplicação de cautelares inominadas e o princípio constitucional previsto no art.

5º, XXXIX, da Carta Política de 1988, reproduzido no art. 1º do Código Penal – CP, pode parecer que a possibilidade de aplicação das cautelares inominadas sucumbe frente à legalidade penal. Isso porque, pensando-se apenas no seu caráter restritivo, poder-se-ia defender que, não havendo previsão legal, elas não seriam legítimas.

De fato, apesar de não possuírem caráter penal (de pena), já que aplicadas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e justamente em razão do princípio do estado de inocência, não se pode negar que as medidas cautelares, todas elas e não apenas a prisão, impõem restrições à esfera de direitos do acusado. Todavia, também não se pode deixar de reconhecer que algumas cautelares são menos restritivas que outras e que todas as outras são menos restritivas que a prisão. É dizer, dentre todas as cautelares possíveis, previstas ou não no CPP, é possível se chegar a uma escala crescente de restrição, na qual a prisão se apresenta no topo, como a medida mais restritiva ao acusado, por tolher o seu direito constitucional de ir e vir livremente.

Por outro lado, deve-se considerar também que o princípio da legalidade penal, assim como todos os princípios e garantias constitucionais penais e processuais penais, têm sua razão de ser na segurança jurídica do acusado. Ou seja, são pensados e sustentados em benefício daqueles sobre quem recai a imputação penal e, logo, não podem ser invocados para rechaçar medidas que, na prática, são-lhe benéficas.

Existem situações fronteiriças, em que há o *periculum libertatis* e nenhuma das medidas cautelares típicas são suficientes para contê-lo, a não ser a prisão. Contudo, vislumbra-se medida cautelar atípica, alternativa ao encarceramento provisório, suficiente para cercear o perigo concreto aferido naquela situação. Um exemplo claro dessa situação é o caso de investigados e réus toxicômanos, presos em flagrante ou processados em razão da prática de infrações penais, normalmente crimes contra o patrimônio, cometidas com o intuito principal de angariar dinheiro e outros bens para sustentar financeiramente o vício.

4. A INTERNAÇÃO DE TOXICÔMANOS COMO MEDIDA CAUTELAR LEGÍTIMA E ALTERNATIVA À PRISÃO PROCESSUAL

As pessoas viciadas com alto grau de comprometimento são capazes de praticar barbaridades para sustentar a toxicomania. Começam dilapidando os próprios bens e o patrimônio de familiares. Quando esses bens não são mais suficientes, passam a praticar pequenos furtos e, quando não conseguem dinheiro de nenhuma dessas formas, partem para a prática de crimes mais graves, como roubos e até homicídios, algumas vezes com requintes de crueldade com as vítimas, pois, normalmente, fazem uso da droga para cometerem os delitos.⁹

Não raro, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público veem-se diante de réus toxicômanos, presos ou processados nessas circunstâncias. Chegaram ao “fundo do poço” e começam a provar das conseqüências das condutas ilícitas praticadas para custear a toxicomania. Quando já não são reincidentes, a reincidência é uma questão de tempo. Em casos tais, o perigo de reiteração criminosa é latente, quando a reiteração já não é fato. É dizer, se permanecerem no convívio social sem tratamento, certamente voltarão a delinquir e a tendência é que os atos praticados tornem-se cada vez mais graves. Como garantir a ordem pública nesses casos?

A doutrina e a jurisprudência admitem, com tranqüilidade, o perigo concreto de reiteração criminosa como aspecto caracterizador da necessidade de garantia da ordem pública, para fins de decretação da prisão preventiva. Desse modo, a prisão cautelar é, sem dúvidas, cabível em casos de réus ou investigados viciados em drogas, com ficha criminal extensa ou prestes a crescer em decorrência do descontrole do vício.

Todavia, nesses casos, a decretação da prisão processual, efetiva para garantir a ordem pública em um momento imediato, não traz grandes perspectivas de efetividade em longo prazo. Isso porque o sistema prisional

9 MENEZES, Luciana Duarte Sobral. A legitimidade do Ministério Público para promover a internação compulsória de toxicômanos. O Ministério Público Contemporâneo. Série Estudos da Associação Sergipana do Ministério Público, nº 1. Aracaju: Evocati, 2011. p. 150.

brasileiro não é apto sequer a barrar a entrada de substâncias entorpecentes nas unidades prisionais. Quiçá proporcionar um tratamento adequado aos presos toxicômanos, visando a sua ressocialização e à efetiva garantia de que, quando soltos, deixarão de praticar ilícitos para custear o consumo desenfreado de drogas.

Por outro lado, em tais situações, nas quais o drogadiço geralmente não tem o mínimo controle sobre suas condutas, nenhuma outra medida cautelar típica revela-se efetiva para conter o perigo iminente de reiteração criminosa. Com efeito, nenhuma das novas medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP, com recente redação dada pela Lei nº 12.403/2011, mostra-se adequada para, por si só, conter o vício de toxicômanos investigados ou processados. Não é suficiente, por exemplo, a determinação de comparecimento periódico do acusado em Juízo ou a proibição de que ele se ausente da Comarca, se tais medidas não forem acompanhadas de um tratamento eficaz na contenção da toxicomania, causa central da reiteração criminosa que se quer evitar. Todas essas cautelares nominadas, inclusive a internação compulsória de inimputáveis, não são capazes de controlar o vício. E, com isso, a probabilidade de cometimento de novos e novos crimes permanece, assim como a de que tais medidas alternativas sejam, mais cedo ou mais tarde, convertidas em prisão.

Poder-se-ia pensar, em um primeiro momento, que a internação provisória prevista no inciso VII do art. 319 seria adequada para resolver o problema dos réus e investigados toxicômanos. Porém, deve-se lembrar que referida medida só pode ser aplicada, por expressa disposição legal, quando o delito é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e nos casos em que o acusado é reconhecidamente, por perícia, inimputável ou semi-inimputável. Ocorre que nem sempre os crimes cometidos reiteradamente por drogadiços envolvem violência ou grave ameaça (pense-se no furto, por exemplo) e nem sempre, também, pessoas com alto grau de envolvimento com a droga são, tecnicamente, reconhecidas como inimputáveis ou semi-inimputáveis. Ou seja, nem sempre o alto grau de envolvimento com a droga retira ou minora a capacidade de entender e querer do indivíduo, apesar de sua patente necessidade de tratamento. Em alguns casos, a reiteração criminosa já existe, mas a toxicomania ainda não

afetou a imputabilidade penal do sujeito, apesar de estar caminhando para tanto; nesses casos, não se justifica a espera de uma piora da drogadição (aguardar que ela traga a inimputabilidade) para a adoção de medidas eficazes pela Justiça Criminal. A toxicomania é um problema grave e de difícil combate, demandando atuação precoce.

Não bastasse, essa internação provisória é normalmente feita em hospitais de custódia e tratamento oficiais, integrantes do sistema prisional, para onde são mandados todos os réus e investigados inimputáveis, não apenas os envolvidos com substâncias entorpecentes. E, via de regra, tais unidades, à semelhança das unidades prisionais comuns, também não dispõem do aparato humano e material necessário para proporcionar aos internos toxicômanos tratamento completo e adequado a sua condição.

Enfim, nenhuma das medidas cautelares alternativas atualmente tipificadas na lei brasileira, nem mesmo a internação provisória, é suficiente e adequada para barrar a reiteração criminosa de réus e investigados toxicômanos. Mas seria razoável decretar-se a prisão processual em casos tais, sob o argumento de que a aplicação de medidas inominadas fere o princípio da legalidade? Obviamente que não, mormente diante da noção primária de que o princípio constitucional mencionado foi pensado para garantir o acusado, sua segurança jurídica e sua esfera de direitos fundamentais, não podendo, jamais, servir de argumento para prejudicá-lo. E não é só isso. Frente às atuais condições do sistema prisional brasileiro, deve-se considerar também que, ao menos em longo prazo, nem mesmo a prisão processual é capaz de efetivamente combater a crescente atuação criminosa de drogadições desesperados para conseguir bens suficientes para adquirir a droga.

Definitivamente, ao menos no atual panorama de condições do sistema prisional brasileiro, a prisão preventiva não é a medida mais adequada para conter a probabilidade de reiteração criminosa de acusados toxicômanos. Entrementes, dentre as legalmente previstas, é a única medida típica apta a garantir, momentaneamente, a ordem pública. Sem sombra de dúvidas, a medida mais efetiva para a espécie, apesar de inominada, seria a imposição de tratamento ao viciado, medicamentoso, psicológico e, se necessário, mediante sua internação em estabelecimento adequado.

A internação não foi tipificada pelo legislador brasileiro como medida cautelar penal. Entretanto, não é razoável negar sua aplicação, como alternativa à prisão processual, em casos em que nenhuma das medidas típicas é suficiente para garantir a ordem pública em face da toxicomania descontrolada, seja em respeito aos próprios direitos fundamentais do toxicômano processado ou investigado e a sua dignidade, seja em razão da efetividade da medida em si.

Não se está aqui a defender a relativização das regras processuais penais. Também não se desconhece que o devido processo legal, notadamente no âmbito penal, constitui limite legítimo ao poder punitivo do Estado, impedindo abusos e injustiças. Todavia, a forma legal só deve ser invocada para aumentar a esfera de garantias do acusado. E, nas situações em apreço, ela acaba servindo de óbice à adoção de medidas mais adequadas ao caso e menos violadoras de sua dignidade, pois, descartada a possibilidade de imposição do tratamento adequado como medida cautelar alternativa, só restará a decretação da prisão.

É em meio a essa discussão que entra em cena o princípio constitucional implícito da razoabilidade ou proporcionalidade. Invocando a doutrina constitucionalista, LOPES JR. ensina que, do princípio da proporcionalidade, decorrem três subprincípios, *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*, os quais constituem o norte da aplicação das medidas cautelares pessoais no âmbito processual penal. A necessidade, segundo o autor, impõe que a medida aplicada não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado almejado. A adequação, que a medida cautelar deve ser apropriada ao caso concreto, a mais adequada dentre as possíveis para atingir o fim perseguido. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, ainda segundo o autor, significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação: de um lado, o custo de submeter alguém presumidamente inocente à prisão ou qualquer outra restrição e, de outro, a necessidade da medida, sua adequação e os elementos probatórios existentes. Especificamente sobre o subprincípio da adequação, que é o que mais nos interessa no estudo em apreço, ensina o autor em comentário:

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos motivos e fins. Logo, se houver alguma outra medida (inclusive de natureza cautelar real) que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.¹⁰

Sob as luzes do subprincípio da adequação, é mais do que razoável defender a possibilidade de que o Juiz, diante um réu ou investigado dependente químico, com alto grau de envolvimento com drogas e histórico de cometimento de outros delitos, ao invés de decretar sua prisão para a garantia da ordem pública, determine sua internação em estabelecimento próprio para o tratamento de drogadições ou sua submissão a tratamento ambulatorial, baseado em relatório médico ou psicológico. De fato, estas constituem medidas menos gravosas e muito mais aptas a atingir os objetivos perseguidos do que a prisão preventiva.

Questão interessante é saber se é possível ao Juiz, baseado em laudo médico ou psicológico, determinar a internação de réu ou investigado viciado em substâncias entorpecentes mesmo contra sua vontade. Ou seja, se a internação ordenada como medida cautelar penal pode ser compulsória. Agora sim, é preciso que o constrangido seja reconhecidamente inimputável ou, ao menos, semi-inimputável, em respeito ao princípio da autonomia consciente do paciente ou do consentimento e recusa esclarecidos, estabelecido nos artigos 22, 24 e 31 do Novo Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina).¹¹

Mas isso não retira a eficácia e a utilidade da internação de toxicômanos como medida cautelar penal nos demais casos, em que o acusado ou investigado é penalmente imputável. Isso porque, assim como ocorre com as demais cautelares tipificadas na lei, a possibilidade de sua conversão

10 LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 67/68.

11 Sobre o princípio em questão e suas consequências jurídicas no âmbito da internação de toxicômanos promovida pelo Ministério Público, cf. MENEZES, Luciana Duarte Sobral. A legitimidade do Ministério Público para promover a internação compulsória de toxicômanos. O Ministério Público Contemporâneo. Série Estudos da Associação Sergipana do Ministério Público, nº 1. Aracaju: Evocati, 2011. p. 150.

em prisão na hipótese de descumprimento acaba servindo de estímulo para a aceitação da medida pelo dependente. Certamente, na iminência de ver decretada sua prisão processual ou diante da possibilidade de ver deferida sua liberdade provisória nos casos de prisão em flagrante, muitos réus e investigados que antes não cogitavam de se submeter a qualquer tratamento aceitarão com facilidade até mesmo a internação.

Por fim, deve-se frisar que a determinação do tratamento de investigados e processados toxicômanos como medida acauteladora do processo penal alinha-se, aliás, com o próprio fim último do processo penal. No âmbito criminal, o objetivo maior do processo é a apuração do fato e, provadas materialidade e autoria do delito, a aplicação das sanções penais cabíveis aos responsáveis. Mas não se pára por aí. Ao final das contas, o que se quer, ao menos em termos teóricos, não é apenas a punição dos culpados. Um dos objetivos da aplicação da pena, senão o mais importante, é a ressocialização do agente. Trancar pessoas no auge da drogadição sem o tratamento adequado em nada contribui para que elas possam voltar a ter um convívio social sadio.

5. CONCLUSÃO

A necessidade de internação de investigados e acusados no âmbito penal por envolvimento com substâncias entorpecentes, longe de ser uma peculiaridade de determinados processos, é situação comum e encontrada no processo penal dos dias atuais, em que o tráfico e o uso de drogas constituem a raiz de muitos outros crimes. Trata-se de realidade que não pode ser negada ou negligenciada pelo legislador e, tampouco, pelos aplicadores do direito.

É nesse contexto, e como forma de coibir ou minorar as nefastas consequências da drogadição, que se defende, no presente artigo, a possibilidade do juiz, com fundamento na necessidade de garantia da ordem pública, determinar a internação de investigados e acusados toxicômanos, em estabelecimentos clínicos ou de tratamento adequados, mesmo que ainda não reconhecidamente inimputáveis ou semi-imputáveis, quando for patente, em razão das circunstâncias concretas do caso, que, permane-

cendo em liberdade sem o devido tratamento, ele voltará a praticar crimes para sustentar o vício.

Mesmo não sendo ela tipificada na lei brasileira como cautelar penal, deve-se admitir a adoção da medida, com base no poder geral de cautela do juiz criminal, amparado no princípio constitucional implícito da razoabilidade ou proporcionalidade. Ademais, deve-se ter em mente que, frente à necessidade premente de garantia da ordem pública em casos tais, a internação do toxicômano revela-se medida indiscutivelmente mais benéfica do que a prisão processual, notadamente em face das atuais condições do sistema prisional brasileiro, o que faz cair por terra o argumento de que o princípio da legalidade penal impede a adoção de tal medida atípica.

BIBLIOGRAFIA

FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. Internação compulsória para tratamento de alcoólatras e dependentes químicos. <http://www.adroga.casadia.org/leis/internacao-compulsoria-tratamento-alcoolatras-dependentes-quimicos.htm>. Acesso em 25 de março de 2011.

GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: prevenção e repressão - comentários à Lei n. 11.343/2006 - lei de drogas. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito processual civil brasileiro, volume 3: processo de execução e procedimentos especiais. 19 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. 7 ed. atual. com a Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENEZES, Luciana Duarte Sobral. A legitimidade do Ministério Público para promover a internação compulsória de toxicômanos. O Ministério Público Contemporâneo. Série Estudos da Associação Sergipana do Ministério Público, nº 1. Aracaju: Evocati, 2011. p. 147/156.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato C. de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, volume 3: processo cautelar e procedimentos especiais 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

AS DROGAS COMO PROBLEMA SOCIAL: O QUE HÁ MESMO POR TRÁS DISSO?

Luís Cláudio Almeida Santos¹

Do ponto de vista fenomenológico, as drogas são substâncias cuja absorção, pelas suas características intrínsecas e por não serem produzidas pelo corpo humano, acarretam modificações orgânicas e/ou de estado de espírito razoavelmente notáveis entre os que as utilizam (ESCOHOTADO, 1999). Apesar da amplitude deste conceito, são as drogas particularmente de eficácia psicoativa que têm interessado o controle formal, visto aqui como um conjunto de instituições, práticas discursivas e não discursivas, representações e atores interessados em definir, com base na lei, a resposta que se deve dar ao desvio da normatividade protegida pelo próprio controle.

O objetivo deste artigo consiste em propor um programa heurístico de estudos das drogas que permita reconstruir o problema das drogas na base de aproximações, hipóteses, generalizações ou particularizações capazes, pela sua acuidade, de orientarem pesquisas sobre aspectos específicos das drogas.

Metodologicamente, o programa acima obedece ao esquema de investigação científica desenhado por Lakatos (1999). Assim, convém esclarecer quais são as exigências negativas (“heurística negativa”) e positivas (“heurística positiva”) a serem respeitadas. Ora, toda e qualquer investigação científica se orienta por alguma perspectiva teórica. No caso do programa sugerido, não basta identificar o “núcleo firme” teórico, é preciso esta-

1 Promotor de Justiça, Pesquisador na área do direito e das ciências sociais, Professor da Aliança Francesa de Aracaju, ex-Professor de direito da UNIT, Licenciatura plena Francês-Português UFS, Mestrado em Direito Universidade Gama Filho, Mestrado em Sociologia UFS, doutorando em Sociologia UFS.

belecer, como recomenda Lakatos (1999), uma “cintura protetora” deste núcleo. E esta “cintura protetora” é feita de hipóteses auxiliares, as quais, na medida em que enfrentam o confronto com a empiria, podem ser refutadas ou encaminhar a pesquisa a novas lacunas na teoria.

Apresentados os fundamentos metodológicos gerais da abordagem contida neste artigo para o problema das drogas, é hora de deixar explícito como serão cumpridas, em relação ao objeto de estudo específico, as exigências do próprio programa de investigação.

2. A HEURÍSTICA NEGATIVA E O PROBLEMA DAS DROGAS: O NÚCLEO TEÓRICO

O desafio que se pretende enfrentar neste tópico consiste na explicitação do “núcleo teórico” a ser preservado, sob pena de comprometimento de todo o programa.

Falando de problemas sociais, lembremos que os sociólogos não se interessam por problemas sociais como realidades dadas, mas sim como realidades construídas cuja reconstrução se torna interessante na medida da relevância teórica do programa investigativo.

É pressuposto do núcleo teórico deste programa que problemas sociais devem ser tomados no sentido específico de determinadas condições sociais que certos grupos definem como problemáticas.

O que separa este programa construtivista, entretanto, da abordagem estrutural-funcional² é um conjunto de pressupostos epistemológicos e metodológicos não compartilhados. Embora haja a possibilidade de acordo quanto à relação forte entre a categoria problemas sociais e a modernidade³,

2 Quanto aos problemas sociais, o enfoque metodológico da abordagem estrutural-funcional era centrado não apenas nas dimensões objetiva – o comportamento social empiricamente verificável - e subjetiva – as definições simbólico-morais dos grupos interessados em problematizar determinadas condições (NISBET, 1971), mas também nos conceitos de problema manifesto - tal qual aparece nas percepções e avaliações dos atores sociais - e problema latente – condições em desarmonia com os valores sociais, mas que são reconhecíveis como problemáticas pelos sociólogos (MERTON, 1971).

3 A fim de simplificar, a modernidade é encarada aqui como o processo de desqualificação da tradição como elemento central e acrítico de reprodução da sociedade.

a ordem normativa da sociedade não pode ser vista, dado o pluralismo de valores, como produto de um consenso homogêneo, e sim, de um dissenso substantivo profundo. Além disso, não se pode presumir que o mundo social tende necessariamente a um equilíbrio, pois isso é uma forma de legitimar a dominação dos grupos com mais recursos. Pensando bem, o problema dos grupos dominantes é, ao contrário, assegurar, em meio ao conflito, a legitimidade de sua dominação.

Pretende-se evitar com este construtivismo temperado, em síntese, uma concepção da vida social que negue a existência de posições objetiváveis de poder nos variados contextos ou de objetivações duradouras irredutíveis às ações intencionais (BERGER e LUCKMANN, 2002).

3. AINDA A HEURÍSTICA NEGATIVA: EM BUSCA DA “CINTURA PROTETORA”

Exposto o “núcleo duro” do programa heurístico de investigação do problema das drogas, passemos à apresentação das hipóteses auxiliares que integram a “cintura protetora” do referido núcleo. A função dessas hipóteses é não apenas salvaguardar a “matriz teórica” do programa, mas sobretudo permitir que o confronto de determinadas construções abstratas com a realidade empírica dê azo a uma re-elaboração teórica.

Assim, o problema das drogas será dividido em quatro âmbitos investigativos. Como hipóteses teóricas a serem testadas nesta fase do processo de descobertas, aconselha-se o uso dos conceitos de hegemonia em Gramsci (GRAMSCI, 2000) e de dispositivo em Foucault (FOUCAULT, 1988). Além disso, opta-se por uma estratégia metodológica que prefiro chamar de paralaxe, a fim de permitir uma virada de perspectiva na direção de aspectos microsociológicos.

Começemos pelos âmbitos que fazem parte da “cintura protetora”. O primeiro âmbito é o global/local. A globalização no sentido em que se emprega o termo neste programa corresponde à existência de processos que, embora possuam traços específicos nacionais, envolvem dinâmicas e atores dentro e fora das fronteiras nacionais e regionais (SASSEN, 2010).

Ora, o processo de construção do problema das drogas torna-se bem mais visível, quando se aceita que o conceito gramsciano de hegemonia, isto é, a capacidade que certos grupos políticos têm de formularem ideias, valores e crenças particulares em termos universais, encontre guarida, segundo defende Cox (COX,2007), no domínio das relações internacionais. Nada impede, porém, que se discuta, também neste âmbito, a formação do dispositivo das drogas. Em Foucault, dispositivo é uma rede de relações entre elementos heterogêneos, tais como discursos, instituições, leis, enunciados e práticas não discursivas. A função estratégica do dispositivo das drogas consiste, por sua vez, no controle-sujeição dos atores envolvidos com as substâncias psicoativas.

O segundo âmbito traduz-se no que os criminólogos chamam de economia política do crime. Por economia política, entendem eles tanto o estudo das causas dos comportamentos criminosos, quanto à análise das formas de resposta oficial a determinadas categorias de transgressão. Entretanto, o enfoque construtivista, ao tratar as definições da lei como construções sociais, impede que se opte por uma abordagem etiológica somente compatível com a perspectiva positivista. Seja como for, o estudo da economia política mediada pela economia simbólica fornece uma chave para desvelar tanto a associação entre os padrões de uso de drogas e as posições estruturadas de classe, quanto a atuação do sistema de justiça criminal no controle das classes inferiores e de determinados grupos étnicos subintegrados (PASTANA,2009).

No âmbito prático-político, tempera-se o construtivismo com o conceito de *habitus* (BOURDIEU,2005). Note-se que as instituições de controle devem a sua coerência funcional aos processos de socialização de certas disposições físicas, emocionais, cognitivas e morais. Seja como for, o processo de construção dos problemas sociais é político e cultural, quer porque é dirigido para o Estado, quer porque as posições estruturalmente demarcadas constituem o pano de fundo, mas não determinam incondicionalmente as práticas discursivas e os esquemas tipificadores que se incorporam ao conhecimento comum.

E o quarto e último âmbito que se pretende incluir no programa heurístico de investigação do problema das drogas é o interacional. Trata-se

de uma dimensão micro relacionada ao modo como os usuários de drogas controlam os efeitos farmacológicos das drogas, nos diversos contextos de vida, e resolvem o dilema entre as exigências seja dos controles formais, seja dos controles informais. Um programa heurístico de estudos das drogas não estaria completo, a meu ver, sem um mecanismo paralático (ZIZEK,2008) que, ao alterar a posição do objeto em relação a um plano mais distante, permita ver esse mesmo objeto sob ângulos diferentes.

4. A HEURÍSTICA POSITIVA E A RECONSTRUÇÃO DO PROBLEMA DAS DROGAS

Na etapa da heurística positiva, o objetivo a que me proponho é o de operacionalizar, com os recursos limitados disponíveis, o programa construtivista que defendo, nos âmbitos em que se desdobra a “cintura protetora” do referido programa.

a. A exportação do modelo proibicionista e a hegemonia norte-americana

Começemos pelo “desencantamento” progressivo das drogas naturais pela descoberta científica de princípios, como a morfina, que podem ser utilizados para fins médicos de controle da dor. O segundo fato significativo foi a mudança de posição da China, no início do século XX, de país importador para país exportador do ópio (CARNEIRO,2005).

Deve-se lembrar ainda que a utilização dos princípios ativos das drogas naturais para fins industriais e médicos fez com que as drogas naturais não apenas perdessem o seu “encantamento” terapêutico, mas se transformassem, do ponto de vista econômico, em *commodities* menos interessantes para os países industrializados.

O contexto está montado para que determinados grupos de atores se destaquem na preparação do ambiente sociocultural propício à expansão do modelo proibicionista norte-americano. Estou pensando no processo crescente de medicalização da saúde, através do qual se consagra a autoridade médico-política, e permite que a medicina se expanda no sentido dos

não doentes (FOUCAULT, 1997). Estas são as bases também do biopoder (poder sobre a vida e sobre a morte, poder sobre corpos individuais e sobre corpos sociais) e da biopolítica, modalidade de biopoder baseado no controle das populações (FOUCAULT, 1988). No tocante ao objeto deste artigo, o biopoder se exerce através do dispositivo das drogas, que é uma rede de relações entre elementos heterogêneos, como discursos, instituições e práticas não discursivas.

Acontece que a formação do biopoder e a passagem das drogas psicoativas da condição de mediadores socioculturais para simples *commodities* cada vez mais massificadas não são suficientes para justificar a exportação do modelo de política antidrogas proibicionista. Afinal, a função de controle do biopoder e o estatuto de mercadoria das drogas podem ser compatíveis com formas de política antidrogas diferentes do proibicionismo.

O problema das drogas, tal qual definido no Brasil como um problema de segurança e de saúde públicas, é inseparável da exportação do modelo proibicionista dos EUA.

Nas décadas de 1970 e 1980, duas administrações republicanas plantam os fundamentos da transnacionalização do problema das drogas. Nixon institui o atual *DEA-Drug Enforcement Administration*, sob a hegemonia do discurso médico e do discurso político-jurídico, ambos baseados nos estereótipos, respectivamente, do usuário como dependente e do traficante como inimigo interno do Estado. Já Reagan militariza o controle das drogas ilícitas, sob a égide do discurso jurídico-político do traficante como um inimigo externo a ser combatido onde houver a produção de substâncias psicoativas proibidas (DEL OLMO, 1990). Ambos os presidentes dos EUA pertenciam ao Partido Republicano.

O modelo proibicionista norte-americano, apesar da adoção no âmbito europeu e brasileiro dos temperamentos das políticas de redução de danos, como demonstra o fracasso na tentativa de revisão do “Consenso de Viena” em 2009, continua hegemônico no plano internacional. A exportação deste modelo, através das Convenções da ONU de 1961, 1971 e 1988, teve a função de legitimar a política interna antidrogas norte-americana, o que foi facilitado tanto pela convergência dos interesses geopolíticos dos

EUA durante a Guerra Fria quanto pela estrutura da ONU permeável à liderança norte-americana⁴.

b. Economia política e economia simbólica

A operacionalização dos conceitos de hegemonia e de dispositivo permitiu, no primeiro embate com a realidade histórica, reconstruir o processo que levou à definição das atividades de produção, distribuição e consumo de drogas psicoativas como problemáticas e reprimíveis no nível internacional. O proibicionismo norte-americano não teve dificuldade de encontrar no Brasil, por conseguinte, um contexto favorável geopolítico, durante a ditadura militar, não apenas para a importação do proibicionismo, ou da política de “tolerância zero” em matéria de drogas ilícitas, mas também da “guerra contra as drogas”.

O que se chama política sobre drogas não é produto isolado de um discurso, de um grupo de atores, do direito ou de informações epidemiológicas, mas de um conjunto de elementos heterogêneos, que podem ser metodologicamente descritos como o dispositivo das drogas.

Ora, conceitos-síntese são bons para resolver problemas metodológicos. Entretanto, devemos nos acautelar com o caráter superinterpretativo desses conceitos, na medida em que, a pretexto de uma abrangência consoladora, podem fechar prematuramente a análise.

O controle formal das drogas, embora sustentado em discursos com a pretensão de aplicação universal, como o discurso médico e o jurídico, revela-se seletivo em relação aos seus destinatários. E os efeitos perversos dessa seletividade se devem a determinadas posições estruturadas de classe e de raça. Classe construtivamente definida como uma combinação do “ser percebido” – elemento subjetivo – e do “ter” acesso a determinados bens materiais e culturais – elemento objetivável (BOURDIEU, 2008:447). Raça entendida como representação negativa de uma marca fenotípica que opera, na maioria das vezes junto com a categoria classe, mas que

4 Até hoje, o Presidente dos EUA está autorizado a se valer do *Anti-drug Abuse Act de 1986* para certificar um país como não cooperativo na “guerra contra as drogas”, reprimenda que implica sérios prejuízos comerciais e econômicos, inclusive junto a instituições financeiras. (GRAY, 2001).

pode operar isoladamente. Raça e classe são tomadas como “unidades nominais” que permitem identificar em determinadas circunstâncias a falta de certas disposições básicas que servem tanto como meio de reconhecimento social quanto de integração nos sistemas econômico, escolar e cultural (SOUZA, 2006).

Assim é que os usuários de classe inferior e de cor negra ou parda têm mais chance de serem selecionados como traficantes, mesmo porque a falta de distinções legais e jurisprudenciais claras entre traficantes grandes, médios e pequenos, ou mesmo entre traficante-comerciante e traficante-usuário, favorece a atuação seletiva da polícia e de todo o sistema de justiça criminal. O fato de que as práticas de uso de drogas pelas classes inferiores ocorrem em ambientes públicos ou desprestigiados socialmente facilita a visibilidade das ações dos consumidores e dos pequenos traficantes pertencentes aos segmentos mais baixos, geralmente os que acabarão por compor a população carcerária.

A pesquisa empírica sobre o perfil dos presos no Brasil, inclusive dos traficantes, comprova a seletividade do controle formal das drogas e o caráter ideológico dos discursos jurídico e médico, na medida em que invocam a proteção da saúde pública, quando na prática servem para o aprofundamento da criminalização dos grupos inferiorizados socialmente.

População carcerária	Grupo: crimes contra o patrimônio e tóxicos	Ensino fundamental incompleto	Negros Pardos Brancos
513 802	49,34% + 23,39% = 72,73% de 474.090 crimes	63,77% de 464.440 presos	15,85% 41,77% 34,79% de 464.440 presos

Fonte: Ministério da Justiça- Infopen – Jun/2011 – População carcerária no Brasil

Se tomarmos como indicador de classe a escolaridade ou o capital cultural, verificaremos pela composição da população carcerária brasileira, que quase 75% dos presos estão no cárcere por causa de crimes patrimoniais e de crimes relacionados com tóxicos, neste último caso, excluído o crime de tráfico internacional de drogas E aproximadamente 65% da totalidade dos presos não têm ainda o ensino fundamental completo.

Os dados estatísticos mostram também que a raça ou a cor deve ser considerada ao lado da classe como indicador de seletividade penal, haja vista a subrepresentação na população carcerária brasileira dos brancos. Afinal, os brancos correspondem, segundo o Censo 2010 IBGE, a 47.7% da população brasileira, quando somente 34,79% dos presos figuram como de cor branca.

Segundo o IBGE-Censo 2010 ainda, a taxa de analfabetismo dos negros e pardos é o dobro da dos brancos, sem contar que o rendimento-hora dos negros e pardos, para o mesmo trabalho, é menor do que o dos brancos. Ora, as estruturas de classe e de raça, esta frequentemente mediada também pela classe, oferecem contextos de privação de direitos e de precariedade socioeconômica que favorecem também situações de risco propícias a um uso menos controlado das drogas, como se pode ver no quadro comparativo do uso na vida de maconha, solventes e cocaína. Note-se que, para efeitos de levantamento epidemiológico dos padrões de uso de drogas, é suficiente um só uso experimental para que se considere existente o uso na vida.

Drogas	Domiciliar (de 12 a 65 anos)	Estudantes Ensino Fundamental e Médio	Crianças Adolescentes (Situação de Rua)	Universitários
Maconha	6,9%	7,6%	40,4%	26,1%
Solventes	5,8%	13,8%	44,4%	20,4%
Cocaína	2,3%	2,0%	24,5%	7,7%

Comparação do uso de drogas na vida. Fonte: SENAD, CEBRID e GREAFMUSP

O que se pode observar, a partir da relação entre as posições estruturadas de classe e de raça e o problema das drogas, é que o “aspecto imaterial” ou “a economia simbólica” desse problema, ou seja, o conjunto das representações e discursos fundados na tríade DROGA-CRIME-DOENÇA, tem a função de esconder o “aspecto material” da economia política, que, em criminologia, remete aos fatores econômicos associados ao crime e ao controle.

c. As contradições da política brasileira antidrogas e o peso do *habitus*

A globalização da guerra contras as drogas americana, além de ignorar as diferentes realidades sociais de cada Estado, aprofundou em um país de fortes desigualdades como o nosso o duplo padrão de uso do direito penal.

O modelo atualmente em vigor de política antidrogas no Brasil, implantado pela Lei 11.343, de 23.08.2006, não rompe com o proibicionismo norte-americano. Adota uma postura mais moderada, em que pese a continuidade da criminalização do uso de drogas, hoje submetido à advertência, à pena de prestação de serviços à comunidade e à medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

Entretanto, a hegemonia política do discurso dos movimentos de reforma sanitária e psiquiátrica e de defesa dos direitos humanos está limitada culturalmente por disposições e representações que reduzem o mundo vário das drogas às categorias estereotipadas dos usuários dependentes e dos traficantes sanguessugas. Além disso, o interesse do noticiário pelas narrativas de degradação pelo vício e o pendor das pesquisas empíricas tanto pelos aspectos violentos dos conflitos entre traficantes quanto pelas práticas abusivas e corruptas da polícia lançam na obscuridade as dimensões menos dramáticas do universo das drogas.

O modelo jurídico-político de representação do traficante como um inimigo do Estado e da sociedade, independentemente da existência de várias categorias de traficante no mundo social das drogas é, em parte, explicável pela atuação das disposições individualizantes incorporadas pelos atores profissionais do controle, sob o peso do discurso médico-jurídico e da construção midiática do problema das drogas.

Em um modelo teórico do controle formal que estou ainda desenvolvendo, considero como primeiro nível de análise a investigação do conjunto de disposições que os atores profissionais do controle internalizam ao serem socializados em certos contextos organizacionais, como a polícia, o Ministério Público e a justiça.

Se entendermos que a ação social tem como um dos motores o que Bourdieu (2003) denomina *habitus*, podemos fazer a seguinte pergunta: quais são as disposições comuns a controladores pertencentes a agências tão diferentes quanto a polícia e a justiça? A resposta é: para participar

do campo do controle como controlador profissional, é preciso ter incorporado no mínimo duas disposições básicas. A primeira disposição é o ponto de vista “escolástico” em relação à normatividade a ser controlada. É preciso considerar essa normatividade como universal e não como moralidade de grupo. A segunda disposição pode ser chamada de “esquema da responsabilidade moral”. Esse princípio se traduz em uma forma de pensamento que leva a tratar os casos criminais como problemas individualizados de responsabilidade, excluindo-se todos os demais aspectos igualmente relevantes.

Portanto, as duas disposições anteriores constituem uma matriz que, somadas às trocas simbólicas e ao interesse compartilhado pelos controladores na conservação de suas posições, permite unificar teoricamente os *habitus* de origem dos diferentes atores profissionais que integram as instituições de controle formal.

Por sua vez, os médicos resistem a ver os usuários como consumidores de substâncias psicoativas que põem em risco o corpo humano, mas que podem ser capazes de controlar informalmente o uso das drogas. Além disso, desde que a medicina passou a ocupar o lugar da religião em matéria de controle das substâncias psicoativas, não pretendem os médicos, assim como os operadores do direito, pela posição de poder que adquiriram, renunciar ao monopólio de definir que drogas podem ser utilizadas para uso terapêutico e que drogas devem ser proibidas.

A construção individualizante do problema das drogas é reforçada pela construção midiática dos desvios socialmente indesejáveis. Como mostra Surette (2011), é frequente a apropriação pela mídia de representações que traduzem, grosseiramente, teorias biológicas e psicológicas de acordo com as quais o crime é um fenômeno inato ou um ato de insanidade. São os aspectos de personalidade ou as explicações psicopáticas que ocupam o foco das narrativas policiais, de modo que os criminosos figuram como indivíduos essencialmente diferentes dos não criminosos. Individualizado, o crime parece alheio às estruturas da sociedade e à qualquer função criminógena que essas estruturas possam exercer sobre ele.

d. A microsociologia do uso das drogas

Um programa heurístico de estudos das drogas que se alimente de imaginação sociológica, a meu ver, pode se beneficiar do mecanismo paralático (ZIZEK, 2008). Assim é que pretendo passar da abordagem macrosociológica à abordagem microsociológica, retomando os conceitos até aqui utilizados, a saber, controle formal, dispositivo, hegemonia e as noções de drogas como mercadoria x drogas como mediação simbólico-cultural.

A vantagem de fazer uso da paralaxe em um programa heurístico está também em conseguir repensar a eficácia do controle formal, do dispositivo das drogas, da hegemonia do discurso médico-jurídico-midiático sobre o seu próprio objeto, que são os usuários de drogas, usuários *tout court* e usuários-trafficantes. Sob a perspectiva construtivista adotada, os usuários de drogas podem ser vistos como atores sociais que, embora estejam sob o peso ou influência de coerções estruturais e riscos de sanção, têm um horizonte de possibilidades que Foucault (2006) classificaria de resistência e Joas (2008) de criatividade.

Gilberto Velho (2008) fez um estudo etnológico de dois grupos de usuários de drogas, no começo dos anos 1970, que moravam na Zona Sul do Rio de Janeiro. Ambos os grupos tinham como elemento em comum o uso de substâncias psicoativas e o fato de pertencerem à classe média.

O que parece distinguir, em matéria de controle, os grupos de classe média de usuários de drogas dos grupos cujos membros dispõem de recursos simbólicos e materiais escassos é, mesmo hoje, o fato de que os segundos grupos estão sujeitos, pela falta de dinheiro suficiente ou de espaços privados de consumo, a medidas desesperadas para manterem os seus hábitos relacionados com as drogas. Além disso, eles estão frequentemente à mercê da delação dos vizinhos e da rejeição violenta dos pais, dada a socialização das famílias mais humildes em uma moralidade mais tradicional.

A representação dos usuários de drogas como uma unidade indistinta de viciados não corresponde à realidade complexa e múltipla das interações entre os consumidores desse tipo de produtos. A correlação entre drogas e violência física é também um estereótipo que não é ratificado pela pesquisa etnológica (VELHO, 2008:175) nem pela pesquisa empírica (MENDONÇA et alii, 2002).

O mecanismo paralítico permite notar que os conceitos de controle formal, de dispositivo das drogas e de hegemonia não têm uma abrangência de totalidade nem operam nas interações entre os usuários independentemente das diferenças de socialização e de posições de classe. É a economia política sendo temperada pela dimensão cultural que parece oferecer a melhor perspectiva para o estudo dos contextos de uso de drogas ilícitas e dos limites metodológicos que delimitam até onde se pode utilizar a categoria problemas sociais.

Seguindo a trilha aberta por MacRae (2001), propõe-se, no quarto âmbito da heurística positiva deste programa de investigação, combinar o estudo (BECKER, 2008) das maneiras como os usuários veem as drogas e são etiquetados com os conceitos desenvolvidos por Zinberg (1986) de sanções sociais (*problema da conciliação pelos usuários das suas regras de conduta e dos seus valores com as leis e políticas formais sobre as drogas*) e de rituais (*técnicas de aquisição, de uso e de prevenção de efeitos negativos oriundos do uso de substâncias psicoativas*).

Quanto à contribuição de Grund (1993), o que importa é atentar para a importância da análise de como os usuários, em um contexto de vida – denominado por Grund de “estrutura de vida” –, criam, equilibrando sanções e rituais, o seu autocontrole precário, embora, historicamente, mais eficaz do que os heterocontroles. Este processo ocorre sob a influência do mercado ilícito das drogas (problemas de oferta e de demanda, novas tendências, etc.), mas descrito por este programa de estudos como sujeito a variáveis estruturais e culturais não necessariamente associadas a drogas.

4. Concluindo sem concluir

Na busca inevitável por déficits, pode-se indagar a esta altura: onde estão os conflitos dos traficantes e o chamado crime organizado? Uma saída possível é lembrar que os grandes traficantes e o crime organizado internacional entram no programa heurístico ora exposto como respostas às diversas etapas históricas da construção do problema das drogas. Basta seguir, dentro do âmbito global/local da heurística positiva deste programa, o jogo estratégico envolvendo traficantes e os EUA (DEL OLMO, 1990), nos seus deslocamentos recíprocos. Quanto ao Brasil, visto neste mercado como país de passagem e espaço de consumo, os conflitos sangrentos entre

os grupos de traficantes de drogas, alimentados pela crise institucional, reforçam os processos de demonização dos usuários (ZALUAR,2004) reconstruídos neste artigo.

Da operacionalização simulada deste programa heurístico de investigação do problema das drogas, não se pode esperar uma teoria sociológica completa ou mesmo respostas que encerrem definitivamente o processo de reconstrução deste problema bastante complexo. O maior ganho, no fim das contas, além das vantagens do uso do mecanismo paralítico em um programa de estudos de problemas sociais, parece ter sido a possibilidade de testar os limites metodológicos e empíricos dos conceitos utilizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Howard S. *Outsiders*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

BOITEUX, Luciana et alii. *Sumário Executivo do Relatório de Pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição”*. Rio de Janeiro/Brasília: Universidade Federal do Rio de Janeiro/Universidade Nacional de Brasília, jun. 2009.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. *Razões práticas*. Campinas, SP: Papirus, 2005.

_____. *A distinção*. São Paulo/Porto Alegre: EDUSP/ZOUK, 2008.

CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COX, Robert W. *Gramsci, hegemonia e Relações Internacionais: um Ensaio sobre o Método*. GILL, Stephen (org.). *Gramsci, materialismo histórico e relações internacionais*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ESCOHOTADO, Antonio. *A brief history of drugs*. Rochester: Park Street Press, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *História da sexualidade*. Vol. I. R. de Janeiro: Edições Graal, 1988)

_____. *Ditos e escritos*. Vol.4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Martins Fontes: 2003.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000

GRAY, Judge James P. *Why our drug laws have failde and what we can do about it: a judicial indictment of war on drugs*. Philadelphia: Temples University Press, 2001.

GRUND, J.-P.C. *Drug use as a social ritual – functionality, symbolism and determinants of self-regulation*. Rotterdam, Institut voor Verslavingsonderzoek (IVO), Erasmus Universiteit, 1993, 321 pp.

JOAS, Hans. *La créativité de l'agir*. Paris: Les Éditions du Cerf, 2008.

LAHIRE, Bernard. *The plural actor*. Malden, MA: Polity Press, 2011

LAKATOS, Imre. *Falsificação e metodologia dos programas de investigação científica*. Lisboa: Edições 70, 1999.

MACRAE, Edward. *Antropologia: aspectos sociais, culturais e ritualísticos*. In: *Dependência de drogas*, Seibel, S. et alii. São Paulo: Atheneu, 2001 pp., 25-34.

MENDONÇA, M. J.C. LOUREIRO, P.R.A. e SACHSIDA, A. *Interação social e crimes violentos: uma análise empírica a partir de dados do Presídio de Papuda*. Estudos Econômicos, 2002. 32 (4):621-641.

MERTON, Robert K. e NISBET, Robert. *Contemporary social problems*. New York: Harcourt Brace Janovich, Inc., 1971.

MINGARDI, Guaracy e GOULART, Sandra. *As drogas ilícitas em São Paulo: o caso da Cracolândia*. São Paulo: ILANUD, 2001, p. 17.

PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SOUZA, Jessé (org.) **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

STOUT, A. Kathryn, DELLO BUONO, Richard A. e CHAMBLISS, William J. **Social problems, law and society**. New York: Rowman & Littlefield, 2004.

SURETTE, R. **Media, crime and criminal justice**. Belmont: Wadsworth, 2011.

VELHO, Gilberto. **Nobres & anjos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 34.

ZINBERG, Norman. **Drug, set and setting**. New Haven: Yale University Press, 1986.

ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008.

INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “NÃO SE DEDIQUE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS” CONTIDA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS

Manoel Cabral Machado Neto¹

Gonçalo Ribeiro de Melo Neto²

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Teleologia da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. 3. Requisitos para a aplicação da causa de diminuição de pena em comento – cumulatividade. 4. A expressão “não se dedique às atividades criminosas” 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, publicada em 24 de agosto de 2006, com vigência a partir de 08 de outubro de 2006, trouxe em seu bojo uma série de inovações.

Uma delas, diz respeito à causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da referida Lei, que dispõe ser possível a redução da pena de um sexto a dois terços, quando o agente for primário, tiver bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas.

A interpretação do que venha a ser “não se dedicar às atividades criminosas” é o ponto nodal deste artigo, sobretudo por não haver definição legal sobre a expressão, havendo apenas uma parca produção doutrinária sobre o tema.

1 Promotor de Justiça, Assessor do Gabinete do Procurador Geral de Justiça, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

2 Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, Assessor do Procurador Geral de Justiça do Estado de Sergipe, Pós Graduado em Direito Público e Direito do Consumidor pela UNIDERP.

2. TELEOLOGIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO  4 DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS.

A Lei n 11.343/2006 teve por finalidade reformular o sistema punitivo relativo ao uso e comercialização das drogas, dentre outras condutas.

O principal objetivo do legislador foi o de acabar com a punição desproporcional que havia entre a conduta de usar drogas e a de comercializá-la.

Com o advento da nova Lei, deixou-se de reprimir penalmente o vício, extirpando-se a conduta de usar, punindo-se, apenas, a detenção ou manutenção da droga para consumo próprio.

Em relação ao tráfico, também houve uma modificação da pena, com o ensejo de conferir proporcionalidade  punição, já que a sanção anterior saltava de trs para cinco anos, passando a variar de cinco para quinze anos.

Durante a elaboração da Lei 11.343/2006, uma importante discussão foi travada, também focada no princípio da proporcionalidade.

Tal questão diz respeito  punição do “avião”, sujeito que está a serviço do tráfico, procedendo à venda de drogas de forma eventual.

Defendia-se que tal sujeito não deveria ser responsabilizado da mesma forma que o traficante, nem tampouco poderia ser considerado usuário de drogas.

Atento a esse debate, o legislador inseriu o  4 no artigo 33 da Lei de drogas, dispositivo que traz em seu bojo uma causa de diminuição a ser aplicada aos sujeitos que, a despeito de exercerem a mercancia da droga, não são reincidentes, não possuem maus antecedentes, não se dedicam a atividades criminosas, nem tampouco integrem organização criminosa.

Da leitura do parágrafo em comento, extrai-se que o objetivo do legislador foi o de criar um tipo intermediário entre o tráfico e o porte de drogas, aplicando-se uma pena proporcional à conduta desse sujeito ativo.

Nesse sentido, transcreve-se trecho de artigo científico de autoria de Bárbara Damásio:

“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: (...)§ 4º 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. Essa causa de diminuição de pena é uma inovação na lei de drogas, e foi elaborada porque haviam recorrentes pedidos para que fosse criado um tipo intermediário entre o tráfico e o porte de drogas. Com o intuito de que aquele que é eventualmente responsável pela venda de entorpecentes, conhecido popularmente como avião ou mula, fosse proporcionalmente punido.” (DAMÁSIO, 2012)

Da leitura do trecho da obra retro mencionada, extrai-se que a intenção do legislador é a de aplicar a causa de diminuição apenas àqueles sujeitos que, a despeito de serem traficantes, comercializam a droga de forma eventual, somente para manter o vício.

3. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA EM COMENTO – CUMULATIVIDADE

São quatro os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição em comento. Exige-se que o sujeito ativo não seja reincidente, não possua antecedentes, não integre organização criminosa, nem se dedique às atividades criminosas.

A doutrina brasileira defende que o preenchimento desses requisitos deve ser cumulativo. É o que se extrai da obra Curso de Direito Penal – Legislação Penal Especial do penalista Fernando Capez:

“De acordo com o § 4º do art. 33, ‘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 direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas,

nem integre organização criminosa. (...) os requisitos constantes do § 4º são cumulativos e não alternativos.” (2008, p. 735/736, 3ª. Ed, Saraiva)

Partindo para a definição de cada um dos elementos previstos no § 4º, do artigo 33 da Lei de Drogas, tem-se que a reincidência está configurada quando o agente pratica um novo crime, depois que a sentença que o condenou por outro crime transitou em julgado.

Deve ficar claro que, conforme ensina PRADO *“Para fins de reincidência, não prevalece a condenação anterior se entre a data de cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos”*.

No tocante aos antecedentes, necessário esclarecer que o seu conceito  variável, a depender do Tribunal Superior a ser consultado.

O Superior Tribunal de Justiça, ao publicar Súmula 444 *“ vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”*, pacificou a matéria, averbando que, para fins de antecedentes, somente poderão ser consideradas as sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.

Já o Supremo Tribunal Federal entende que não  necessária a condenação definitiva, podendo ser levados em consideração, para fins de antecedentes criminais, as ações penais em curso e os inquéritos policiais.

É o que se extrai da leitura de trecho de Acórdão prolatado quando do julgamento do HC 95585/RS pela Suprema Corte:

“(...) os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (...)”

No que tange às organizações criminosas, Luiz Flávio Gomes as define como sendo uma enunciação abstrata: *“Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo que atenda o princípio da legalidade)”*.

De outra banda, CAPEZ defende que, após a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, em 15 de dezembro de 2000, o conceito de organização criminosa foi definido e disposto no artigo 2º como sendo *“grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral”*.

Tal Convenção passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro quando da sua ratificação pelo Decreto Legislativo n. 231, publicado no Diário Oficial da União em 30 de maio de 2003.

Por fim, no tocante ao conceito da expressão “não se dedique às atividades criminosas”, haverá tópico específico tratando sobre o tema.

4. A EXPRESSÃO “NÃO SE DEDIQUE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS”

A Lei de Drogas não trouxe um conceito do que venha a ser “dedicar-se às atividades criminosas”. Da mesma forma, não existe norma no ordenamento jurídico brasileiro, que venha a definir a expressão.

Nesse sentido, são as lições de Guilherme Souza Nucci:

“Estranha é a previsão a respeito de ‘não se dedicar às atividades criminosas’, pois não diz nada. Na norma do § 4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto, não se compreende o que significa a previsão de ‘não se dedicar às atividades criminosas’. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita. A parte final, entretanto, é razoável: não integrar organização criminosa. Pode o agente ser primário e ter bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando” (2006, pág. 782).

Consultando a doutrina, aufere-se que uma definição para tal expressão deve estar necessariamente ligada à teleologia da norma.

No item 3 deste trabalho, afirmou-se que a causa de diminuição de pena em estudo foi inserida na Lei de Drogas com o objetivo de tratar de forma diferenciada o sujeito que, a despeito de praticar a mercancia de forma habitual, pratica o comércio da droga de forma eventual para manter o vício.

É esse o perfil do agente que deve ser beneficiado pela minorante e é com essa teleologia que a expressão não “se dedique às atividades criminosas” deve ser interpretada.

Nesse sentido, transcreve-se trecho da obra *A Causa de Diminuição de Pena* do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas de Jayme Walmer de Freitas:

“Não existe conceituação legal ou doutrinária. Tentaremos cooperar neste sentido, levando em conta o caráter teleológico do instituto objetivado pelo legislador, qual seja, somente o *marinheiro de primeira viagem* no tráfico merece ser agraciado. Em outras palavras, a lei beneficia aquele jovem que, usuário ou dependente, não resiste a um comando do traficante para vender, e com isso obter o necessário em droga para o sustento de seu vício. Ainda, nesta condição, está a pessoa miserável ou em desespero de causa que, por uns tostões, cede ao convite do traficante profissional que tem o domínio do fato^[04] para mercadejar drogas”.(FREITAS, 2011)

Sempre atento à finalidade do instituto, necessário proceder a uma definição isolada das palavras utilizadas pelo legislador, para, posteriormente, obter-se um conceito mais amplo.

O núcleo da expressão resume-se ao verbo dedicar-se e ao termo atividades criminosas.

Tal verbo implica habitualidade por parte do agente, pois, conforme leciona FREITAS: “a lei emprega a ação nuclear ‘*se dedique*’; e dedicação caracteriza o exercício de atividade ilícita pautado na reiteração de condutas, distinguindo o traficante profissional do traficante pequeno ou eventual.”

O mesmo seja dito no tocante ao termo atividade criminosa, que também exige uma ação habitual por parte do sujeito ativo, já que esse termo significa ação, movimento, conforme ensina FREITAS, embasado em consulta ao dicionário Hauaiss: “Lexicamente, segundo Houaiss, atividade significa ação, movimento, empreendimento de maneira livre, independente ou incondicionada”

Para o autor, atividade criminosa significa um conjunto de ações por parte do sujeito ativo que viola o ordenamento jurídico, mas que não se enquadra na definição de antecedentes criminais ou reincidência:

“a conduta contrária às leis morais ou às do convívio social. No campo jurídico, em nosso entender, atividade criminosa representa o complexo de episódios pretéritos na vida do agente, afora a reincidência e os maus antecedentes, aptos a ofenderem o ordenamento jurídico e a macularem sua personalidade.” (FREITAS, 2011)

Conclui-se, portanto, que a expressão “não se dedique às atividades criminosas” significa o ato de não praticar ação que viole o ordenamento jurídico, (ação que não configure a reincidência ou antecedentes) de forma habitual.

Observa-se que a expressão é bastante ampla, podendo-se afirmar que se dica às atividades criminosas o sujeito contumaz na prática delitiva, podendo-se levar em conta ações penais em curso ou até mesmo inquéritos policiais.

Ao contrário dos antecedentes criminais e da reincidência, que exigem a condenação do sujeito ativo com o respectivo trânsito em julgado da sentença, a configuração da dedicação às atividades criminosas não exige essa formalidade.

Chega-se a essa conclusão à partir da máxima de que o legislador não se utiliza de palavras inúteis. Afinal, se assim não o fosse, a Lei somente disporia sobre a reincidência, os antecedentes e a não integração às organizações criminosas, o que não é o caso.

Registre-se, todavia, que existem alguns Tribunais de Justiça Estaduais, a exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que adotam posição

contrária, averbando que o termo “não se dedicar às atividades criminosas” exige a condenação definitiva.

Nesse sentido, transcreve-se trecho de Acórdão prolatado pela Corte de Justiça retro mencionada, quando do julgamento do processo n 1.0024.07.447963-5/001(1)

“Verifica-se, portanto, que a não-dedicação às atividades criminosas  decorrência lógica da condição do acusado primário e portador de bons antecedentes. Considerar o contrário  desrespeitar o princípio constitucional da presunção de inocência. Não se pode afirmar que um indivíduo presumidamente inocente, por ser primário e portador de bons antecedentes, dedique-se às atividades criminosas. Somente após uma condenação transitada em julgado é que esta afirmação pode ser feita sem ofender o princípio da presunção de inocência. No presente caso, verifica-se que as certidões de antecedentes criminais acostadas às fls. 62, 135/136 e 168/169 não registram qualquer condenação lançada contra o ora apelante, sendo-lhe totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. A quantidade de substância entorpecente apreendida não se mostra elevada; a droga por ele traficada (maconha) não é das mais nocivas; e, finalmente, levando-se em conta que contava ele, é época dos fatos, com apenas 19 (dezenove) anos de idade, donde se infere que o réu preenche os requisitos inculpidos no art. 33, 4, da Lei n 11.343/06, devendo o redutor ser aplicado em seu máximo.”

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, possui considerável número de decisões que adota posicionamento contrário.

Ao ler trechos desses julgados, foi possível chegar  conclusão de que o magistrado, ao aplicar a causa de diminuição em questão, poderá coletar elementos no bojo do próprio processo, que indiquem a dedicação à atividade criminosa.

Exemplo disso é a quantidade de droga apreendida, as circunstância em que o sujeito fora preso, dentre outros elementos.

Transcreve-se Ementa nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (50 PEDRAS DE CRACK e 30 INVÓLUCROS DE COCAÍNA). RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA. 1. Nos termos do § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas: “[n]os 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.” 2. No caso, as instâncias ordinárias, considerando os dados constantes nos autos, não aplicaram o redutor de pena previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, por dois motivos idôneos, a saber: a quantidade de substâncias apreendidas - 50 pedras de crack e 30 invólucros de cocaína - e constatação de que o ora Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas. 3. Ordem denegada. (HC 214.815/ SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 04/10/2011)

O Tribunal de Justiça de Sergipe também possui decisões no sentido de que, para enquadrar a conduta do autor na expressão “não se dedique às atividades criminosas” não se exige a condenação com trânsito em julgado.

Transcreve-se trecho do Acórdão prolatado no bojo da Apelação Criminal nº 0943/2010 em 10/11/11, que teve como Relator o Desembargador Netônio Bezerra Machado:

“Nesse compasso, dispõe o art. 33 da Lei de Drogas que as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Os

requisitos são subjetivos e cumulativos sendo direito subjetivo do acusado a respectiva diminuição quando preenchidos os requisitos, já que o nus da prova no que concerne às condições negativas  do Ministério Público. O cenário do crime demonstra que a Apelante é verdadeiramente uma traficante de drogas, devido às circunstâncias do caso concreto, restando límpido, pois, a intenção em realizar a mercancia de entorpecentes, confirmando a suspeita que motivou a diligência policial. No caso dos autos verifico que a acusada não responde a outros processos, contudo, ressai que a mesma se dedicava ao tráfico e, portanto, há atividades criminosas, razão porque não incide a causa de diminuição de pena. Dito isto, mantenho inalterada a condenação imposta.” (grifou-se)

Uma outra questão a se responder, diz respeito a qual tipo de atividade criminosa deve se dedicar o autor, apta a impedir a aplicação da causa de diminuição em comento.

Nesse ponto, atendendo-se  teleologia da norma, aufere-se que, como o objetivo da inovação legal foi o de punir de forma proporcional o “avião”, aquele que vende a droga, de forma habitual, para sustentar o vício, a atividade criminosa em questão deve ser a relacionada às drogas e não qualquer outro crime.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a expressão “não se dedique às atividades criminosas”  residual, significando o ato de não praticar ao que viole o ordenamento jurídico, (ao que não configure a reincidência ou antecedentes) de forma habitual.

Tal expressão é bastante ampla, podendo-se afirmar que se dica às atividades criminosas o sujeito contumaz na prática delitiva, devendo-se levar em conta ações penais em curso e até mesmo inquéritos policiais, ao contrário da aferição dos antecedentes e da reincidência, que exigem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por fim, atendendo-se à teleologia da causa de diminuição inserta no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, conclui-se que a atividade criminosa sobre a qual faz referência o dispositivo em debate, refere-se aos crimes previstos na Lei de Drogas.

6. REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. vol. 4, 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

DAMÁSIO, Bárbara. **É possível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, 4º da Lei de drogas quando o réu for reincidente e possuir maus antecedentes?** (Informativo 535). Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.phpstory=20090302170935973&mode=print>. Acesso em 23 jan. 2012.

FREITAS, Jayme Walmer de. **A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei Anti-drogas. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição da sua aplicabilidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10146>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. **Lei de Drogas. Muitas perguntas, algumas respostas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1638, 26 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10796>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **“Leis penais e processuais penais comentadas”**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006,

DROGAS, PREVENÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Creuza Brito de Figueiredo*

RESUMO

Questão intrincada refere-se à necessidade de colocar em prática políticas públicas com o fito de combater as mazelas que emergem em virtude das transmutações sociais, em especial a problemática das drogas. Deveras, o trinômio Cuidado, Prevenção e Autoridade devem servir como norteador da atuação dos agentes públicos no sentido de possibilitar o enfrentamento a essas substâncias.

1. POLÍTICA NACIONAL ANTIDROGAS

A dúvida é excelente para a reflexão. Calcule o tempo exigido pela atividade que se pretende implementar e estude se realmente é o momento de colocá-la em prática ou se é, por demais tardio.

Partindo desta premissa, observamos que quando precisamos resolver impasses temos que procurar conversar, trocar ideias, conhecimento, dividir responsabilidades para encontrar uma decisão coesa, compartilhada.

A dureza de atitudes não abre portas. Na verdade é o caminho mais rápido para fechá-las. O excesso de barulho – externo e interno – provoca ansiedade. O bom seria viver mais o cotidiano, respeitando os sentimentos, porque isso acalma a alma e fortalece a vida.

* Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe; Ex-Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado de Sergipe; Presidente Nacional dos Corregedores-Gerais da União e dos Estados.

A atuação do Ministério Público, nas esferas judicial e extrajudicial, visando os efeitos da prevenção e a reinserção do usuário de drogas, é de fundamental importância na implementação das políticas públicas.

Sabemos que a dependência química é definida pela ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS – como doença mental e, como tal, deveria ser enquadrada nas políticas públicas do Ministério da Saúde.

Felizmente nos deparamos com o lançamento pelo Governo Federal de um conjunto de ações para o enfrentamento às drogas com investimento alto até o ano de 2014.

As ações estão estruturadas em três pontos, e serão desenvolvidas de forma compartilhada entre Estado e Municípios, considerando a erradicação e o tratamento.

Dissecando, afirmamos que no eixo CUIDADO estão previstas iniciativas para ampliar a oferta de tratamento de saúde aos usuários de drogas e a qualificação de profissionais, criando-se uma rede de atendimento – “CONTE COM A GENTE” – com estrutura diferenciada para atender pacientes em diferentes situações e auxiliar dependentes químicos na superação do vício e na reinserção social.

Ainda no eixo CUIDADO deverá haver a criação de enfermarias especializadas nos hospitais do SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS – com investimentos de R\$ 2670,6 milhões para a criação de 2.462 leitos exclusivos para usuários de drogas, que serão usados para atendimento e internações de curta duração, durante crises de abstinência e em casos de intoxicações graves, sem que seja necessária a vontade do usuário para este tratamento.

O eixo PREVENÇÃO terá foco nas escolas e nas comunidades. Para tanto, serão capacitados 210 mil educadores e 3,3 mil policiais militares para atenderem na prevenção ao uso de drogas em 42 mil escolas públicas, ressaltando-se ainda a capacitação também até 2014 dos líderes comunitários.

No eixo PREVENÇÃO, serão feitas ainda campanhas específicas para informar, orientar e prevenir a população sobre os efeitos do crack e de outras drogas, visando aferir ou não a “viagem” dos jovens, adolescentes e adultos nesta esfera nefasta que é o consumo e o vício das drogas.

No eixo AUTORIDADE – as ações policiais se concentrarão em duas frentes: fronteiras e centros consumidores. Entre as metas, estão o policiamento ostensivo nos pontos de uso de drogas das cidades e a revitalização dos espaços que são reconhecidamente pontos de consumo, com atuação integrada das polícias Estaduais com as Polícias Federais e Rodoviária Federal, na área de inteligência e investigação para identificar e prender traficantes e, desarticular organizações do tráfico de drogas.

As equipes serão treinadas para orientar os usuários a procurar o serviço de saúde à disposição, visto que a rede pública de saúde deve ser reforçada para tratar não apenas os usuários com crise de abstinência, mas também, aqueles com dificuldade de lidar com a dependência.

A Política Nacional sobre Drogas – PNAD – define dentre suas diretrizes e objetivos a necessidade de garantir rigor metodológico às atividades de redução da demanda, da oferta e dos danos, associados ao uso de drogas e preconiza a realização sistemática de estudos e pesquisas, visando a repressão ao tráfico e a prevenção ao uso de drogas

Neste teor, os governos visam à descentralização das ações relacionadas à prevenção do uso de drogas e a atenção e reinserção social de usuários e dependentes, visto que, com esta descentralização, une-se o poder público e a sociedade como um todo, em busca do combate ao consumo das drogas.

Sabemos que compete à SENAD, vinculada ao Ministério da Justiça, coordenar e integrar as ações do governo nos aspectos relacionados com as atividades de prevenção do uso de substâncias psicoativas, estimulando, assessorando, orientando, acompanhando e avaliando a implementação destas políticas, visando a redução dos danos sociais e a saúde decorrentes do uso de drogas. O CEBRID – Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas - publica livros, faz levantamentos sobre o consumo entre estudantes, meninos de rua, população em geral, visando passar informações atualizadas e adequadas sobre as diferentes drogas, orientando os trabalhos de prevenção ou de atendimento dos usuários.

Visando entender o que sejam drogas psicotrópicas, lembramos que DROGA é um termo de origem holandesa – DROOG – que significa folha seca, visto que, antigamente todos os medicamentos eram feitos à base de vegetais; hoje, a medicina define DROGA – como qualquer

substância capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas.

Psicotrópico – é uma palavra composta – psico e trópico. PSICO é uma palavra grega que se relaciona ao nosso psiquismo – o que sentimos, o que fazemos o que pensamos, enfim, o que cada um é. TRÓPICO – é relacionado ao termo tropismo, que significa atração pelo psiquismo, e DROGAS PSICOTRÓPICAS são aquelas que atuam sobre o nosso cérebro alterando de alguma maneira o psiquismo.

As alterações do psiquismo não são sempre no mesmo sentido e direção, dependendo do tipo de droga psicotrópica ingerida. Neste sentido, vários grupos:

I. As drogas que diminuem a atividade de nosso cérebro, ou seja, deprimem seu funcionamento, deixando a pessoa desligada, desinteressada pelas coisas. São chamadas de “DEPRESSORAS DA ATIVIDADE DO SISTEMA NERVOSO CENTRAL” a exemplo dos soníferos, barbitúricos, ansiolíticos e solventes.

II. As drogas que aumentam a atividade de nosso cérebro, ou seja, estimulam o funcionamento, fazendo com que o usuário fique “ligado”, sem sono. São ESTIMULANTES DA ATIVIDADE DO SISTEMA NERVOSO CENTRAL – exemplo: anoréginos (diminuem a fome) – anfetaminas – cocaína, crack ou merla.

III. Drogas que agem modificando qualitativamente a atividade do nosso cérebro que passa a funcionar fora do seu normal e a pessoa fica com a mente perturbada – PERTURBADORES DA ATIVIDADE DO SISTEMA NERVOSO CENTRAL – que podem ser de origem natural – ex.: mescalina (cacto mexicano), maconha – TCH, etc, e de origem sintética – LSD – 25, êxtase etc.

A verdade é que o uso de todos estes tipos de drogas, de forma galopante, está em ascensão, fora do normal. Enraizou-se em nossa Capital e interior. Preocupa-nos o número assustador de apreensões de crack e cocaína e a grande incidência de viciados. O consumo alastrou-se

por todos os segmentos da sociedade e os graves problemas, advindos do uso ilícito de substâncias entorpecentes se estendem, levando as famílias ao desespero, em virtude de se verem de mãos atadas para a solução do problema, que é complexo, por diversas razões, dentre elas, a existência ou não, da vontade do usuário querer se tratar, e as condições de tratamento, que a nosso ver, ainda é muito precário em nosso Estado.

Sergipe, que antes era uma simples rota de passagem para as drogas, passou a ser um consumidor de entorpecentes em potencial, bastando assinalar a apreensão de mais de 3,2 toneladas de drogas este ano.

Afora o uso de drogas, devemos assinalar ainda, a prática de outros crimes pelos usuários, sejam de natureza patrimonial ou contra pessoa, visando obtenção de algo em torno de valores para garantir o vício, degradando-se cada vez mais e levando consigo o drama de todos os seus familiares.

A sociedade e os meios de comunicação vinculam de forma rotineira o uso de drogas, com o caminho do crime, na certeza de que a droga induz a delinquência.

Constatando a precariedade de Políticas Públicas por parte do Estado e a carência de programas de atenção aos usuários de drogas e a insuficiente atenção ao problema é que o Ministério Público espera uma intervenção mais atenta, no que diz respeito ao encaminhamento para tratamento, buscando também alternativas mais efetivas de articulação e atendimento, visando provocar e possibilitar um comportamento mais curativo da família, da escola, das políticas e dos programas, numa aproximação da sociedade e do Estado, em união de forças.

Em Sergipe, alguns dados nos preocupam:

I. 27% dos homens e 60% das mulheres nos presídios foram presos por tráfico de drogas;

II. Em 2007 apenas 7% dos usuários atendidos no CAPS por álcool e drogas de Aracaju, eram usuários de crack;

III. Em 2009 este percentual era de 62% dos atendidos;

Precisamos mobilizar a sociedade, escolas, comunidades, instituições, profissionais, mídias, imprensa, TV, rádios etc para que possamos combater a aumento do uso das drogas.

As campanhas preventivas não precisam se preocupar com determinados segmentos populacionais. As campanhas têm que ser efetuadas de uma forma contundente abrangendo de forma generalizada todos os segmentos da sociedade.

As internações devidas a transtornos mentais e comportamentais pelo uso de múltiplas drogas tem aumentado consideravelmente em nosso Estado, e o índice de mortes é bastante significativo.

Criado pela Lei 7.560 de 19 de dezembro de 1986 e, regulamentado pelo Decreto nº 95.650 de 19 de janeiro de 1988, alterado pelas leis nº 8.764 de 20 de dezembro de 1993 e a de nº 9.804 de 30 de junho de 1999 o Fundo de Prevenção e Combate às Drogas de Abuso - FUN-CAB, que passou por força da Lei nº 10.683 de 28 de maio de 2003 para a gestão de Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República - FUNAD - tem como objetivo ser fonte complementar de recursos financeiros e materiais, sendo um instrumento de que dispõe o Estado para apoiar a implementação, o desenvolvimento e a execução das ações, programas e atividades de repressão e de prevenção ao tráfico ilícito e de uso indevido de drogas, de tratamento de recuperação e reinserção social de dependentes químicos.

O art. 2º da lei nº 7.560/86, com as devidas alterações acima citadas estabelece que constituem recursos de FUNAD:

Dotações específicas estabelecidas no orçamento de união;

Doações de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiros, bem como de pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou estrangeiras;

Recursos provenientes da alienação dos bens de que trata o art. 4º desta lei;

Recursos provenientes de emolumentos e multas, arrecadadas no controle e fiscalização de drogas e medicamentos controlados, bem

como de produtos químicos utilizados no fabrico e transformação de drogas de abuso.

Recursos de outras origens, inclusive os provenientes de financiamentos externos e internos;

Recursos oriundos do perdimento em favor da União dos bens, direitos e valores objeto do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, previsto no inciso I, do art. 1º da Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998.

De acordo ainda com a lei nº 7.560/86 com as alterações devidas em seu artigo 5º, estes recursos são destinados:

aos programas de formação profissional sobre educação, prevenção, tratamento, recuperação, repressão, controle e fiscalização do uso e tráfico de drogas;

aos programas de educação técnico-científica preventiva sobre o uso de drogas;

aos programas de esclarecimento ao público, incluindo campanhas educativas e de ação comunitária;

às organizações que desenvolvem atividades específicas de tratamento e recuperação de usuários;

ao reaparelhamento e custeio das atividades de fiscalização, controle e repressão ao uso e tráfico ilícito de drogas e produtos controlados;

ao pagamento das cotas de participação a que o Brasil esteja obrigado como membro de organismos internacionais ou regionais que se dediquem às questões de drogas;

aos custos de sua própria gestão e para o custeio de despesas decorrentes do cumprimento de atribuições do SENAD;

ao pagamento do resgate dos certificados de emissão do Tesouro Nacional que caucionaram recursos transferidos para a conta do FUNAD;

ao custeio das despesas relativas ao cumprimento das atribuições e as ações do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, no combate aos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens,

direitos e valores, previstos na lei nº 9.613 de 1998, até o limite da disponibilidade da receita decorrente do inciso VI do art. 2º.

Parágrafo único: Observado o limite de quarenta por cento, e mediante convênios, serão destinados à Polícia Federal e às Polícias dos Estados e do Distrito Federal, responsáveis pela apreensão a que se refere o art. 4º, no mínimo, vinte por cento dos recursos provenientes da alienação dos respectivos bens.

Por todo exposto, a SENAD mantém-se em permanente contato e realizando gestões junto aos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, das autoridades policiais, federais e estaduais, visando o levantamento de informações e documentação sobre bens e valores apreendidos e relacionados a inquéritos e ações penais que versem sobre o crime de tráfico ilícito de drogas.

Como meta estratégica a SENAD com o aumento de arrecadação de recursos ao FUNAD projetou a descentralização, mediante convênios, delegando a competência aos Estados, possibilitando o repasse de recursos aos entes estatais, para aplicação em projetos, programas e ações de interesse da PNAD – Política Nacional sobre Drogas, tendo como principais objetivos: contribuição ao aumento de captação de recursos ao FUNAD; maior controle e transparência das informações sobre bens apreendidos em razão do crime de tráfico ilícito de drogas; maior celeridade à legitimação de recursos que foram obtidos ilicitamente, para emprego em favor da sociedade; resposta da Administração Pública à sociedade e mediante o exercício de sua competência, com ações proativas, complementares àquelas desenvolvidas pelos organismos policiais de repressão, do Ministério Público e do Poder Judiciário; implemento à capacidade de coordenação dos processos e gestão dos recursos pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, e, em contrapartida, a redução de custos operacionais, a agilização dos procedimentos administrativos e o fomento das atividades desenvolvidas pelos entes federados para a redução de demanda e oferta de drogas.

Pela resolução nº3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005, foi aprovada a Nova Política Nacional sobre drogas que dentre tantos

pressupostos busca incessantemente atingir o ideal de construção de uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas, reconhecendo as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada, com a garantia de receber tratamento adequado, fundamentando no princípio de responsabilidade compartilhada, a convenção de esforços, entre os diversos seguimentos do governo da sociedade em todos os níveis, buscando efetividade e sinergia no resultado das ações no sentido de obter redução da oferta e consumo de drogas, do custo social e elas relacionada e das consequências adversas do uso e do tráfico de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas, garantido ainda a implementação, efetivação e melhoria dos programas, ações e atividades de redução de demanda (prevenção, tratamento, recuperação e reinserção social e redução de danos, levando em consideração os indicadores de finalidade de vida, respeitando potencialidades e princípios éticos.

Vários são os objetivos de Política Nacional sobre Drogas. Destacamos a conscientização de sociedade brasileira sobre os prejuízos sociais e as implicações negativas representadas pelo uso indevido de drogas e suas consequências; a implantação e implementação da rede de assistência integrada, pública e privada, intersetorial, para pessoas com transtornos decorrentes do consumo de substâncias psicoativas, fundamentada em conhecimento validado, de acordo com a normatização funcional mínima, integrando os esforços desenvolvidos no tratamento.

Salientamos ainda que, não basta somente combater, o primordial é a efetiva prevenção, é o comprometimento da cooperação e da parceria entre todos os seguimentos da sociedade brasileira. As ações preventivas devem ser planejadas e direcionadas ao desenvolvimento humano.

A execução desta política no campo da prevenção deve ser descentralizada nos municípios, com o apoio dos Conselhos Estaduais de políticas públicas sobre drogas e da sociedade civil organizada, adequada às peculiaridades locais e, priorizando as comunidades mais vulneráveis, identificadas por um diagnóstico. É a “responsabilidade compartilhada” com a inserção de redes sociais que visem a melhoria das condições de vida e promoção geral da saúde.

Para tanto é condição *sine qua non* a instalação dos Conselhos Municipais sobre drogas, bastando que os municípios sejam incentivados à instituí-los, fortalecendo-os e divulgando-os.

Convém ressaltar, neste sentido, a efetiva atuação da ex-Procuradora Geral de Justiça Dra. Maria Cristina Foz Mendonça que juntamente com o Secretário do Estado de Justiça e de Cidadania Dr. Benedito de Figueiredo, Presidente do Conselho Estadual de Entorpecentes, Dr. Deijaniro Jonas Filho, da Diretoria da Escola Superior do Ministério Público Sergipano, à época Dra. Adélia Moreira Pessoa efetivaram à criação de vários conselhos municipais sobre drogas, a saber: os conselhos municipais de Arauá, Cristinápolis, Laranjeiras, São Miguel do Aleixo, Pedrinhas, Lagarto, Estância, Nossa Senhora do Socorro, de Aracaju, entre outros.

Com relação a desenvolver, adaptar e implementar diversas modalidades de tratamento para a recuperação, redução de danos, reinserção social e ocupacional dos dependentes químicos e familiares às características específicas dos diferentes grupos: crianças e adolescentes, adolescentes em medida sócio-educativa, mulheres, gestantes, idosos, pessoas em situação de risco social, portadores de qualquer co-mobilidade, população carcerária e egressos, trabalhadores do sexo e populações indígenas, por meio de distribuição descentralizada de recursos técnicos e financeiros, temos em nosso Estado várias comunidades terapêuticas assinalando: a Fazenda Esperança; Fazenda Santa Rita; Desafio Governo de Sergipe; SARE - Sociedade de Apoio e Reintegração dos Excluídos; ARESE - Associação Resgate de Sergipe; entre outros.

Das parcerias públicas e privadas visando a RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA NA PREVENÇÃO CONTRA AS DROGAS, salientamos: a Secretaria Nacional AntiDrogas - SENAD; o Banco do Brasil; Banco Nordeste do Brasil; Caixa Econômica; Banese; Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe; Câmara Municipal de Aracaju; DESO; ENERGISA; PETROBRÁS; Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania; Secretaria de Estado da Fazenda; Secretaria de Estado da Saúde; Secretaria de Estado da Segurança Pública; Secretaria de Estado da Educação; Tribunal de Justiça de Sergipe; Ministério Público de Sergipe; Escola Superior do Ministério Público; Associação Sergipana do Ministério Público; Ordem

dos Advogados do Brasil – Secção de Sergipe; Polícia Federal e Estadual; Samu Estadual; Prefeitura Municipal de Lagarto; Prefeitura Municipal de Estância; Prefeitura Municipal de Itabaiana; Grupo Maratá; Pisolar; Sercol; Supermercado Extra; Sacel e Projeto Resgate.

Assinalamos ainda que, visando a ampla implantação de políticas públicas, o Governo do Estado, através da Primeira Dama, Eliane Custódio Aquino e todo o staff governamental, em 28 de junho de 2010 efetuou um Plano Estadual de Enfrentamento ao crack e outras drogas: SERGIPE CONTRA O CRACK A FAVOR DA VIDA, com o objetivo de coordenar esforços de intervenção para a construção e execução de uma política pública de integral relacionada ao consumo de substâncias psicoativas, especialmente o crack, tendo como principais objetivos de disseminar a prevenção ao uso do crack e mobilizar a sociedade; promover e fomentar atenção e cuidado ao usuário e sua família; articular a reinserção social do usuário; fortalecer o eixo repressivo, de forma compartilhada com os governos federal, estadual, municipal e todos os segmentos da sociedade, programa este que está dando certo e que, de alguma forma minora o seguimento dos usuários, dos dependentes e de sua família.

Afora o Ministério Público Sergipano ser um grande parceiro e fiscalizador no COMBATE E NA PREVENÇÃO ANTIDROGAS, ele age com bastante coerência quando se depara, por algumas ocasiões, com a ausência de implementação por parte dos Agentes Públicos e, então, no mister de suas funções, aciona o Poder Público, no sentido de obter tratamento adequado para as várias situações que se nos apresenta, honrando sobremodo o princípio constitucional que nos é assegurado, em defesa da SOCIEDADE como um todo.

O programa ANTIDROGAS lançado no dia 07/12/2011 pela Presidenta Dilma Rousseff com investimento acima de 4 bilhões de reais, criando um número significativo de leitos (2.462) exclusivos para usuários de drogas e ações estruturadas no tripé: CUIDADO – PREVENÇÃO – AUTORIDADE – nos leva a ver que uma nova implantação e implementação de POLÍTICAS PÚBLICAS foi impulsionada, focando as ações na prevenção ao consumo de drogas e, na busca do entendimento que leva determinadas pessoas à dependência, com atuação conjunta dos poderes públicos e a sociedade.

Com isso, novas esperanças surgem. Que este compromisso vingue, dê certo. Não é fácil. Não será de um dia para a noite. Mais é ledor, é credo. ACREDITO.

REFERÊNCIAS

LAMBERT, Milton Santos. **Drogas: mitos e realidade**. Rio de Janeiro: MEDSI, 2001.

LONGMÉIA, Gercina. **Como agem as drogas**. São Paulo: Ediouro/Quaker, 1998.

FOCCHI, Guilherme R. de ^a **Dependência Química – Novos Modelos de Tratamento**. São Paulo: Roco, 2001.

DUARTE, Vieira, Paulina do Carmo Arruda STEM Pliuk, Vlademir de Andrade, Barroso, Lúcia Pereira - **Relatório Brasileiro Sobre Drogas**, Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas – Esplanada dos Ministérios – Brasília, 2009.

(I)LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO COMBATE AO USO DE DROGAS: UMA ANALISE A LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Newton Silveira Dias Junior*

SUMÁRIO:

I – Introdução; II – Considerações acerca das origens da proibição; III – Acepções do termo “bem jurídico”; IV – A proteção de bem jurídico como função do Direito Penal; V – Fundamentação constitucional do bem jurídico; VI – O bem jurídico como fundamento da proibição; VII – Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto uma análise da proibição do uso de substância entorpecente como fenômeno delitivo, para cujo combate tem o Ministério Público como um dos mais importantes atores sociais.

O foco não está em considerações acerca das categorias dogmáticas relacionadas aos tipos penais previstos na legislação antidrogas, e sim na teoria do bem jurídico, como um dos princípios que permitem o exame da legitimidade de proibições penais.

Num primeiro momento, serão feitas referências à origem da proibição do consumo de drogas, enfatizando o caráter seletivo da criminalização nesse âmbito do Direito Penal, e as influências econômicas que determinaram essa seletividade.

* LL.M. (Magister Legum), e doutorando em Direito Penal pela Universidade de Frankfurt, (Johann Wolfgang von Goethe Universität – Frankfurt am main), Promotor de Justiça, Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Sergipe – ESMP/SE.

As acepções do termo “bem jurídico” são tratadas aqui como forma de estabelecer as bases necessárias a uma discussão do tema, apontando que, como critério de legitimação da norma penal incriminadora, a teoria do bem jurídico é aqui tomada sobretudo na sua acepção político-criminal, não apenas dogmática.

A vinculação da idéia do bem jurídico, cuja tutela seria a principal função do Direito Penal é aqui abordada como aceita pela doutrina majoritária. Apesar de todas as críticas dirigidas ao conceito do bem jurídico, inclusive pela falta de objetividade deste como critério limitador das proibições penais, não se identifica uma teoria alternativa que forneça critério mais seguro.

A linha de interseção entre o Direito Penal e o Direito Constitucional são abordados a seguir, sem olvidar as dificuldades encontradas na categoria do bem jurídico, tendo em vista as restrições apontadas pelos constitucionalistas, diante da pretensão do Direito Penal de, de forma autônoma, fornecer ao legislador um critério de limitação.

Por fim, no que diz respeito especificamente à norma proibitiva contra o consumo de drogas, esta é abordada considerando-se o bem jurídico como critério balizador da norma, com vistas a colocar sob prova sua legitimação.

Se nos fosse dado o direito de pedir algo ao leitor deste artigo não seria, de modo algum, que visse com benevolência, nem muito menos que concordasse com o seu conteúdo, mas tão somente que não o encare como mais um exercício meramente teórico de um pretense aspirante a intelectual “*euro-periférico*”, impregnado de idéias nas quais se apóia como pretensas credenciais de sofisticação intelectual.

Até porque a teoria do bem jurídico, inclusive em seu aspecto político-criminal, embora sua discussão seja entre nós mais recente do que, por exemplo, na Alemanha, não é de forma alguma nova na doutrina penal brasileira.

E assim como no Brasil, também na Alemanha a Teoria do Bem Jurídico encontra, e vem encontrando cada vez mais, forte resistência na doutrina, quando se lhe pretende conferir um conteúdo político-criminal. Exemplo disso se verificou na Jurisprudência, quando da apreciação, pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1994, do delito de posse do haxixe para uso próprio (GRECO).

Nossa formação essencialmente positivista, nossa aversão e preconceito por discussões que não sejam conclusivas, nos faz tender a deslocar a análise crítica de certos delitos a um exame de constitucionalidade, o que inevitavelmente limitaria a discussão ao âmbito do Direito Constitucional, ou do chamado Direito Constitucional Penal. O que se propõe aqui é, todavia, lançar as sementes de questionamentos acerca da (i)legitimidade do Direito Penal para incriminar determinadas condutas.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORIGEM DA PROIBIÇÃO

Imaginar um mundo livre do consumo de drogas é tão ilusório quanto imaginar um mundo sem criminalidade ou sem conflitos sociais. A partir da experiência que os Estados Unidos tiveram nos anos 20 do século passado, com a proibição do consumo de álcool (política que o então presidente daquele país chamou de “*guerra contra as drogas*”¹), estudiosos concluíram, por um lado, que o fenômeno do vício de drogas tem pouca ligação com a proibição em si; e que essa guerra resultou – como até hoje tem resultado – sem sucesso (ALBRECHT, HASSEMER e VOß – 1992).

Sem qualquer pretensão de se fazer uma análise histórica acerca da origem da proibição das drogas – o que seria impossível dentro dos estreitos limites deste trabalho – é interessante ao menos remeter a experiências passadas acerca de como o consumo de drogas, e em especial a proibição deste, vem sendo tratado ao longo do tempo. Aliás, de antemão é preciso, nesse aspecto, não utilizar indiferentemente as expressões “*o consumo de drogas*”, e “*o problema das drogas*”, porque tanto a ação quanto o efeito do consumo das drogas, bem como de sua proibição, dependem, dentre outros aspectos, também das circunstâncias sob as quais essas drogas são consumidas.

Por outro lado, da mesma forma como muitas drogas hoje ilegais eram, em um passado não muito distante, disponíveis e consumidas no cotidiano, drogas hoje consideradas legais eram proibidas. Assim, vigorou na Prússia,

1 War on drugs

até o ano de 1848, uma proibição de fumar em público. No século XVII o consumo do tabaco era objeto de perseguição estatal na Alemanha e na Inglaterra. Não obstante, o tabaco causou a maior epidemia de droga de toda a história (ALBRECHT, HASSEMER e VOSS – 1992).

Não se desconhecem, outrossim, que querelas econômicas estiveram entre os principais fatores da proibição.²

O fenômeno da proibição do consumo de drogas tem merecido a atenção de estudiosos de diversos ramos das ciências, em particular da Sociologia e do Direito. E mesmo no âmbito das ciências jurídicas, trata-se de problemática que chama a atenção do jurista muito menos por aspectos relativos à Dogmática jurídico-penal, do que por sua importância nos campos da Criminologia e da Política Criminal.

Com efeito. A aplicação química de diversas substâncias tóxicas, cujo uso é, em parte regulamentado como sujeito a sanções penais, e em parte tratado com ajuda de campanhas publicitárias, já mostra por si só uma *criminalização seletiva*, que não está livre de contradições.

Essas contradições devem ser analisadas dentro de um debate científico também no âmbito das ciências penais, e dentro de uma racionalidade que nos permita uma sistematização do pensamento.

Uma das possíveis linhas de fundamentação dessa discussão é justamente a do conceito de bem jurídico, como objeto de proteção do Direito Penal.

Evidente que o fato de o estudioso do Direito se permitir a uma análise dessa proibição – como de qualquer outra conduta – e de suas contradições, com fundamento em uma teoria ou princípio limitador do Direito Penal, função em parte reconhecida à teoria do bem jurídico, de modo algum implica ignorar o gravíssimo problema social e humano em que se transformou o consumo das drogas. Chegar a tal conclusão seria, no mínimo, primitivo e ingênuo.

2 Assim, a Conferência Internacional de Shanghai, em 1909, que decidiu pela proibição do uso não medicinal do ópio, apesar da resistência da Inglaterra, então detentora da maior indústria daquela substância. De forma semelhante, a Conferência sobre Drogas realizada em Haia, em 1911, na qual a Alemanha foi o único Estado participante que se recusou a ratificar o documento resultante daquela conferência, tendo, ao revés, protocolado solicitação para que a cocaína fosse suprimida da lista que impunha medidas regulatórias a diversas drogas. Desnecessário dizer, mas a Alemanha era, àquela época, o maior produtor de cocaína.

Até porque, há de se ressaltar, as contradições e consequências dessa proibição já são de todos conhecidas; mas as consequências de uma des-criminalização, não.

3. ACEPÇÕES DO TERMO “BEM JURÍDICO”

Em sua obra “*Theorie und Soziologie des Verbrechens*”, HASSEMER distingue duas acepções do termo „bem jurídico: segundo uma concepção “*imanente ao sistema*” (*systemimmanente Funktion*), estaria o termo limitado e reduzido ao objeto de proteção extraído da própria norma incriminadora, como se o „*catálogo*“ de delitos em que esta se encontra inserida encerrasse, em si mesmo, uma seleção ideal de bens que merecem a tutela penal. Por outro lado, segundo uma “*concepção transcendente ao sistema*” (*Systemtranszendente Funktion*), o bem jurídico teria uma função crítica, não apenas conformadora, mas limitadora do direito penal, servindo como fundamento para justificar, ou não, a decisão legislativa pela escolha de determinado objeto de proteção.

O que HASSEMER chama de função “*systemtranszendent*”, ou “*systemkritisch*” corresponde a uma concepção bastante otimista que atribui ao conceito de bem jurídico essa capacidade de servir como critério de legitimação. Ou seja, qualquer norma penal criminalizadora estaria sujeita a um exame de legitimidade, de forma que, caso ausente um bem jurídico a ela subjacente, a decisão legislativa poderia ser avaliada e criticada.

Uma concepção de bem jurídico apenas imanente ao sistema – *systemimmanent*, ainda utilizando-se a terminologia de HASSEMER – extrai da própria norma penal o bem jurídico por ela tutelado, sem ventilar qualquer problema de legitimação, qualquer que seja o conteúdo da proibição penal analisada, qualquer que seja esta.

Apesar da crítica a que está sujeita a idéia de bem jurídico em sua função transcendente, ou político-criminal, trata-se de teoria que ganhou ainda maior simpatia quando percebida como um instrumento contra eventuais novas aspirações totalitárias, sobretudo após a segunda guerra mundial (HÖRNLE).

Além disso, trata-se de uma concepção do Direito Penal que se encontra em harmonia com os princípios do iluminismo, já que também uma norma incriminadora não seria vista como resultado de algo divino. O conteúdo de qualquer lei é, ao revés, feito pelo homem e para o homem, e dessa forma deveria ser racionalmente fundamentada (HÖRNLE).

Além disso, a introdução do termo bem jurídico está ligada ao estabelecimento de uma idéia do Direito Penal extraída da Teoria do Contrato Social, orientada pelo critério de que so poderiam ser criminalizados comportamentos que provoquem danos a uma pessoa.

4. A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

A discussão em torno do conceito de bem jurídico está estreitamente ligada à função do Direito Penal. Ou seja, a Teoria do Bem Jurídico se desenvolveu umbilicalmente ligada à definição de qual seria a tarefa do Direito Penal. O significado da expressão “bem jurídico”, tanto do ponto de vista da Dogmática quanto da Política Criminal, depende diretamente do que se considera como sendo função do Direito Penal, ao criminalizar determinadas condutas.

Que o Direito Penal deve servir à proteção de bens jurídicos é princípio aceito pela doutrina alemã, assim como o é pela majoritária doutrina pátria. O legislador estaria legitimado somente a criminalizar condutas que atentem contra um bem jurídico. Aqueles comportamentos que sejam contrários apenas à moral deveriam ficar de fora do catálogo das ilicitudes penais.

A crítica contra a criminalização de comportamentos tidos, por exemplo, apenas como contrários à moral, foi bastante disseminada na Alemanha dos anos sessenta e setenta, baseada numa concepção político-criminal surgida com as reformas legislativas que descriminalizaram os chamados “*Sittlichkeitsdelikte*”. Essa tendência liberalizante, especificamente no tocante ao chamado Direito Penal Sexual, seguiu-se à publicação, em 1957, da obra de JÄGER, denominada “*Legislacao Penal e Protecao de Bens Jurídicos nos Delitos contra Costumes*”.

Essa idéia soa menos problemática no campo da Política Criminal. A questão se torna muito mais complexa quando se volta para o chamado Direito Penal Material, e para o conceito de bem jurídico que naquele se desenvolveu. Com efeito. Que consequência jurídica se pode extrair quando um determinado ordenamento jurídico-penal abriga normas criminalizadoras em relação às quais não se vislumbra um bem Jurídico subjacente, digno da tutela penal?

Segundo a teoria do bem Jurídico, essa deficiência tornaria a norma penal, e portanto a proibição por ela veiculada, ilegítima. Conquanto não se possa, dessa ilegitimidade, por si só, inferir uma submissão e vinculação do Legislador à Teoria do Bem Jurídico, não se pode também negar sua importância e influência no campo da Dogmática, não so penal, como também constitucional.

5. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO

Há propostas doutrinárias que pretendem uma definição de bem jurídico com fundamento na Constituição. Esse é o caso de Roxin, e de grande parte dos penalistas brasileiros.

Em verdade, o que se tenta é responder à pergunta até que ponto o princípio do bem jurídico, em uma acepção político-criminal (ou transcendente), ou seja, como critério limitador do legislador penal, seria ou não compatível com a Constituição, sobretudo quando comparado a outros critérios, como o da Proporcionalidade.

Nesse aspecto, PRITTWITZ chama atenção para fato de que, quando se trata de limitação ao Direito Penal, alguns princípios imanentes a este, a exemplo do da Subsidiariedade, seriam em verdade variantes de princípios constitucionais. O que o Professor de Frankfurt constata é que, quando se estabelecem paralelos entre o Princípio da Proporcionalidade, por exemplo, e alguns princípios limitadores do direito Penal, aquele princípio constitucional, embora importante, não é suficiente.

Nesse contexto, seriam necessários parâmetros que servissem como critérios sistemáticos de análise, e através dos quais se extraíssem conclu-

sões da Dogmática Penal e Constitucional, para evitar que se enverede por um caminho de mera politização do debate, ou de discussões filosóficas acerca de valores. Essa interseção, porém, do Direito Penal com o Direito Constitucional, quando o tema é a limitação daquele fundada na teoria do bem jurídico, tem se revelado tudo, menos fácil e tranquila.³

6. O BEM JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DA PROIBIÇÃO

Na doutrina brasileira não é novidade que a teoria do bem Jurídico, em sua função crítica, ou seja, político-crimal, transcendente, encontra grandes reservas. Todavia, como aponta GRECO (2004), trata-se de tendência que se verifica também na Alemanha, onde os opositores do conceito de bem jurídico vem lhe atribuindo a pecha de moribundo e em desuso. E essa oposição ganhou ainda mais munção após uma decisão do Tribunal Constitucional daquele país, que, em 1994, se recusou a aplicar a teoria do bem jurídico quando do exame da questão do porte de haxixe para uso pessoal.

Situação semelhante de resistência da Jurisprudência alemã em proceder a um exame de legitimidade da norma sob o aspecto do bem jurídico se verificou na decisão relativa ao crime de incesto.⁴

No Brasil, segundo aponta TAVARES, essa tendência de coletivização do bem jurídico se iniciou com a política populista durante a fase republicana que se estendeu de 1934 a 1964.

O problema é que, dependendo do grau de elasticidade que se dê ao conceito de bem jurídico, sempre haveria um, pronto para ser invocado, quando se quisesse legitimar qualquer proibição.

É exatamente de um problema de falta de legitimidade que padeceriam algumas categorias de delitos, dentre os quais se incluem delitos que visam coibir comportamentos apenas imorais, bem como os delitos de perigo

3 Sobre esse tema, em especial os trabalhos de APPEL, LAGODNY e STÄCHELIN.

4 Nessa mesma decisão, todavia, HASSEMER, então vice-presidente daquela Corte, proferiu voto em que, embora vencido, desenvolve seu raciocínio concluindo pela ilegitimidade da proibição, fundado na teoria do bem jurídico.

abstrato e aqueles contra um suposto, porem possivelmente falso, “*bem jurídico coletivo*”.

Sob a óptica do bem jurídico que se pretende tutelar, a criminalização do consumo de entorpecentes também não escapa, portanto, a um exame crítico. Neste caso, não por se tratar de uma suposta criminalização de conduta amoral, e sim pela dificuldade de parte da Doutrina em identificar no caso um suposto bem Jurídico coletivo, nomeadamente a *saúde pública*.

Mesmo se partindo de uma concepção dualista do conceito de bem jurídico, reconhecida pela doutrina majoritária, que admite a existência de bens jurídicos individuais e coletivos, o problema é que esse tipo de bem jurídico dito *coletivo*, em que se insere a “*saúde pública*”, enfrenta, juntamente com os delitos de perigo abstrato, grandes problemas quanto à sua legitimação. Ainda mais quando, como aponta GRECO, se trata de delitos que, além de vinculados a um suposto bem jurídico coletivo, são ao mesmo tempo classificados como delitos de perigo abstrato, como seria o caso do delito de porte de entorpecente.

Porque no caso deste, o suposto bem jurídico coletivo – saúde pública – em verdade se confundiria com a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que seria um “*pseudo-bem coletivo*” (GRECO).

Paralelamente à crítica que sofrem certos delitos, que se pretendem legitimados por sua suposta eficácia na proteção de bens jurídicos que parte da Doutrina entende como falsamente coletivos, existe também a idéia de que certas normas penais não podem ser consideradas legitimadas, quando alicerçadas num *paternalismo forte*.

Ou seja, além da questionável natureza coletiva desse bem jurídico, há outro problema, cuja análise demandaria um trabalho autônomo, que diz respeito ao princípio da ofensividade (ou lesividade), e a uma suposta legitimação paternalista da proibição. Afinal, trata-se de um delito que tutelaria um bem jurídico (a saúde do usuário), contra a vontade do próprio titular. É o Direito Penal pretendendo proteger o indivíduo contra si mesmo, e puni-lo por isso.

Ainda que, sob esse aspecto, se objete que do uso de drogas não resultam danos apenas para o usuário (e sim, por exemplo, prejuízos para o sistema de saúde), trata-se de argumentação que, embora respeitável, não

é nem invulgar nem suficiente. A um, por se tratar de danos indiretos e incertos; a dois, porque esse mesmo raciocínio poderia ser aplicado em diversas outras condutas que, nem por isso, ao menos até agora não foram criminalizadas (basta lembrar a condução de veículo sem cinto de segurança ou sem capacete); a três, porque, ao contrário do paternalismo do Poder Estatal, existente em diversos outros casos, uma legitimação exclusivamente paternalista no campo penal enfrenta maiores problemas, face ao princípio da “*Ultima Ratio*”.

7. CONCLUSÃO

O debate em torno do combate às drogas, como parte de uma criminalidade cada vez mais preocupante, tem sua importância neste trabalho não apenas reconhecida; mais do que isso, deve ser cada vez mais intensificado e fomentado.

Reconhecer a importância desse debate não pode, todavia, implicar estabelecer-se a legislação penal como (único) ponto de partida da observação do problema. Esse risco atinge, de forma especial, o Ministério Público, dada sua função institucional de “garantia da ordem jurídica”.

O tempo urge, a criminalidade não espera, o problema é gravíssimo. O raciocínio, então, seria: Deitados sobre o berço esplêndido e seguro da legislação penal, dele partamos. O resto seriam teorizações inúteis, que deveriam se circunscrever ao campo das outras ciências sociais, mas que nada servem ao Direito, sobretudo como instrumento de controle social. Será?!

O que se propõe aqui são reflexões que continuam dentro do Direito, sim, embora para além da legislação. Que se lhes maculem de “*meta-legais*”, se houver necessidade de um rótulo, mas não de “*meta-jurídicas*”.

Quer se trate da criminalização de condutas que atentem apenas contra a moral (caso do homossexualismo na Alemanha até a década de 70), ou de condutas que violem um suposto (porém falso) bem Jurídico coletivo (como seria o caso, por exemplo, dos crimes contra a saúde pública), o fato é que proibições que não estejam associadas à proteção de um bem jurídico seriam ilegítimas.

A importância de se realizar um exame de legitimidade de determinadas proibições não é apenas teórica, senão também prática. Primeiro pelo caráter, senão vinculativo, ao menos orientador, que a teoria do bem jurídico, em sua concepção político-criminal (ou transcendente, na linguagem de HASSEMER), exerce ou deveria exercer sobre a opção legislativa; segundo, em razão da exasperação da pena que se vem identificando nos delitos de perigo abstrato, e que só aparentemente se identificam com um bem jurídico coletivo.

Afinal, a premissa segundo a qual a tutela penal representa a “*ultima ratio*” dentre os instrumentos de controle de que se pode valer o legislador para inibir e coibir comportamentos tidos como inadequados é, ao menos no Direito Penal alemão, desde Jescheck, indiscutível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, P; HASSEMER, W.; VOß, M. **Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung**. Baden-Baden: Nomos, 1992 .

APPEL, I, **Verfassung und Strafe – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens**, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 765, Berlin: Duncker Humblot, 1998.

GRECO, L. – “Princípio da ofensividade” e crimes de perigos abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito (“Offensivitätsprinzip” und abstrakte Gefährdungsdelikte: eine Einführung in die Auseinandersetzungen um Rechtsgut und Deliktsstruktur), **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 49, São Paulo 89-147, 2004.

HASSEMER, W. **Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre**, 2. Ed., Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1980.

_____. **Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz**. **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ)**, Muenchen, 553 e segs, 1989.

HÖRNLE, T. **Großanstoßiges Verhalten: strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus**, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

JÄGER, H. **Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten**. Stuttgart: Enke, 1957.

LAGODNY, I. **Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte**, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996.

PRITTWITZ, C. - Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate, **Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.)**, **Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts**, Frankfurt am Main , 387 e segus, 1995

ROXIN, C. **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre** 4. Auf., München: C.H. Beck, 2006.

STÄCHELIN, G. **Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat**, Strafrechtliche Abhandlungen, N.F., Bd. 106, Frankfurt am Main, 1997.

TAVARES, J. - Die personale Rechtsgutslehre und die Kriminalpolitik in Brasilien, **Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studie** 104, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.

CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DAS CONDUTAS PREVISTAS NO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Paulo José Francisco Alves Filho¹

Max Diego Siqueira Silva²

RESUMO:

Considerando que a nova Lei de Drogas trouxe inovações acerca das sanções impostas aos que incidem nas condutas previstas em seu art. 28, o presente estudo, apresenta os diversos entendimentos a respeito das ações anotadas no dispositivo citado, bem como, trata sobre as controvérsias que tangenciam na aplicação do princípio da insignificância as condutas mencionadas.

1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, o uso de substâncias entorpecentes está disseminado em todas as camadas da sociedade, causando efeitos nefastos a quem dele depende.

Além disso, não é mais objeto de discussão que a relação usuário x droga ultrapassou o campo do Direito Penal, sendo hoje tratada, cada vez com maior intensidade na seara da saúde pública.

Lembramos também que as normas alusivas ao tema que vigoraram em nosso ordenamento jurídico impunham ao usuário a pena privativa de liberdade, o que por diversas vezes não era aplicada, seja pela fragilidade

1 Promotor de Justiça do MP/SE

2 Assessor do Procurador-Geral de Justiça do MP/SE

da estrutura judiciária, seja pela ineficácia da medida, muitas vezes em decorrência do desaparelhamento do Estado.

Diante desse panorama, visando adaptar a realidade ao cenário posto, a Lei nº 11.343/2006 trouxe inovações quanto às respostas oferecidas pelo Estado ao usuário de drogas, acarretando relevantes debates doutrinários e jurisprudenciais no tocante às implicações trazidas no artigo 28.

2. CONTROVÉRSIAS ACERCA DA OCORRÊNCIA DA DES-CRIMINALIZAÇÃO OU DESPENALIZAÇÃO DAS CONDUTAS PREVISTAS NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Inicialmente cumpre lembrar que o ordenamento jurídico nacional, antes da Lei nº 11.343/2006, continha duas leis que tratavam de drogas: a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

A última norma citada adveio com intuito de substituir a anterior. No entanto, em virtude da carência de constitucionalidade de alguns dispositivos da *Lex posterior*, acabamos por vislumbrar um cenário em que duas leis vigoravam, uma no aspecto penal (Lei 6.368/76) e a outra numa feição processual (Lei nº 10.409/2002).

Diante desse panorama conturbado, sobreveio a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que, por meio do seu artigo 75, revogou as duas normas acima apontadas.

Entretanto, mesmo com o advento da novel legislação, percebemos que diversos pontos que permeiam as questões tratadas por aquela, ainda causam dissensão, sobretudo quando atentamos para o que propaga a doutrina e ecoa dos julgados do repertório jurisprudencial pátrio.

Imergindo no conteúdo que se abstrai da norma, apontamos de plano, para o que estabelece o art. 28, fonte de celeuma no âmbito jurídico, *in litteris*:

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.

Analisando o preceito assinalado, notamos que este cuida da relação do indivíduo com a substância entorpecente para fins de consumo pessoal, tratando também das sanções que incidem sobre quem comete uma das condutas anotadas no *caput* do supracitado artigo.

Depreende-se da apreciação do indigitado item normativo que este ao estabelecer as penas acima transcritas, não fixou qualquer pena de prisão ou multa aos indivíduos que se enquadrem no tipo penal.

O legislador infraconstitucional inovou neste sentido, pois como se sabe a regra da Lei nº 6.368/76, em seu artigo 16, previa a pena de detenção, assim como o pagamento de multa, *in verbis*:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o 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 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Como se pôde facilmente notar, a Lei nº 11.343/2006 trouxe benefícios aos denominados “usuários” de substâncias entorpecentes, visto que não há previsão de qualquer medida que prive sua liberdade.

Partindo dessa premissa e confrontando os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes, surge a seguinte indagação: houve ou não a descriminalização ou a despenalização da posse para consumo pessoal?

A tese dos que defendem a descriminalização se ampara na interpretação do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (L.I.C.P), que dispõe o seguinte:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. alternativa ou cumulativamente.

Desse modo, segundo os que aderem a esta corrente, não consta no rol do artigo 28, da Lei 11.343/06, qualquer referência a sanção de pena de reclusão, detenção, prisão simples ou multa, restando afastado o enquadramento das condutas indicadas como crime ou contravenção.

Sustenta a mesma corrente que o ato não seria um ilícito administrativo, já que a sanção é aplicada por um juiz de direito, ficando remanescente, portanto, a caracterização como uma *infração ou ilícito sui generis*.

As lições de Luiz Flávio Gomes (2010, p. 217) trilham neste rumo, *in verbis*:

“(...)Não se trata de “crime” nem de “contravenção penal” porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, *sui generis*. Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos Juizados Especiais ou da Vara especializada). Assim, não é crime, não é “contravenção” e tampouco é um “ilícito administrativo” é um ilícito *sui generis*”.

Neste sentido, reverbera o entendimento do Tribunal de Justiça Catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. RECURSO DE JOCENIR. MÉRITO. PLEITO

ABSOLUTÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE COMPROVADA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA. ELENCO PROBATÓRIO FRÁGIL E INCAPAZ DE SUSTENTAR A CONDENAÇÃO. DÚVIDA QUE MILITA EM FAVOR DO ACUSADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO DE SÉRGIO. INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA. PEDIDO PREJUDICADO. DESCLASSIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA A INFRAÇÃO *SUI GENERIS* DO ART. 28 DA LEI 11.343/06. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS A DEMONSTRAR, COM A CERTEZA NECESSÁRIA, A DESTINAÇÃO COMERCIAL DA DROGA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS DEFENSIVOS CONHECIDOS E, EM PARTE, PROVIDOS.

(591921 SC 2011.059192-1, Relator: Leopoldo Augusto Brügemann, Data de Julgamento: 13/10/2011, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) n. , de Tubarão)

Noutra perspectiva, a corrente que se opõe a descriminalização relatada, afirma que as ações descritas no artigo 28, constituem sim “crime”, pois o fato do art. 1º da L.I.C.P, não ter previsto as sanções abarcadas naquele dispositivo, não poderia por si só, suplantar a criação de outras medidas repressivas por norma posterior que está igualmente escalonada no ordenamento jurídico.

Esta tese defende que as condutas: “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” ou “trazer consigo”, para consumo pessoal, denotam um caráter ilícito, sendo, todavia, mitigada a repreensão do Estado sobre os sujeitos que nelas incidem, ocorrendo, portanto, a despenalização das práticas mencionadas.

Ainda sobre a questão, paira entendimento que não acata nenhuma das teses referidas, conforme defende Vicente Greco Filho (2011, pp.150/151), *in litteris*:

“A Lei NÃO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal, nem a

transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, como adiante se comentará, mas a conduta continua incriminada. A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais.”

Fator que arrima o posicionamento supra, advém dos comandos constitucionais traduzidos na diversificação das penas e a conseqüente não limitação das sanções descritas no art. 1º, da L.I.C.P. (art. 5º, XLVI, da CRFB), como também na impossibilidade da implementação de penas cruéis, de trabalhos forçados, de banimento e perpétuas. (art. 5º, XLVII, da CRFB).

A primeira turma do Pretório Excelso ao enfrentar a questão acolheu a tese da despenalização, vejamos:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII) 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30) 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12) 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para

os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30) 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

(RE 430105-RJ, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

No entanto, em que pese a jurisprudência majoritária se filiar à corrente que sustenta a despenalização, a respeito do tema, cabe citar o que bem lembrou Luiz Flávio Gomes (2010, p. 219):

“A polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), mesmo diante do entendimento firmado pela Primeira Turma do STF no sentido de que se trata de um “crime” punido com penas alternativas, sendo o usuário, portanto, um “tóxico-delinquente” (RE 430.105-9-R J, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02/2007), certamente ainda não chegou ao seu final.”

3. DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ÀS CONDUTAS DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

Seguindo na apresentação das questões que irradiam divergência, focalizamos a aplicabilidade ou não do Princípio da Insignificância às condutas do descritas no art. 28, da lei em comento.

Nesse ponto, a doutrina que defende a aplicabilidade do preceito destacado, alberga seu entendimento, sobretudo, nos seguintes pilares: valorização da intervenção mínima do Direito Penal, princípio da ofensividade – vale dizer que a posse de quantidade ínfima não ataca bens jurídicos de terceiros -, e por fim na insignificância da conduta e do resultado.

Para melhor expor esse posicionamento, não poderíamos deixar de apontar o magistério de Luiz Flávio Gomes (2010, pp. 236/237), *in verbis*:

“São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material, pouco importando se se trata da insignificância da conduta ou do resultado). Se tipicidade penal é (de acordo com a teoria constitucionalista do delito que adotamos) tipicidade objetiva ou formal + tipicidade material ou normativa, não há dúvida que, por força do princípio da insignificância, o fato de ínfimo significado é atípico, seja porque não há desaprovação da conduta (conduta insignificante), seja porque não há um resultado jurídico desvalioso (resultado ínfimo).”

O Tribunal de Justiça Gaúcho acolheu a tese assinalada:

APELAÇÃO CRIME. POSSE DE DROGA PARA USO PESSOAL. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. 1. DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL. INOCORRÊNCIA. Ausência de descriminalização para o delito de posse de drogas para uso pessoal, tendo ocorrido tão somente sua despenalização. Art. 1º da LICP que apenas expõe critérios de diferenciação de crimes e contravenções penais, não inviabilizando

que a Lei Ordinária acrescente novas hipóteses de distinção. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 2.1. A despeito da intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, a viabilidade de aplicação do princípio da insignificância não incide apenas nos delitos materiais ou de resultado, mas também nos delitos de perigo ou de mera conduta, inclusive naqueles em que o bem jurídico atingido é difuso ou coletivo, tal como ocorre com o crime de drogas, assimilando-se a um limite tácito da norma penal, ou seja, a perceptibilidade da agressão ao bem jurídico é considerada um requisito implícito do crime, em ausência do qual, no caso concreto, a pena não se legitima. 2.2. Viabilidade do reconhecimento do princípio da insignificância no caso concreto, apreensão de ínfima quantidade de maconha (aproximadamente 0,9 gramas), sendo a droga de baixo poder lesivo, constando inclusive que a droga teria sido apreendida em abordagem de rotina da força policial, estando o acusado trazendo a droga consigo no interior de seu bolso, enquanto transitava por um parque, inexistindo lesão a terceiros. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.

(Apelação Crime Nº 70039745856, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 09/06/2011)

Combatendo os fundamentos acima esmiuçados, a linha de pensamento contrário assenta que as ações prenotadas na cláusula 28, da Lei 11.343/06, constituem-se em delitos de perigo abstrato, os quais são traduzidos na perspectiva do tipo penal específico de causar algum dano ao bem jurídico tutelado pela independentemente de dilação probatória.

No caso específico, mesmo considerando que a substância seja usada pelo indivíduo, ou seja, constatada a circunstância “consumo pessoal”, o bem a ser afetado é a saúde pública, em outros termos, é irrelevante verificar a quantidade da substância ilícita encontrada, já que as condutas apontadas, isoladamente, têm o condão de causar perturbação social.

Diante deste argumento, restaria afastada a incidência do princípio da bagatela (insignificância) e, por conseguinte, sendo plenamente aplicáveis as reprimendas trazidas pela norma.

Ao apreciar a matéria, a primeira turma da Suprema Corte assentou a seguinte orientação:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO(...) II - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III - No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V - A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI - Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII - Habeas corpus prejudicado. (HC 102940, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011)

Ainda acerca do tema, cabe aqui fazer uma ressalva quanto à não abordagem das práticas alusivas ao tráfico de entorpecentes, posto que é pacífico na jurisprudência pátria, o entendimento que veda a aplicação do referido postulado às condutas que cuidam da mercancia de drogas:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE.

A jurisprudência desta Corte é firme quanto à inaplicabilidade do princípio da insignificância ao tráfico de drogas.(...)

(HC 156543/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 09/11/2011)

4. CONCLUSÃO

Como podemos vislumbrar, as inovações trazidas pelo dispositivo comentado, buscaram se adequar à realidade atual, ampliando as respostas ofertadas pelo Estado aos usuários de drogas que dela dependem.

No entanto, tal mudança acirrou debates na doutrina e na jurisprudência em relação ao enquadramento das condutas anotadas no *caput* do artigo 28, bem como na aplicação do Princípio da Insignificância às ações ali previstas.

Diante do que foi apresentado, verificamos que há entendimentos sustentando a descriminalização das condutas apontadas, que defendem a sua despenalização, bem como, tese que não agasalha a ocorrência de qualquer um dos institutos citados, prevalecendo, contudo, a corrente que abraça a despenalização (STF – RE 430.105-RJ).

Quanto ao outro ponto que foi tratado, que toca na aplicação do preceito da Insignificância às condutas descritas na cabeça da cláusula 28, predomina o posicionamento que sustenta a não incidência do postulado indicado (STF - HC 102.940).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Luiz Flávio. *Legislação Criminal Especial*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos – prevenção - repressão - Comentários à Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas*. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI *VERSUS* DIREITO À VIDA. UMA SOLUÇÃO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY.

Paulo Lima de Santana¹

Paloma Matos Monteiro Leite²

RESUMO

Os altos índices de mortalidade no trânsito e sua relação com a ingestão de álcool, ensejaram a publicação da Lei Seca. Contudo, a não auto-incriminação tem sido um obstáculo à aplicação da norma. O presente estudo vislumbra na Teoria dos Direitos Fundamentais uma resposta que a um só tempo comunga aquela garantia e o direito vida, a que fazem *jus* todos os cidadãos brasileiros.

1. INTRODUÇÃO

Há muito tempo se discute cotidianamente no Brasil acerca da realidade do trânsito, cada vez mais perigoso e mortal. Contudo, pouco, ou quase nada, do que se debate é realmente aplicado.

A mensagem “se dirigir não beba” parece não produzir efeito, talvez por isso os índices avancem e as notícias sobre trágicos desastres envolvendo veículos automotores passam despercebidas ao expectador minimamente distraído durante o noticiário, juntando-se ao lugar comum dos distantes conflitos no Oriente Médio.

1 Promotor de Justiça MP/SE. Diretor do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária

2 Assessora do Procurador-Geral de Justiça

Mas a nossa estatística é muito mais catastrófica que aquele longínquo conflito, temos no asfalto uma morte em cada 11 minutos, entre 40 e 50.000 mortes/ano, o que supera o número de baixas totais de norte-americanos em tempos de guerra, mais precisamente, somos em um ano mais mortais que a Guerra do Vietnã, que perdurou de 1959 a 1975, com mais de 47 mil perdas humanas.

Essa chocante realidade, no entanto, não permitiu que a passividade típica do nosso povo resultasse na inércia do Poder Legislativo. Talvez cansado daquele mesmo noticiário, nosso insensível legislador promulgou em 2008 a “Lei Seca”, que viria com o condão de arrefecer os debates, ou ao menos para livrar as suas *peles*, como se diz no jargão, calando a voz daqueles que sempre imputam às “leis arcaicas” (olvidando que o Código de Trânsito Brasileiro é recente e data de 1997) a culpa por todos os problemas que nos assolam, no caso a mortalidade no trânsito.

2. A LEI 11.705/2008 E A TIPIIFICAÇÃO DA CONDUTA

Com vistas a solucionar esse problema surge em nosso ordenamento a Lei 11.705/2008, na qual o legislador enfocou com destreza peculiar e com respaldo científico a conduta a ser observada em caso de suspeita de alcoolemia ao volante e as consequências jurídicas dessa conduta.

Quis o congresso que a menor concentração de álcool representasse justo motivo para a aplicação de penalidades. Daí porque inseriu o art. 276 no CTB³, no qual é possível cotejar a sanha do Estado por uma resposta rápida e eficaz no combate à “epidemia” que ronda nossa sociedade.

Constatada a menor presença de álcool, incidem as penalidades, que já na esfera administrativa, são cumulativas e veementes, passando pela retenção do veículo até a suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Aplica-se ainda, se constatada uma concentração alcoólica por litro de

3 Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.
Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.

sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, a pena de detenção de seis meses a três anos na forma do art. 306 do CTB. É exatamente neste aspecto de natureza penal que concentraremos os esforços no presente trabalho.

A aplicação das sanções administrativas capituladas em lei deve ser precedida da constatação do estado de alcoolemia do condutor, por mais leve que seja. Essa é a premissa positivada, tratada no art. 277 do CTB que embora eleja o etilômetro como ferramenta primordial no combate ao delito, traz consigo alternativas que permitem ao agente público autuar o motorista em flagrante mesmo que este se negue a colaborar.

Ao referendar “a obtenção de outras provas em direito admitidas” fechava-se as portas para a impunidade, ao tempo em que aumentavam as esperanças de tempos mais seguros em nossas rodovias. Esta era a expectativa da opinião pública.

Contudo, se tinha mesmo o intuito acima delineado, falhou o legislador, porquanto ao alterar a redação do dispositivo, vez que passou a avançar e retroceder simultaneamente. Vejamos:

Desde a sua publicação em 1997, o *caput* do art.306 do CTB tipificava a conduta daquele que, embriagado, expusesse a “*dano potencial a incolumidade de outrem*”.

Diante da apatia legislativa, adentra em nosso ordenamento a Lei 11.705/08, em 19 de junho de 2008, popularmente batizada como “Lei Seca”, que alterou o art. 306 do CTB, estabelecendo o seguinte:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)⁴

4 Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008:

Art. 2º. Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 - Código de Trânsito

A pretérita formação do tipo estava condicionada a exposição a dano potencial, numa clara previsão a situação de perigo concreto. Assim, fazia-se a seguinte distinção: quem dirigia bêbado (embriagado), mas “corretamente” (sem comprometer a segurança viária ou externar a influência da droga), respondia apenas pela infração administrativa (art. 165 do Código de Trânsito); aquele que dirigia embriagado e perigosamente (desrespeitando a sinalização semafórica, fazendo zig-zag, subindo em calçadas, “queimando pneus”, etc.) respondia também pelo delito do art. 306 do CTB.

A nova redação do art. 306 não mais exige a comprovação de qualquer exposição da vítima a perigo. Este ao nosso sentir o maior dos avanços.

O retrocesso a que nos referimos acima atine ao fato de que a dispositivo avançou ao dispensar a periculosidade da conduta, mas pecou ao exigir determinada concentração alcoólica, para a configuração do delito de trânsito. A tentativa de dar um respaldo técnico ao texto induziu o legislador a erro.

Se para a configuração do delito seria necessária a produção de uma prova cabal, deveria ter ele, o redator, incluído um parágrafo cominando a presunção de culpa, o que seria muito contestado, é fato, ou, ao menos, poderia ter mitigado a exigência de prova técnica por outros meios nos casos de negativa do condutor.

No entanto, essa precaução foi olvidada, de modo que a aplicação da lei tem encontrado resistência diuturna no direito a não produzir prova contra si mesmo, entalhado no art.5 LXIII da Constituição Federal de 1988.

Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou
II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

3. O DIREITO A NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO, PREVISTO NO ART.5 LXII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART.8º DO PACTO DE SANJOSE DA COSTA RICA

A Lei Maior atribuiu ao preso o direito de permanecer em silêncio, mas a doutrina e a exegese constitucional há muito elasteceram o âmbito de abrangência desse direito, que tem pilar já no do art.8º, § 2º, alínea g do *Pacto de San Jose da Costa Rica*. O *direito ao silêncio* como tem sido denominado é, contudo, a apenas a expressão de uma garantia muito maior, segundo a qual o silêncio além de assegurado não pode sequer ser interpretado em seu desfavor.

Essa *longa manus* do texto constitucional está positivada no art. 186 do Código de Processo Penal: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da “defesa””, máxima que encontra respaldo latino no princípio *nemo tenetur se detegere*.

A priori, portanto, a inação do condutor em produzir provas contra ele não poderia mesmo vir a ser interpretada em seu prejuízo, e estaríamos diante de um impasse.

Contudo, há que se considerar quais são os interesses em jogo. O professor Miguel Reale já expunha que **direito é fato, valor e norma**, e como tal não permite sua análise sob apenas uma de suas facetas, exigindo o estudo do fenômeno como um todo, o que nos leva a refletir sobre o interesse que, de fato, se contrapõe à ação irresponsável do ébrio que se põe ao volante: o direito à vida.

4. O *JUS PUNIENDI* E A BUSCA PELA VERDADE REAL ENQUANTO INSTRUMENTOS DE TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Toda a concepção de nosso Estado de Direito leva à conclusão de que é a existência humana o pressuposto mais elementar do sistema. Dele emana mais que um direito à existência vital, mas a garantia de que o Estado protegerá os cidadãos das ofensas a esta fruição.

Segundo a Lei Fundamental da República, o direito à existência enfatiza a importância do dever Estatal em agir veementemente na tentativa de preservá-la não só na essência biológica do termo, mas com alto grau de qualidade e dignidade. Daí se conceber “uma legislação penal que puna todas as formas de interrupção violenta do processo vital” (AFONSO DA SILVA, 1994, p.182).

De tal dever de tutela, entregue pela sociedade ao Estado, desdobra-se o *jus puniendi*, que em miúdos, o investe na condição de único e exclusivo titular do direito de punir. Só o aparato estatal tem legitimidade para reprimir toda e qualquer conduta que invada os lindes impostos pela legislação.

Tal pretensão punitiva, no entanto, não se realiza senão por meio do processo penal, no qual esse interesse repressivo é contrastado com as garantias do acusado, o que contrabalança a relação e evita a ação abusiva do poderoso Estado.

Nessa esteira, o *jus puniendi* vale-se do Princípio da Verdade Real, segundo o qual na esfera penal não é dado ao magistrado acomodar-se com a verdade que brote da manifestação dos pólos da ação. A ele incumbe fazer valer o império de uma verdade que reflita o mais fidedignamente possível os fatos e suas consequências jurídicas.

Contudo, a verdade real e *jus puniendi* tornaram-se letra morta após a edição da Lei 11.705/08, que estranhamente tirou do Estado e entregou ao alvedrio do infrator o poder de viabilizar a sua própria sanção penal.

Inverteram-se seriamente os valores, e garantias históricas foram vilipendiadas por uma postura supostamente albergada juridicamente, impondo uma reflexão em busca de uma solução para a colisão de direitos fundamentais.

5. A COLISÃO PRINCIPIOLÓGICA E A SOLUÇÃO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se sabe no atrito entre duas regras, uma indicando A e outra B, a solução se dará na dimensão de validade, na escolha de uma delas. O Decreto 4.657/52, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,

outrora denominada Lei de Introdução ao Código Civil é ferramenta importante neste processo cujos critérios se resumem basicamente ao hierárquico, cronológico ou especial, bastando partir-se de um deles para expurgar o aparente conflito.

Com os Direitos Fundamentais, a lógica não pode ser tão açodada. Não há em seu rol sequer um que se possa dispensar tão somente para que se abra caminho na aplicação da lei ao caso concreto. Sua sedimentação enquanto norma é resultante de uma maturação lenta e progressiva, agregando a cada momento histórico novos caracteres que se completam dando um a outro mútua sustentação.

O acanhamento do espaço não nos permite uma profunda incursão em sua tese, mas, ainda assim, nos permitiremos extrair da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, uma resposta que, ao menos sob a faceta reflexiva e doutrinária, resulta no que nos parece ser a melhor solução para o imbróglio.

Grosso Modo, o autor da *Theorie der Grundrechte*, traduzida para o nosso idioma enquanto Teoria dos Direitos Fundamentais introduziu uma didática noção que permite através de um juízo de ponderação, calcado nos fatos e nos interesses da norma, extrair caso a caso a conduta menos lesiva ao princípio contingenciado.

Noutras palavras, segundo tal tese, quando há tensão entre princípios, aplica-se a regra da proporcionalidade cuja incidência não resulta na “extirpação” de um deles, mas na equalização entre ambos, mesmo que assim estejamos favorecendo a aplicação preponderante de um.

Seguindo a linha de raciocínio do mestre alemão, o embate entre princípios somente seria dirimido mediante a aplicação do que denomina “Lei de Colisão”, segundo a qual os interesses conflitantes merecem submeter-se a um sopesamento que definirá qual deles, no caso concreto merece prevalecer.

Na tentativa de melhor municiar o leitor acerca do raciocínio nuclear da tese, não há melhor explanação senão a do próprio ALEXY em sua obra, tratando do caso em que um réu, por motivos de saúde, se negava a comparecer a uma audiência de presença compulsória segundo as leis locais, o que impôs ao Tribunal Constitucional Federal alemão um so-

pesamento entre os interesses conflitantes cujo objetivo era definir qual deles – que abstratamente estavam no mesmo nível – tinha maior peso no caso concreto.

Para o mestre, se esse sopesamento levar a conclusão de que os “interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade”, e é consequentemente ilegítima (ALEXY, 2008, p.95).

E prossegue o jurista alemão:

“Esses deveres devem ser aplicados nas medidas das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Se houvesse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, a realização da audiência seria obrigatória ou, no mínimo, permitida. Se houvesse apenas o princípio da proteção da vida e da integridade física, a realização da audiência seria proibida. Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio, restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. [...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. [...] o que importa é se os “interesses do acusado no caso concreto tem manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir. [...] O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 sob as condições C, presentes no caso concreto.

O sopesamento do Tribunal Constitucional Federal consiste, exatamente, nos moldes acima apresentados, na alusão às condições de precedência

(C) e na fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, P1 prevalece sobre P2. A condição de precedência de P1 (ou seja, do princípio estabelecido por meio do art. 2º, §2º, 1, da Constituição alemã) encontra sua formulação mais geral no enunciado: “se a realização implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, §2º, 1 da Constituição”. Esse enunciado conduz a um ponto importante para a teoria das relações de precedência condicionadas. Salta aos olhos que nela não se faz menção à precedência de um princípio, de um interesse, de uma pretensão, de um direito ou de um objeto semelhante; na verdade, são indicadas condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental. Se a ação viola um direito fundamental isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida. A frase citada pode, por isso, ser compreendida como uma formulação de uma regra, nos seguintes moldes: “se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida” (ALEXY, 2008, pp.97/98) (Grifos nossos).

A clareza do exemplo dado permite um paralelo entre o problema resolvido pela regra de ponderação, no caso enfrentado pela Corte germânica e o nosso cotidiano entrave entre Estado-Juiz que não pode exercer seu dever de tutelar a vida, mediante a imposição da sua vontade estampada no art. 306 do CTB, *versus* motorista que, embora infrinja a norma, tem plena ciência de que sem sua adesão, ou seja sem a anuência na utilização dos instrumentos impostos legalmente, a pena não lhe será atribuída.

Ora, sobre o mesmo preceito legal o Supremo Tribunal Federal recentemente decidiu que “a objetividade jurídica da mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da higidez física de terceiros e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas”⁵.

5 Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº109.269/MG. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julg. 27/09/2011, DJU, 29/09/2011.

Trata-se, portanto, de claro delito de perigo abstrato, cujo intuito é inibir a prática de certas condutas **antes da ocorrência de eventual resultado lesivo**. Daí porque, à aplicação da pena cominada mostrar-se-ia irrelevante indagar se o comportamento do agente atinge, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porquanto é da natureza do preceito o desprezo pelo resultado, apegando-se apenas à conduta potencialmente lesiva e, por conseguinte, punível.

A senda aberta pela Suprema Corte representa um enorme avanço e tende a inibir o êxito da tese oposta (perigo concreto). Contudo, o Pretório Excelso não nos deu uma resposta palpável para o principal dos entraves. Como aferir se o condutor está ou não com concentração de álcool superior a 06 (seis) decigramas por litro de sangue acaso este se negue a submeter-se ao exame?

Permanece a indagação. No Habeas Corpus n.º109.269/MG, donde extraímos o trecho citado, o motorista submeteu-se ao teste do bafômetro, que constatou a presença de 0.90 mg/l (zero ponto noventa) miligramas de álcool por litro de ar expelido pelos seus pulmões. Assim, fechou-se o cerco ao seu redor, viabilizando a Ação Penal em trâmite na Comarca de Araxá, Minas Gerais.

Mas a decisão não é de todo infértil para esse estudo. Dela se pode extrair com clareza solar que o bem maior a ser tutelado pela norma em questão é a incolumidade, a vida, o corpo social, por terem concluído os ilustres Ministros, tratar-se de delito que apenas exige o perigo abstrato.

Se assim o é, porque albergar a praxe jurisprudencial adotada, no sentido de que diante da nova elementar do tipo, introduzida no art. 306 do CTB, torna-se indispensável a existência de exame específico para que ao condutor sejam impostas as sanções do mencionado dispositivo?

Com todas as vênias, não vislumbramos resposta satisfatória. De fato, agiu mal o legislador ao inserir, no tipo penal em análise, uma elementar objetiva, mas não por isso o seu trabalho foi em vão. O querer do legislador foi vaticinado já no art.1º da Lei 11.705/2008:

“Art. 1º Esta Lei altera dispositivos da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro,

com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool [...]”. Grifamos.

6. CONCLUSÃO

Neste sentido, partindo-se das premissas da “Lei de Colisão” de Robert Alexy, faz-se necessário transpor para a nossa realidade, as condições nas quais os direitos fundamentais em questão entram em conflito.

O princípio da não autoincriminação, impede, é bem verdade, o Estado de compelir o condutor a expelir ar do pulmão, na piteira do etilômetro.

Contudo, a Suprema Corte já referendou, como vimos, que o intuito da norma é impedir o condutor de vitimar o cidadão. Ora, nos parece claro que, valendo-se da metáfora trazida por ALEXY, os pesos atribuídos ao direito fundamental do condutor, pretensão infrator, e ao dever de tutela da higidez física de terceiros e do corpo social como um todo, inclinam a balança em favor da coletividade.

Não se está, como bem observou ALEXY, a fixar a precedência do princípio da busca pela verdade real (enquanto ferramenta de tutela à vida), sobre a garantia da não autoincriminação. Apenas está-se a aplicar a regra denominada lei de colisão, para a qual “se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”.

Ou seja, “se a negativa do condutor, sobre o qual pairam fortes indícios de alcoolemia superior à prevista no art.306 do CTB, em submeter-se ao exame do etilômetro ou de sangue, estiver a embargar a atuação punitiva do Estado, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”.

Não se obriga, como pode parecer, o cidadão a produzir a prova, lhe faculta, sob pena de se mitigar a exigência da prova técnica em questão, trazendo ao contexto os diversos outros meios possíveis de aferição dos níveis de álcool em seu sangue.

Para tanto, basta dar, na seara penal tratamento idêntico ao dado para o fim de sanções administrativas. Ou seja, aplica-se a regra do art. 277, § 2º do CTB segundo o qual, mesmo que o motorista se negue a colaborar,

a alcoolemia poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

Desfaz-se assim o mal entendido entre o clamor social, a vontade da lei (dizemos da lei e não do legislador) e o poder-dever Estatal, ao passo que se acomodam as relações entre os Direitos Fundamentais, enaltecendo a vida humana, pedra angular e premissa capital, não só no presente embate, mas do Estado Democrático de Direito em que estamos inseridos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, J. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FERREIRA MENDES, G.; MÁRTIRES COELHO, I; GONET BRANCO, P.G. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**: 1º volume. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAFFARONI, E.R. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA IMPUTABILIDADE DO USUÁRIO DE DROGAS: DA PRESCINDIBILIDADE DO EXAME TOXICOLÓGICO

Rivaldo Frias dos Santos Júnior¹

Olivia Fernandes Leal de Mello²

SUMÁRIO:

1. Do Delito; 2. Delito como ação culpável; 2.1 Imputabilidade do agente; 3. Breves considerações acerca do controle estatal do uso de drogas; 3.1 Relação entre o uso de drogas e a criminalidade; 4. A inimputabilidade do usuário de drogas sob o enfoque da jurisprudência nacional.

1. DO DELITO

A Teoria do Delito presta um papel importante à Ciência do Direito Penal, na medida em que averigua se determinada conduta constitui ou não uma infração. Assim sendo, indaga-se: que caráter deve apresentar uma conduta para ser considerada delito? Segundo Zaffaroni,

“para dar esta resposta, será imprescindível saber que características deve ter um delito (aspecto positivo) como primeiro e indispensável passo para poder averiguar se em cada uma dessas hipóteses, de fato, falta um caráter delitivo (aspecto negativo) ou não chega a faltar”. (ZAFFARONI, 1999, p. 384)

-
- 1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Mestrando em Sociologia (UFS). Pós-Graduado em Direito Processual (UNAMA). Professor da Faculdade Sergipana e da Faculdade de Aracaju.
- 2 Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe. Assessora Jurídica do Procurador-Geral de Justiça. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela (FASE).

Seguindo tal raciocínio, pode-se conceituar o crime sob três aspectos, quais sejam: aspecto formal ou nominal - ação ou omissão humana proibida pela lei penal, ou seja, a contrariedade entre um fato e a lei; aspecto material - conduta estabelecida por uma determinada sociedade, em um dado momento histórico, sendo proibida pela lei devido ao caráter danoso da ação ou ao seu desvalor social; aspecto analítico - o delito se desmembra em partes construtivas, estruturadas axiologicamente em uma relação lógica, como sendo toda ação ou omissão típica, ilícita ou antijurídica, e culpável.

Com maestria, concluiu Rogério Greco:

“Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja crime. Se há uma lei penal editada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão de ilicitude ou dirimente da culpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva a importância do princípio da intervenção mínima quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra os bens mais importantes. Contudo, mesmo sendo importante e necessário o bem para a manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo-o, por mais relevante que seja, não haverá crime se o agente vier atacá-lo, em face do princípio da legalidade”. (GRECO, 2008 p. 140/141)

É bom ressaltar que todos estes conceitos se entrelaçam e são necessários para a construção do que é delito no Direito Penal Contemporâneo. Assim sendo, *“só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável”*. (PRADO, 2000, p. 149)

Nesse diapasão, pode-se afirmar que o conceito de crime é uma construção eminentemente jurídico-penal, embora possa ser objeto de análise pelas mais variadas ciências, tais como a sociologia e a psicologia.

2. DELITO COMO AÇÃO CULPÁVEL

Como vimos no tópico anterior, o delito, segundo a teoria finalista, desmembra-se em uma ação ou omissão humana típica, antijurídica e culpável. Tendo em vista que o objeto de estudo deste artigo refere-se aos limites de um dos elementos da culpabilidade do usuário de drogas, passa-se, desde logo, à análise do que seria culpabilidade.

A culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre uma ação ou omissão típica e ilícita. Em outras palavras, ela funciona como uma reprovação à atitude do autor de um fato, por ter ele agido de forma contrária à lei penal, quando podia e devia ter atuado em conformidade com a norma jurídica.

Segundo Welzel,

“Enquanto a ilicitude é um juízo de desvalor sobre um fato típico, a culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade)”. (*apud* PRADO, 2000, p. 263)

Percebe-se que a culpabilidade analisada neste trabalho refere-se à conduta individual do autor quando do cometimento do crime. Não se está auferindo, portanto, seu caráter ou a forma como conduz sua vida. Aqui, ela é observada, apenas, como um elemento integrante do conceito analítico do crime.

Assim, a culpabilidade integra o crime como o seu terceiro substrato, sendo um juízo de censura extraído da análise de como o sujeito ativo se posicionou, pelo seu conhecimento e querer, diante do episódio com o qual se envolveu. Por isto, após a análise do injusto penal (fato típico e antijurídico) deve ser realizado um juízo de reprovação sobre o agente, ou sobre a conduta do mesmo, analisando sua capacidade de se motivar de acordo com a norma, verificando, ainda, se dele era possível esperar comportamento diverso.

Defendida por ampla corrente doutrinária, essa é a corrente tripartida, bem definida por Cezar Roberto Bitencourt:

“A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime. Não nos convence o entendimento dominante na doutrina brasileira, segundo a qual a culpabilidade, no atual estágio, deve ser tratada como um pressuposto da pena, e não mais como integrante da teoria do delito. Assumindo essa orientação, Damásio de Jesus, pioneiramente, passou a definir o crime como a ação típica e antijurídica, admitindo a culpabilidade somente como mero pressuposto da pena.
(...)

Segundo essa reflexão, perguntamos: a tipicidade e a antijuridicidade não seriam também pressupostos da pena? Ora, na medida em que a sanção penal é consequência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela. Assim, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade, são pressupostos da pena, que é sua consequência”. (BITENCOURT, 2000, p. 273/274)

A título de ilustração, cabe fazer referência a corrente bipartida, defendida por Damásio de Jesus e Fernando Capez, que durante muito tempo foi majoritária entre nós. Segundo eles, a culpabilidade não é elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se poderia permitir, ao mesmo tempo, estar dentro do crime como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente. Assim, crime seria um fato típico e antijurídico.

Ultrapassando este ponto, com base no item 19, da Exposição de Motivos do Código Penal, podemos dizer que a referida legislação adotou a teoria limitada da culpabilidade e, com isso, estabeleceu que para a culpa ser auferida, alguns requisitos precisam estar presentes na conduta do autor, tais como, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Tais requisitos constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade e a ausência de qualquer um deles é o

suficiente para que o operador do direito esteja impedido de aplicar uma sanção penal.

Pode-se definir potencial consciência da ilicitude como sendo a possibilidade do autor do fato saber que a sua conduta é contrária ao direito; quanto ao conceito da exigibilidade de conduta diversa, por ser autoexplicativo, desnecessárias maiores digressões.

Tendo em vista que este artigo trata dos limites da imputabilidade penal nos crimes praticados por dependentes de drogas, será reservado um capítulo específico para se tratar da imputabilidade.

2.1 Imputabilidade do Agente

Imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Ou seja, é o conjunto de condições pessoais que se confere ao sujeito ativo para saber se ele tem a capacidade de discernimento e compreensão a respeito do que está fazendo.

No direito civil, há a discussão sobre capacidade e incapacidade para negócios jurídicos. No direito penal a abordagem é acerca da imputabilidade (possibilidade de ser responsabilizado penalmente) e inimputabilidade (impossibilidade de ser responsabilizado penalmente).

O Código Penal Brasileiro não define o que seria imputabilidade, todavia, estabelece, nos artigos 26 e seguintes, a contrário senso, quais os casos em que as pessoas podem ser consideradas como inimputáveis.

Os doutrinadores se utilizam de alguns critérios para definir quando o indivíduo pode ser considerado inimputável. São eles:

1) **biológico**: leva em conta apenas o desenvolvimento mental do acusado, isto é doença mental ou idade, independentemente da sua capacidade de discernimento no momento da conduta. De acordo com este critério, todo louco é inimputável, independentemente de saber o que estava fazendo no momento da ação.

2) **psicológico**: é o oposto do biológico. Considera apenas se o agente, no momento da conduta, tinha ou não capacidade de discernimento, independente da sua condição mental. Não há preocupação se o agente é louco.

3) **biopsicológico**: considera inimputável o agente que apresenta desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não tendo capacidade de discernimento no momento da conduta. Essa a teoria adotada pelo código brasileiro.

Sob esse enfoque, percebe-se que nem todo louco ou alienado pode ser considerado inimputável. Para que isso ocorra, no momento da ação, do cometimento da infração penal, o autor deve estar despido de discernimento.

Quatro são as causas, no direito brasileiro, que excluem a imputabilidade: doença mental; desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado; embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

A embriaguez legal consiste em um distúrbio mental resultante de intoxicação, que tanto pode ser pelo álcool como por outra substância de efeitos análogos, capaz de afetar o sistema nervoso, como os narcóticos.

De acordo com a classificação evidenciada no Código Penal, a embriaguez pode ser voluntária (dolosa) ou culposa, que não excluem a imputabilidade penal (art. 28, II, CP) ou derivada de caso fortuito ou de força maior, quando a imputabilidade penal será excluída, se completa, ou a pena será reduzida, se incompleta (art. 28, II, §§ 1ª e 2ª, CP).

Para Guilherme de Souza Nucci, a embriaguez:

É uma intoxicação aguda provocada no organismo pelo álcool ou por substâncias de efeitos análogos. (...) produzem-se estados crepusculares com fenômenos de desorientação, perturbações humorais profundas, desordens psico-sensoriais sob a forma de fenômenos ilusórios e alucinatórios, alterações da forma e especialmente do conteúdo ideativo até ao delírio. (2007, p. 269)

Nesse toar, extrai-se lição apresentada por Capez:

Causa capaz de levar à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente, em virtude de uma intoxicação aguda e transitória

causada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos, sejam eles entorpecentes (morfina, ópio etc.), estimulantes (cocaina) ou alucinógenos (ácido lisérgico). (2005, p. 311)

Aprofundando o tema, há de se perquirir se a utilização de drogas acaba por acarretar em uma das causas excludentes da imputabilidade penal, descritas no art. 28 do Código Penal.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE ESTATAL DO USO DE DROGAS

De acordo com o filósofo e economista inglês John Stuart Mill, em sua obra *A Liberdade*, publicada em 1859, “*Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano*”.

Este entendimento poderia ser utilizado pelos defensores da descriminalização das drogas, já que, a princípio, o usuário não traz prejuízos à sociedade, de forma que o Estado não deveria se intrometer em seus hábitos ou costumes privados.

No entanto, dois argumentos são utilizados pelos defensores da criminalização: em primeiro lugar estão os custos gastos pelo Estado com a saúde do usuário, que, após certo tempo de uso provavelmente vai adquirir alguma doença decorrente do vício. Outro argumento é o aumento dos índices de criminalidade, decorrentes do uso de drogas.

De acordo com este último contexto, o dependente acaba se tornando um problema para a sociedade em razão da perda do controle decorrente do consumo de drogas, das situações de risco e acidentes em que o usuário se envolve e crimes que acaba cometendo, seja para a obtenção de mais entorpecentes ou em decorrência do descontrole causado pelo uso de substâncias com efeitos psicoativos³.

3 Drogas psicoativas são aquelas que provocam alterações transitórias no funcionamento cerebral levando, por exemplo, à desinibição provocada pelo álcool, à euforia gerada pela cocaína, ou à diminuição da ansiedade, às sensações de anestesia, alegria, embriaguez, ou seja, àquelas que em suma são geradoras de prazer. Fonte: URL: <http://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=uso-drogas-criminalidade&id=5783>

3.1 Relação Entre o Uso de Drogas e a Criminalidade

Pesquisa orientada pela professora Renata Cruz Soares de Azevedo, da Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp, mostrou que 40% dos usuários de drogas cometem delitos e que 28% dos indivíduos integrantes deste último grupo apresentam Transtorno de Personalidade Antissocial⁴.

A psiquiatra Karina Diniz aponta que a proximidade e o contato do usuário de drogas ilícitas com a criminalidade do narcotráfico acaba o aproximando do crime. Além disso, os efeitos psicoativos das substâncias ingeridas – desinibição, euforia, sensação de poder – diminuem o medo e podem levar a atos que ele normalmente não cometeria. Em entrevista ao *Jornal da Unicamp*⁵, a pesquisadora lembra que a necessidade intensa pela droga pode levar o usuário a desconsiderar valores adquiridos no seio familiar, adotando comportamentos incompatíveis com a sua educação e cultura, passando a desconsiderar normas e regras, apresentando um comportamento centrado no querer e fazer, independentemente das consequências.

Para a pesquisadora, o estudo conseguiu confirmar que a droga age como o elemento ativador de uma tendência comportamental criminoso em uma pessoa que desconsidera o crime, assemelhando-se ao comportamento de um inimpetável.

De acordo com várias sondagens, o uso de drogas serve como mola propulsora para o cometimento de outros delitos, principalmente lesões corporais, homicídio e os crimes contra o patrimônio – furto e roubo, perpetrados com o intento de auferir dinheiro para a manutenção do vício.

Pesquisa realizada nos Estados Unidos, em 2004, pelo Departamento de Justiça Federal, mostrou que 32% dos presos estaduais e 26% dos presos federais disseram ter cometido o delito pelo qual haviam sido presos sob a influência de drogas. Naquele mesmo ano, 17% dos presos estaduais e 18% dos presos federais disseram também que cometeram o delito atual para obter dinheiro para drogas. Entre os presos que cometeram o delito

4 home/www/unicamp.old/unicamp_hoje/ju/setembro2010/ju_expediente_2010.php

5 http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/setembro2010/ju475_pag07.php

para obter dinheiro para drogas, quase 12% cometeram crimes violentos e quase 25% cometeram crimes contra a propriedade (Bureau of Justice Statistics, 2000)⁶.

O estudo americano concluiu que o uso de drogas e o comportamento criminoso podem ser correlacionados, na medida em que os usuários de drogas são mais propensos que os não usuários ao cometimento de crimes, já que os detidos e reclusos muitas vezes estavam sob a influência de drogas no momento em que cometeram crimes.

Pesquisas similares, que relacionam o cometimento de crimes ao uso de drogas, são formuladas em todo o mundo, a exemplo da realizada pela instituição inglesa Drugscope, que aponta a grande incidência de crimes cometidos por pessoas sob a influência de drogas na Inglaterra⁷.

No Brasil também existem inúmeras sondagens que apontam para o mesmo problema, mostrando, porém, que a situação nacional é mais grave.

Balanço realizado na 8ª Vara Criminal da Comarca de Cuiabá, no ano de 2010, revelou que 69% dos delitos atendidos pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso naquela Vara foram cometidos por usuários de drogas⁸.

Dados apresentados pela Delegacia Seccional de Tupã, município localizado no noroeste paulista, em 2009, mostram que cerca de 90% dos crimes patrimoniais (furtos e roubos) registrados na localidade, foram praticados por usuários de drogas⁹.

4. A INIMPUTABILIDADE DO USUÁRIO DE DROGAS SOB O ENFOQUE DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A Lei de Drogas determina, em seu artigo 45, que é isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito de drogas, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão,

6 <http://www.ncvc.org/ncvc/main.aspx?dbName=DocumentViewer&DocumentID=32348>

7 <http://www.drugscope.org.uk/resources/faqs/faqpages/how-much-crime-is-drug-related>

8 <http://www.saude.mt.gov.br/upload/documento/15/clipping-020211-%5B15-020211-SES-MT%5D.pdf>

9 <http://unisite.com.br/Policial/22957/90-dos-crimes.xhtml>

qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Se, por outro lado, o agente apresenta quadro de semi-imputabilidade, não possuindo, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, as penas podem ser reduzidas de um a dois terços.

De acordo com a exegese da norma, para a absolvição do agente ou redução da pena, pelos motivos acima delineados, exige-se a realização de laudo pericial, que deve apontar a inimputabilidade do réu, à época do fato.

No entanto, a lei apenas exige a prova pericial para atestar a condição de imputabilidade do dependente quando o vício equipare o seu comportamento ao de um doente mental, sendo descabida a realização do exame para a mera constatação de ser o réu usuário de drogas.

Não por acaso, os tribunais pátrios tem negado, reiteradamente, pedidos formulados por advogados de defesa, que pugnam pela realização do exame toxicológico a fim de constatar que o réu é viciado em drogas, já que tal resultado não é capaz de alterar o julgamento, posto que, a luz da legislação e do entendimento doutrinário acima apontados, o simples uso não exclui a imputabilidade do agente delituoso.

Em processo que tramitou na Comarca de Torres/RS (Processo nº 072/2.11.0000201-7), a magistrada Liniane Maria Mog da Silva apontou:

É de se indeferir o pleito para exame de dependência química.

Com efeito, não é obrigatória a feitura do exame de dependência química no acusado quando não vislumbra-se razões plausíveis para perquirir quanto à capacidade de autodeterminação do réu.

A realização de exame para verificação de dependência química é necessário apenas para fins de apurar eventual semi ou total inimputabilidade da acusada à época do ato. No caso, não há quaisquer indícios de comprometimento das faculdades mentais da denunciada em virtude do alegado uso de substâncias entorpecentes. A realização do exame causaria indevida protelação do feito, sem que em nada contribuísse para o deslinde da ação.

No mesmo sentido, inúmeros são os precedentes judiciais, dentre os quais, destacamos:

“PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. DESNECESSIDADE.

1. O paciente foi preso em flagrante, juntamente com outro corréu, por ter, em depósito, grande quantidade de diversos entorpecentes.
2. Não ficou demonstrada a necessidade de realização do exame de dependência toxicológica, sendo certo que a simples alegação de que o paciente é usuário de drogas não é argumento apto a autorizar a realização de tal exame. A falta do exame não configura nulidade se outros elementos de convicção justificam sua dispensa. Tal exame mostra-se necessário apenas quando há dúvida a respeito do poder de autodeterminação do acusado.
3. Ordem denegada.” (HC nº 99.006/SP, Relator o Ministro OG FERNANDES , DJe de 6/4/2009.)

Assim, o pleito pela realização de exame toxicológico no réu, com a finalidade exclusiva de comprovar que o mesmo é viciado em drogas, deve ser repudiado, posto que o simples uso de substâncias entorpecentes não é capaz de tornar o agente inimputável, quando o mesmo permanece capaz de determinar-se de acordo com o entendimento dos fatos.

O agente apenas será considerado inimputável, como acima apontado, quando, sob o efeito de narcóticos, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato.

E mais, como preceitua o art. 28, do Código Penal, o réu deverá comprovar que a exclusão da capacidade de entendimento e vontade, decorrente da intoxicação aguda e transitória causada pelas drogas, não foi dolosa ou culposamente atingida, posto que, nestes casos, a imputabilidade penal não será afastada (art. 28, inc. II).

Com o mesmo entendimento, asseverou o Desembargador Penteado Navarro, em voto condutor de aresto proferido pelo Tribunal de Justiça Paulista: “Outrossim, a alegada prática delitiva sob efeito de droga, não é cir-

cunstância apta a reconhecer a excludente de imputabilidade do réu, que voluntariamente fez uso de cocaína”.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Apelação. Condenação por roubo simples, com emprego de violência física (art. 157, caput c/c art. 61, inc. II, alínea “h”, ambos do Código Penal). Prova da materialidade e autoria do crime. Reconhecimento pessoal do réu efetuado pela vítima. Confissão. Suficiência probatória. Alegada prática do crime sob efeito de drogas. Uso voluntário do entorpecente. Impossibilidade do reconhecimento da inimputabilidade do apelante. Fixação das penas dentro dos limites legais e devidamente fundamentadas. Compensação da atenuante da confissão pela agravante de ser a vítima maior de 60 anos. Regime inicial fechado estabelecido em razão da violência auferida, contra pessoa idosa. Recurso não provido.

(TJSP – Apelação Criminal nº 0001497-97.2010.8.26 - Relator(a): Penteadó Navarro - Data do julgamento: 25/08/2011)

No mesmo sentido:

Ementa: Inimputabilidade em decorrência de embriaguez voluntária - Inocorrência. A embriaguez voluntária não exclui o crime, mercê do disposto no art. 28, II do Código Penal, mas somente aquela decorrente de caso fortuito ou força maior, desde que completa, nos termos do § 1º do mesmo artigo.

(TJSP – Acrim: 0010048-87.2008.8.26. - Relator(a): Wilson Barreira - Data do julgamento: 25/02/2010)

DELITOS DE FURTOS SIMPLES (DOIS). CRIME CONTINUADO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADOS. PROVA PLENA E CERTA. 1-SE O AGENTE DEU CAUSA A SITUAÇÃO DE DEPENDENTE DE BEBIDAS E DROGAS, NÃO PODE SE APROVEITAR DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE, POIS ESSA ALEGAÇÃO NÃO LEGITIMA A PRÁTICA DELITUOSA.

2-TRATA-SE DE EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA, A QUAL NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE PENAL. 3-A EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE PENAL, MAS SOMENTE A COMPLETA SE PROVENIENTE DE FORÇA MAIOR. 4-“O FATO DO RÉU SER VICIADO EM MACONHA NÃO É SUFICIENTE PARA DESCARACTERIZAR A AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE.” (JUTACRIM 41/43-REL. GERALDO PINHEIRO). PARA A APURAÇÃO DA IRRESPONSABILIDADE DA SEMI-IMPUTABILIDADE DO AGENTE, NÃO BASTA A AFIRMATIVA DE SER ELE VICIADO EM ENTORPECENTE. NESTA LINHA, DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RTJ 71/256-REL. MIN. RODRIGUES DE ALCKIMIN. (...)

(TJPR - Acórdão 29. 171330-0 - Relator: Eugenio Achille Grandinetti - Data Julgamento: 29/05/2001)

Em razão do grau de esclarecimento a respeito do tema, transcrevemos passagem de voto do Desembargador Manuel José Martinez Lucas, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Ora, tenho dito algumas vezes, inclusive em sessões de julgamento da 1ª Câmara Criminal, que o exame de dependência tem sido determinado com exagero e sem maior critério pelos magistrados, bastando para tanto a costumeira alegação dos réus de que são viciados em alguma das substâncias entorpecentes.

Ocorre que os arts. 45 e 46 da Lei nº 11.343/06 cuidam da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, quando este, em razão da dependência, era “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” ou ainda não tinha a plena capacidade desse entendimento ou dessa determinação. Tais disposições também estavam presentes na Lei nº 6.368/76.

Em outras palavras, não é a mera dependência química que impõe a realização do exame, mesmo porque aquela dependência não

tem, em princípio, qualquer efeito sobre a responsabilidade penal do autor. Apenas quando há fundadas dúvidas sobre a sanidade mental do acusado, em função da severa dependência de drogas, justifica-se a realização do exame pericial.

Nesse sentido, aliás, é pacífica a jurisprudência desta Corte, através das três Câmaras Criminais que detêm competência para os crimes de tóxicos em geral.

Por outro lado, verifica-se que, na generalidade dos casos, tratando-se dos crimes capitulados nos arts. 33, 34 e 35 da referida Lei de Drogas, ou também no art. 12 da Lei nº 6.368/76, o laudo pericial afirma a dependência do examinando, mas nega qualquer incapacidade dele de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A propósito, posso afirmar que nunca vi, nos incontáveis processos por crimes de tráfico de substância entorpecente ou de associação para o tráfico, um só laudo pericial que tenha concluído pela inimputabilidade ou pela semi-imputabilidade do examinando.

Em conclusão, tais exames de dependência revelam-se sempre inócuos e deveriam ser deferidos ou determinados com maior prudência pelos magistrados, mesmo porque apenas asoberbam os órgãos periciais, inclusive retardando o atendimento de outros casos em que a perícia seja realmente necessária.

Por tais motivos, não tendo sido alegada inimputabilidade ou semi-inimputabilidade do requerente, não há a menor necessidade na realização de tal exame, pelo que indefiro sua realização e não reconheço a existência de nulidade por que tal exame não foi realizado anteriormente.”

(Revisão Criminal Nº 70030734651, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 06/11/2009)

Há, ainda, outra questão de ordem prática que dificulta a realização da perícia, para a referida finalidade, já que a legislação nacional apenas considera inimputável o agente que assim o era à época do fato delituoso.

Então, o exame deverá apontar que o réu, por ter cometido o crime sob o efeito de drogas, não era capaz de entender, naquele momento, o caráter ilícito da sua conduta.

Em seu estudo sobre o processo da perícia *psiquiátrica* em justiça penal, Michel Landry assevera que *“A perigosidade, tal como a não perigosidade, não é um estado permanente e imutável, inscrito de uma vez por todas na personalidade do indivíduo. Ela varia em função de múltiplos factores, internos e externos, que podem, aliás, imbricar-se uns nos outros e agir sozinhos ou em conjunto. E a afirmação de que um indivíduo não é perigoso, jamais poderá significar que ele um dia, em certas circunstâncias não o poderá vir a ser”* (LANDRY, 1981, p. 32).

Ora, de certo, quando da realização do exame, determinado pelo Judiciário, o agente não mais apresentará o mesmo estado que apresentava no momento do cometimento do crime, dificultando o trabalho pericial, que dificilmente terá meios para apontar se o réu era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em determinado momento do passado (inimputabilidade), ou se, em razão das mesmas circunstâncias, possuía, ao tempo da ação delituosa, reduzida capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (semi-imputabilidade).

Conclui-se observando que há de se distinguir a inimputabilidade do art. 45, da Lei 11.343/06 – situação semelhante à do art. 26 do Código Penal, em que o viciado atinge um nível capaz de classificá-lo como doente mental – da hipótese do art. 28, § 1º, do Código Penal, que trata de inimputabilidade transitória, em razão de um estado alterado do agente, especificamente no momento em que comete o delito, provocado por embriaguez completa por álcool ou outra droga.

Assim, o exame toxicológico apenas tem razão para ser produzido no primeiro caso, quando tratar-se de réu com vício patológico permanente.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Vol.1 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**. Vol 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Vol. 1 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LANDRY, Michel. **O Psiquiatra no Tribunal**. São Paulo: Edusp, 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol I 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

O USUÁRIO DE DROGAS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Rômulo Lins Alves¹

Mirena Oliveira Ferreira Lins²

SUMÁRIO:

1. O usuário de drogas e a política criminal adotada pela Lei 11.343/06. 2. O usuário de drogas à luz da doutrina e da jurisprudência: 2.1. Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade. 2.2. Uso imediato sem prévia detenção e Uso pretérito. 2.3. Perigo Abstrato e Princípio da Insignificância. 2.4. Critério adotado para se aferir a finalidade: uso próprio ou tráfico? 2.5. A discussão acerca da “Descriminalização” da posse de drogas para consumo pessoal. 2.6. Das penas. 3. Conclusão.

1. O USUÁRIO DE DROGAS E A POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA PELA LEI 11.343/06

É cediço que, sob a égide da nova lei de drogas, o usuário recebeu um tratamento diferenciado. Em comparação com as Leis 6.368/76 e 10.409/02, expressamente revogadas pela Lei 11.343/06, o tratamento dispensado ao usuário reveste-se de uma brandura antes inexistente.

1 Promotor de Justiça do Estado de Sergipe. Pós-graduado em Direito Público pela UNISUL e em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNIDERPE.

2 Técnica do Ministério Público de Sergipe. Pós-graduada em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNISUL, em Direito Processual Civil e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

Com efeito, asseverou o Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal (CAOCriminal) do Ministério Público do Pará, Dr. Aldir Jorge Viana da Silva, que

o usuário recebeu tratamento diferenciado, pois, ocorreu uma *novatio legis in melius*, tendo em vista que a nova lei revelou-se muito mais benéfica que a anterior e, portanto, tem caráter retroativo pleno, abrangendo desde o condenado até aquele que está sendo investigado em inquérito policial.³

Nessa esteira, de uma pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias multa (art. 16 da Lei 6.368/76), o usuário de drogas passou a submeter-se as seguintes medidas: i) advertência sobre os efeitos das drogas; ii) prestação de serviços à comunidade; iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em razão dessa mudança de pena, a doutrina acendeu a discussão acerca da descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. Esse ponto será tratado no tópico a seguir. Reservam-se os autores, neste intróito, em desvendar qual a política criminal adotada pela nova lei de drogas em relação ao dependente de drogas, ainda que não se trate de tarefa fácil e pacífica.

Nilo Batista conceitua a política criminal como sendo os princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação.⁴

Com mais pormenores, Décio Alonso Gomes compreende a política criminal da seguinte forma:

A política criminal, em sentido estrito, consiste no programa de objetivos de métodos de procedimento e de resultados que,

3 SILVA, Aldir Jorge Viana da. O usuário e o traficante à luz da nova lei de drogas. Centro de Apoio Operacional Criminal. Belém. 2009, p.3.

4 BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 10ª ed., 2005. p. 34.)

principalmente, o Ministério Público e as autoridades de polícia criminal conduzem e desenvolvem na prevenção e repressão da criminalidade, tudo à luz de diretrizes previamente traçadas (ou de comportamentos reativos não orientados, é dizer, posturas adotadas autonomamente e sem sistematização pelos integrantes do front do combate à criminalidade: os policiais.⁵

É consabido que a política criminal em matéria de drogas, durante anos, esteve centrada em duas opções opostas: o proibicionismo e a legalização (antiproibicionismo).⁶

É certo também que o presente trabalho não tem a audácia de finalizar as discussões acerca da política criminal em matéria de drogas. O que se quer, especificamente neste ponto, é dizer duas palavras sobre os modelos acima mencionados, acrescentando a eles outros dois (que são em verdade desdobramentos do modelo antiproibicionismo).

Nessa esteira, Jesús Morant Vidal aduz que

a política criminal do proibicionismo pretende restringir a fins exclusivamente médicos e científicos a produção, a distribuição e o consumo de drogas e matérias primas. [...] O modelo proibicionista é baseado em três ideias básicas: o direito penal como único sistema de controle social para enfrentar o problema; o direito penal deveria estabelecer-se de forma ampla abrangendo não só a utilização não autorizada das substâncias, mas também todas as condutas que viabiliza tais utilizações; para aplicabilidade do controle penal são necessários meios processuais que garantam a investigação, a eficácia da punição e a cooperação internacional⁷

5 GOMES, Décio Alonso. Política Criminal Brasileira e o Papel do Ministério Público. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro. nº 36, abril/junho de 2010. p. 21-22.

6 Greco Filho, Vicente. Tóxicos. Prevenção e repressão. Comentários à Lei 11.343/06 – Lei de Drogas. 14ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 60.

7 *Apud* Greco Filho. Op. Cit. p 60, nota de rodapé 70.

O mesmo autor assevera que, em razão do fracasso do proibicionismo, houve a necessidade de reformulação do modelo legislativo, agora analisado sob uma ótica multidisciplinar, sendo que os parâmetros dessa nova concepção visam mais à minimização do impacto dos problemas derivados da droga e seus riscos do que a total erradicação da substância, de modo que essa postura resultou numa nova política criminal em matéria de drogas denominada “redução de danos”.⁸

Registre-se, como o fez Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues⁹, que a política de redução de danos passou a ser aplicada ao campo da droga por ocasião da epidemia da AIDS, na década de 1980, com a distribuição de seringas estéreis entre os usuários de drogas injetáveis (UDIs), para evitar o compartilhamento, como forma de minimizar os riscos da doença.

Em apertada síntese, ainda segundo a referida autora, essa política da redução dos danos no cenário das drogas inclui

o acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário (ou mantendo o vício controlando a quantidade de droga do usuário de modo a reduzir o comportamento de risco, ou promovendo a desintoxicação, em que a quantidade da droga é reduzida progressivamente); criação de narcossalas (locais onde o consumo, especialmente de heroína, é seguro e sem risco da repressão policial, onde também é disponibilizado dados informativos sobre overdose e contaminação); implemento de programas de substituição, prescrição de heroína a viciados (como forma de aumentar a autoestima do usuário, por meio de atendimento médico, também evitando o contato com o mercado ilícito e a prática de crimes patrimoniais para viabilizar a obtenção da droga); e finalmente programas de reinserção social e de melhoria da qualidade de vida do viciado.¹⁰

8 Idem, *Ibidem*, p. 61.

9 Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 68-71.

10 Idem, *Ibidem*.

Ainda se fala, nesses novos desdobramentos, no modelo da Justiça Terapêutica. Segundo Greco Filho, configura denominação genuinamente brasileira e baseou-se no modelo das *Drugs Courts* norte-americanas, em que se propõem medidas alternativas a pena de prisão, visando o tratamento e a recuperação do usuário ou dependente.¹¹

De acordo com o site da Associação Nacional de Justiça Terapêutica, compreende “um conjunto de medidas que visam aumentar a possibilidade de que infratores usuários e dependentes de drogas entrem e permaneçam em tratamento, modificando seus anteriores comportamentos delituosos para comportamentos socialmente adequados”.¹²

Expostos os modelos defendidos pela doutrina nacional e internacional, pode-se dizer, com Cristiano Avila Maronna, que

a nova lei transita no fio da navalha, entre a cruz e a caldeirinha, ao buscar um equilíbrio entre a postura preventiva e repressiva. Assim, de um lado afirma o respeito aos direitos fundamentais, compromete-se com uma abordagem multidisciplinar, reconhece a necessidade de equilíbrio, a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso e da repressão à produção e ao tráfico. De outro produz um alargamento no campo punitivo. [...] O novo diploma tem duas marcas distintas: 1) pune com penas diferentes da prisão a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte, o porte, o semeio, o cultivo e a colheita para consumo pessoal; e 2) agrava a repressão ao tráfico e produção não autorizada de drogas, inclusive prevendo novas figuras típicas e, principalmente, vedando a fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória e substituição por penas restritivas de direitos. De qualquer forma, as duas marcas adotadas transparecem que não foi abandonada a política repressiva do proibicionismo, quer pela não descriminalização da conduta do usuário, quer pela criação de novos crimes, aumento de penas e a adoção de restrições

11 Op. Cit. p. 71 (nota de rodapé 81)

12 www.anjt.org.br

de natureza processual. São por essas razões que conclui que o pretenso abrandamento dado ao porte para consumo pessoal é, na verdade, uma cortina de fumaça com objetivo de contrabalancear o agravamento da punição do tráfico.¹³

2. O USUÁRIO DE DROGAS À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Pretende-se abordar aqui, em poucas linhas, alguns temas discutidos na doutrina e que, de igual forma, refletem na jurisprudência referente ao tema “usuário de drogas”.

2.1. Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade

Segundo o magistério de Capez, o princípio em tela impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que está prejudicando apenas a sua própria saúde e interesse.¹⁴

Tendo em conta o conceito acima descrito, poder-se-ia alegar ofensa a esse princípio no tocante à tipificação contida no art. 28 da Lei 11.343/06. Ocorre que a justificativa em tela não merece guarida, porquanto não há, na verdade, a tipificação de “usar a droga”, o que se procura impedir é o perigo social engendrado no ato de portar a droga, evitando-se, por conseguinte, a circulação da droga na sociedade.

Confira-se, por oportuno, o pensamento de Capez:

A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de

13 Nova Lei de Drogas: retrocesso travestido de avanço. Bol. IBCCrim, ano 14, nº 167, out. 2006, p. 4)

14 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Especial. v. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 756.

consumo pessoal. Assim, existe a transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28.

De igual modo, registra-se a posição de Vicente Greco Filho:

A lei não pune, e não punia, o vício em si mesmo, porque não tipifica a conduta de “usar” (entendimento acolhido por nossos tribunais desde a vigência da Lei 5.726).

A jurisprudência segue por essa senda:

Tóxico – Uso próprio – Artigo 16 da Lei nº 6.368/76 – Absolvição – Admissibilidade – Réu que fumava maconha – Atipicidade – Ausência do núcleo “fumar” no tipo – Art. 386, III, do Código de Processo Penal – Recurso provido (ACrim 295.635-3, Lins, 3ª Câm. Crim. Rel. Luiz Pantaleão, j. 4-4-2000)

Entorpecente – Uso próprio – Conduta atípica – Ocorrência – Uso de estupefaciente sem que nada fosse encontrado em poder do acusado – Tipo descrito no art. 16 da Lei 6.368/76, que exige, para sua consumação, a efetiva posse ou guarda de substância tóxica (TJMG, RT, 798/668)

Crime contra a saúde pública – Porte de entorpecente – Acusado surpreendido e preso quando fumava um cigarro de maconha – Fato atípico – Absolvição decretada – Inteligência do art. 16 da Lei 6.368/76 (TACrimSP, Ement., RT, 548/336)

2.2. Uso Imediato sem Prévia Detenção e Uso Pretérito

Como alhures frisado, o que a lei pune é o risco social advindo da conduta daquele que detém a droga, haja vista a possibilidade de circulação da droga pela sociedade.

Conforme Capez, “é exatamente por isso que a lei não incrimina o uso pretérito (desaparecendo a droga, extingue-se a ameaça)”.¹⁵

Esboçando o mesmo posicionamento, Greco Filho aduz que “o que a lei focaliza é aquele perigo contra a saúde pública, existente enquanto o agente traz a droga, mas que desaparece com o seu consumo”. Em sede de arremate, o autor assevera que “situação semelhante e que resulta em um non liquet é a do alegado uso no passado”.¹⁶

Confirmam-se os seguintes arestos:

Comércio clandestino de entorpecentes – Ato pretérito de utilização de tóxicos – absolvição. A legislação antitóxicos não prevê o ato pretérito de utilização de entorpecente como crime definido (Ap. 169.231 – Atibaia, AC. Um. 6ª Câ. TACrim, em 14-2-1978). “Comércio clandestino de entorpecente – Uso pretérito de maconha – Delito não configurado – Voto vencido. A Lei nº 6.368 de 1976, não pune o agente por haver feito uso de entorpecente em momento anterior à sua prisão, mas, sim, pela ‘guarda’ ou ‘trazer consigo’, para uso próprio. Assim, se alguém fuma maconha, mas, quando surpreendido, não conduz consigo, nem a guarda ou conserva, impossível será enquadrá-lo na ação típica incriminada” (TACrim, Ap. 179.903, Sorocaba, AC. 4ª Câ. Rel. Juiz Gonçalves Sobrinho, j. 10-4-1978, JTACrimSP, 51/318)

Comércio clandestino de entorpecentes – Consumo de maconha – Delito não configurado. “Fumar maconha, simplesmente, não é crime. Assim, quem consome a erva e tem a sorte de não ser surpreendido com a mesma em seu poder delito algum comete” (TACrim, Ap. 173005, Jundiaí, AC. Um. 3ª Câ. Rel. Lauro Alves, j. 1º-12-1977, JTACrimSP, 51)

15 Op. Cit. p. 757.

16 Op. Cit. p. 157.

Nessa quadra, a primeira turma do Pretório Excelso, por meio da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, ainda sob os auspícios da Lei 6.368/76, decidiu que “a conduta de quem, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, incontinenti a consume”¹⁷ não constituiria o crime previsto no então art. 16 da referida lei. Isso porque não se avistaria o perigo para a saúde pública.

2.3. Perigo Abstrato e Princípio da Insignificância

Por ser de perigo abstrato, mesmo a pequena quantidade de droga em poder do usuário configura fato típico.¹⁸ Segundo o escólio de Capez, “é irrelevante a quantidade de droga portada para a caracterização do delito previsto nesse artigo [art. 28 da Lei 11.343/06]”.¹⁹

Guilherme de Souza Nucci, uma das maiores autoridades do Direito Penal, ensina que

O delito de porte de drogas para consumo próprio adquiriu caráter de infração de ínfimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, o ideal é haver, pelo menos, a aplicação de sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado.

Tanto o STF quanto o STJ decidem recorrentemente neste sentido:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - TRÁFICO DE DROGAS.

O fato de o agente haver sido surpreendido com pequena

17 STF, 1ª Turma, HC 189/SP, J. 12-12-2000, DJU 9-3-2001.

18 Essa é a tese prevalecente na doutrina e na jurisprudência. Em sentido contrário, tem-se o posicionamento de Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de, Nova Lei de Drogas Comentada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.108/113): A posse de droga para consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria penal muito singular no Direito Penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta.

19 Op. Cit. p. 757.

quantidade de droga - três gramas - não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa - introdução da droga em penitenciária para venda a detentos. (STF, 1ª T., HC 87.319/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7-11-2006, DJ 15-12-2006, p. 00095)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TÓXICOS (ART. 16 DA LEI Nº 6368/76). PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PERIGO PRESUMIDO. I – O delito previsto no art. 16 da Lei de Drogas é de perigo presumido ou abstrato, possuindo plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo. II – O princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente in genere, uma norma incriminadora. Se esta visa as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo tóxico para exclusivo uso próprio é porque alcança, justamente, aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas (v.g., “um cigarro de maconha”) visto que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio, grandes quantidades de tóxicos (v.g., arts. 12, 16 e 37 da Lei nº 6368/76). A própria resposta penal guarda proporcionalidade, no art. 16, porquanto apenado com detenção, só excepcionalmente e, em regra, por via da regressão, poderá implicar em segregação total (v.g. art. 33, caput, do Código Penal). Recurso desprovido. (STJ, 5ª T, Resp. 612.064/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 1º-6-2004, DJ 1º-7-2004, p. 273)²⁰

Vale ressaltar que a Corte Suprema estabeleceu, recentemente, vetores para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) nenhuma periculosidade social da ação; iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

20 Na obra alhures mencionada, Capez colaciona uma plêiade de decisões do STJ no mesmo sentido da aqui transcrita (Op. Cit. p. 759). Frise-se ainda que Vicente Greco Filho, no ementário de jurisprudência da obra Tóxico, também traz uma saraivada de decisões, tanto do STF quanto do STJ, no sentido aqui abordado.

Nada obstante, conforme o escólio de Fernando Capez, “tais vetores, capazes de descaracterizar no seu aspecto material a tipicidade penal, não estariam presentes na conduta de portar pequena quantidade de droga”, aduzindo ainda que

o Supremo Tribunal Federal, em tema de entorpecentes (notadamente quando se tratar do delito de tráfico de entorpecentes) – por considerar ausentes, quanto a tais infrações delituosas, os vetores capazes de descaracterizar em seu aspecto material, a própria tipicidade penal – tem assinalado que a pequena quantidade de substância tóxica apreendida em poder do agente não afeta nem exclui o relevo jurídico-penal do comportamento transgressor do ordenamento jurídico, por entender inaplicável, em tais casos, o princípio da insignificância (RTJ 68/360 – RTJ 119/453 – RTJ 119/874 – RTJ 139/555 – RTJ 151/155-156, RTJ 169/976, RTJ 170/187-188, RTJ 183/665, RTJ 184/220)

2.4. Critério Adotado para se Aferir a Finalidade: Uso Pessoal ou Tráfico?

A Lei 11.343/06, em seu artigo 28, parágrafo 2º, estabeleceu critérios para se aferir qual a destinação da droga (consumo pessoal ou tráfico): natureza e quantidade da substância apreendida (objeto material do delito), local e condições em que se desenvolveu a ação (o desvalor da ação), circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente (agente do fato).

Convém relembrar a escorreita lição de Luiz Flávio Gomes acerca dos sistemas legais de valoração do destino da droga:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum

diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante.²¹

E conclui-se, sem maiores problemas, que o legislador adotou, na avaliação da destinação da droga (consumo pessoal ou tráfico), o critério do reconhecimento judicial ou policial e não o critério da quantificação legal.

Diga, por fim, que não foi outra a conclusão que chegou Aldir Jorge Viana da Silva:

O ordenamento jurídico pátrio adotou o segundo critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). Destarte, compete ao juiz ou a autoridade policial reconhecer, com fundamento nos critérios legais objetivos, se a droga encontrada destina-se ao consumo pessoal ou ao tráfico. Todavia, o julgamento do magistrado não pode constituir-se em apreciação meramente subjetiva, pois terá como parâmetro os critérios legais para valorar se o fato configura tráfico ou consumo pessoal de drogas. Logo, note-se que o critério de avaliação é objetivo e não subjetivo.

2.5. A Discussão acerca da “Descriminalização” da Posse de Drogas para Consumo Pessoal

Luiz Flávio Gomes assevera que se trata de infração *sui generis* inserida no âmbito do Direito Judicial Sancionador. Não seria norma administrativa, nem penal, porquanto, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal (art. 1º), só é crime se for prevista a pena privativa de liberdade,

21 GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei ...Op. cit., p.131.

alternativa ou cumulativamente, o que não ocorreria na hipótese do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.²²

De outra banda, Capez assevera que não houve descriminalização, pois o fato continua a ter natureza de crime. A uma porque a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas. A duas porque as sanções só podem ser aplicadas, mediante o devido processo legal, por juiz criminal e não por autoridade administrativa.²³

Colocando uma pá de cal sobre o tema, o STF decidiu que não houve a descriminalização, mas apenas e tão somente ocorreu a “despenalização” da conduta em foco:

Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para

22 Idem, *Ibidem*, p. 108-113.

23 Op. Cit. p. 762.

os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.²⁴

2.6. Das Penas

A Lei de Drogas, em seu artigo 28, previu as seguintes penas para o usuário de drogas: i) advertência sobre os efeitos das drogas; ii) prestação de serviços à comunidade; e iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Não se emitirá pronunciamento sobre as penas em si, porquanto a leitura delas já é auto-explicativa. Todavia, vale registrar, em razão de sua alta incidência prática, três pontos: i) consequência do descumprimento injustificado da pena; ii) qual o tipo de reincidência para aumento da pena e iii) pena a ser aplicada em caso de tentativa.

Capez esclarece que “se o agente não comparecer para ser advertido, não prestar o serviço ou não comparecer ao curso, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente, a admoestação verbal e depois a multa.”²⁵

Em resposta ao segundo ponto, o mesmo autor, contrariando o posicionamento de Luiz Flávio Gomes, para quem a reincidência deve ser específica, aduz que a lei não previu a reincidência específica, de modo que qualquer forma de reincidência gera a consequência prevista no parágrafo

24 STF, 1ª T., RE-QO 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007, DJ 27-4-2007.

25 Op. Cit. p. 764.

4º do art. 28 (penas aplicadas pelo prazo máximo de 10 meses).²⁶

Por fim, em relação à tentativa, perfeitamente possível sua incidência na conduta adquirir, nos casos de penas de serviços à comunidade e imposição de medida educativa, deve-se dosar a pena de acordo com a previsão legal (5 meses, se primário e 10 meses, se reincidente). Já para a pena de advertência não há qualquer possibilidade de diminuição.

3. CONCLUSÃO

À vista do exposto, conclui-se que não foi abandonada a política repressiva do proibicionismo, uma vez que, além de não ter sido descriminalizada a conduta do usuário, houve a tipificação de novos crimes, aumento de penas e a adoção de restrições de natureza processual.

De outra banda, constata-se que os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais abordados em relação aos usuários já estão consolidados no cenário jurídico, sendo uma fonte segura para a manifestação dos membros do *Parquet* na labuta diária.

Em arremate, registre-se que não se comentou acerca da virada da jurisprudência do STF acerca da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao tráfico de drogas por transbordar dos limites aqui fincados, quais sejam questões condizentes aos usuários de drogas.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Legislação Especial*. v. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011

26 Idem, *Ibidem*, p. 764

GOMES, Décio Alonso. Política Criminal Brasileira e o Papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público*. nº 36. Rio de Janeiro. abril/junho de 2010.

GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos. Prevenção e repressão. Comentários à Lei 11.343/06 – Lei de Drogas. 14ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011

SILVA, Aldir Jorge Viana da. O usuário e o traficante à luz da nova lei de drogas. Centro de Apoio Operacional Criminal. Belém. 2009

A TRANSMISSÃO GERACIONAL DOS CONFLITOS PROPULSORES DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA E DA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL

Rosane Gonçalves dos Santos¹

RESUMO:

Uma reflexão sobre a origem da prática do ato infracional e do uso de drogas por crianças e adolescentes, a partir da análise do fenômeno intergeracional, bem como da contribuição da sociedade e do Estado nesta dinâmica.

“Quando, seu moço, nasceu meu rebento era o momento dele rebentar. Já foi nascendo com cara de fome e eu não tinha nem nome para lhe dar. Como fui levando não sei lhe explicar. Fui assim levando, ele a me levar e na sua meninice ele um dia disse que chegava lá”. Chico Buarque “Meu guri”

1. CONTEXTO HISTÓRICO²

No decorrer dos anos observa-se que aumenta consideravelmente o número de crianças e adolescentes marginalizados pela sociedade, trata-se de infantes e jovens que vivem ou passam a maior parte do tempo na rua, em busca de melhores condições de vida. No dia-a-dia, lutam contra a injustiça social e a violência, sujeitando-se a trabalhos degradantes,

1 Promotora de Justiça Substituta do Estado de Sergipe.

2 SANTOS, Rosane Gonçalves dos; MENEZES, Cláudia Surama Fagundes; CALDEIRA; Helen Cristina. **Um Brasil para Crianças?** 134 f. Monografia (Graduação em História, Orientadora: Eleonora Zicari Costa de Brito) - Centro de Ensino Unificado de Brasília, CEUB, 1993.

para aliviar a fome e a angústia de não terem o mínimo para sobreviver.

São “menores” com idade para frequentar escolas, brincar com os amigos, mas que são obrigados a abandonar o mundo da magia e da fantasia para viverem numa realidade dura e triste, que é a rua.

Para melhor compreender o problema do “menor” é necessário situá-lo dentro do contexto histórico em que está inserido. No início dos anos 80 temos a ditadura militar, com suas forças estagnadas, o corte do diálogo com a sociedade, a interrupção do nacionalismo do governo substituído por um modelo de desenvolvimento dependente, que subordinava nossa economia ao capital, à tecnologia e aos interesses estrangeiros. Era um desenvolvimento sem conquistas sociais. Essa situação desembocou, após 30 anos, numa transição democrática.

No início dos anos 80 tínhamos como chefe de Estado, João Batista Figueiredo, que se comprometeu a realizar mudanças econômicas e democráticas ao país. Tal intenção é confirmada em seu discurso, *verbis*: “Reafirmo meu inabalável propósito [...] de fazer deste país uma democracia, e [...] garantir a cada trabalhador a remuneração justa.” (SILVA, 1992, p. 310)

A época do seu governo foi marcada pela anistia, o fim da censura, a criação de novos partidos políticos e os grandes comícios pelas diretas-já. No entanto, elege-se um Presidente, não com eleições diretas, mas por eleições indiretas. Esse mesmo Chefe de Estado vai a óbito e assume José Sarney. Seu governo representou avanço para a democracia, ocorrendo liberalização completa do regime, com a instituição de diversos mecanismos democráticos, tais como: como eleições diretas, liberdade de imprensa, respeito aos sindicatos, além de uma nova Constituição aprovada em outubro de 1988, com um conteúdo social bastante elevado. (MEDEIROS; MOCELLI, 1991, p.149).

Apesar disso, o Brasil passou por cinco anos de crise econômica radical, a dívida externa era elevadíssima e a inflação foi a mais alta da história. Entretanto, seguindo o processo democrático, Fernando Collor de Mello foi eleito Presidente da República de forma direta. Durante seu governo desenvolveu-se uma nova consciência com relação à situação do «menor» brasileiro. Foi criada uma legislação que pretendeu propiciar direitos e garantias a estes «menores» por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

Nos anos que se seguiram à criação dessa norma protetiva, ainda, não se puderam vislumbrar condições para que as garantias e direitos previstos fossem exercidos, pois o quadro que se viu, nas cidades brasileiras, ainda foi o de milhares de «menores» em situação de miséria extrema: exploração e abandono. Consequentemente, este «menor», que tem os seus direitos garantidos pela legislação brasileira, muitas vezes, é vítima do preconceito da sociedade, que o estigmatiza como marginal. Assim,

Se o menor é vítima de uma sociedade de consumo e muitas vezes cruel, há de ser tratado e não punido, preparado profissionalmente e não marcado pelo rótulo fácil de infrator pois foi a sociedade que infringiu as regras mínimas que deveriam ser oferecidas ao ser humano quando nasce, não podendo depois, hipocritamente agir com rigor contra um ser indefeso e sub—produto de uma situação social anômala. (Relatório Final da CPI destinada a investigar o exterminio de crianças e adolescentes no Brasil – 1992)

Ao “menor” foi atribuído certos direitos, durante o governo de Fernando Collor de Mello, entretanto para a sociedade, como um todo, quase não houve avanços econômicos e sociais. Este mesmo Presidente, eleito com 35 milhões de votos, renunciou ao mandato, depois de dois anos, para escapar do processo de *impeachment*, sendo acusado de corrupção. Assumiu, então, seu vice, Itamar Franco, que gerou novas expectativas com relação ao futuro do Brasil, as quais não foram concretizadas.

Bem por isso, Marilena Chauí (1996, p. 47) preleciona que o Brasil, ainda, é uma sociedade autoritária, que não consegue concretizar princípios básicos (igualdade, liberdade, fraternidade e republicanismo), instituídos há mais de três séculos. Pondera que, ainda, há uma indistinção entre o público e o privado, bem como a incapacidade generalizada para tolerar a igualdade perante a lei. Eis suas palavras:

O Brasil é uma sociedade autoritária, na medida em que não consegue, até o limiar do século XXI, concretizar sequer os princípios (velhos de três séculos) do liberalismo e do republicanismo. Indistinção entre

o público e o privado, incapacidade para tolerar o princípio formal e abstrato da igualdade perante a lei, combate da classe dominante às idéias gerais contidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, repressão às formas de luta e de organização sociais e populares, discriminação racial, sexual e de classe, a sociedade brasileira, sob a aparência da fluidez (pois as categorias sociológicas, válidas para a descrição das sociedades européias e norte-americana, não parecem alcançar a realidade social brasileira), estrutura de modo fortemente hierárquico, e, nela, não só o Estado aparece como fundador do próprio social, mas as relações se efetuam sob a forma da tutela e do favor (jamais do direito) e a legalidade se constitui como círculo fatal do arbítrio (dos dominantes) à transgressão (dos dominados) e, desta, ao arbítrio (dos dominantes). (CHAUÍ, 1996, p. 47).

Em razão desse modelo sócio-econômico, não houve redução das desigualdades sociais, em 1993, constatou-se que «[...] de um total de 47.852 mil crianças, cerca de 25.390 mil delas (isto é 52,1% das crianças) vivem em situação de pobreza.» (SILVA, 1992, p. 333)

Em consequência da miséria em que o «menor» e sua família estão inseridos, aumenta-se o número de crianças e de adolescentes nas ruas, especialmente no decorrer desses atribulados e instáveis anos de crise.

Seguiram-se os governos de Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva, os quais criaram diversos Programas Sociais, que pretendiram reduzir a desigualdade social, especialmente entre a população mais carente de recursos. Porém, o que se vê, nos dias atuais, ainda, é a situação de miséria, na qual estão inseridas muitas famílias.

No Brasil, prepondera a má distribuição de renda, que gera a miséria de boa parte da população, realidade que vem se agravando a cada ano. E, o lado mais cruel desta miséria é o contato desses “menores” com a droga e com o ato infracional.

As drogas podem ser consideradas um flagelo, nos dias de hoje, não somente nos grandes centros urbanos, mas também nas pequenas cidades, conforme se denota a partir de uma análise perfunctória de qualquer página de jornal ou noticiário televisivo.

Por conseguinte, trata-se de grave mal a ser enfrentado por todos os órgãos governamentais, sendo que o Ministério Público tem um papel fundamental a exercer no combate e prevenção ao uso de drogas, bem como na reinserção daqueles que estiveram expostos ao efeito deletério das drogas, em especial a criança e o adolescente.

Pondere-se que a Constituição da República Federativa de 1988 dispõe, no art. 226, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Já no § 8º, desse mesmo artigo, afirma que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Logo adiante, no art. 227, determina que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esse artigo, ainda, firma nos incisos do § 3º que a garantia de proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: “VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;”. Por outro lado, o art. 1.638 do Código Civil dispõe que:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. antecedente.

E o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina no mesmo sentido, *in verbis*:

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Assim também dispõe o art. 22: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Noutro giro, o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente explica que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo para a perda ou mesmo suspensão do poder familiar, que nesses casos a criança e o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá “obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”.

Pondere-se, ademais, que o Ministério Público é instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e sociais e individuais indisponíveis, estando entre as funções institucionais do órgão promover, nos termos do art. 101, § 2º, da Lei 8.069/90, as medidas cabíveis para a proteção das crianças e dos adolescentes que se encontram em situação de risco, *ipsis litteris*:

Art. 101. [...] § 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.

[...]

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária

poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Portanto, para cumprir a sua missão constitucional, o Ministério Público deve se dotar de conhecimentos suficientes para que o seu atuar seja efetivo, para isso é preciso valer-se de todos os instrumentos que se fizerem necessários, bem como haurir conhecimento nas demais ciências, para estas possam auxiliá-lo a cumprir o seu mister.

2. A TRANSMISSÃO GERACIONAL: O PAPEL DA FAMÍLIA, DO ESTADO E DA SOCIEDADE

Na temática afeta às drogas o *Parquet* deve, necessariamente, buscar uma práxis interdisciplinar, em especial com recursos da Psicologia, Sociologia e Antropologia, uma vez que o Direito não é capaz, de sozinho, encontrar as respostas ou soluções para o intrincado problema da dependência química, que leva à prática do crime ou do ato infracional.

Maria Aparecida Penso, Liana Fortunato Costa e Maria de Fátima Olivier Sudbrack afirmam que tais questões só podem ser compreendidas a partir de uma abordagem sistêmica, pois o sintoma de um dos membros da família é compreendido como um fenômeno relacional, que tem uma função “no” e “para” o sistema. Via de consequência, os problemas afetos ao uso de drogas ou ao ato infracional estão vinculados com o meio, numa interação dinâmica entre variáveis individuais e contextuais. (PENSO; COSTA, 2008, p. 143/144)

Tal assertiva parece indicar a verdade dos fatos, passemos a analisar dois casos ocorridos no Estado de Sergipe. No primeiro deles, dois adolescentes, um de 14 (quatorze) anos e outro de 13 (treze) anos, foram levados à presença do Promotor de Justiça, após serem apreendidos em flagrante, pelo cometimento de 01 (um) ato infracional análogo ao crime de furto, contudo, durante as investigações, a autoridade policial constatou que os 02 (dois) adolescentes estavam envolvidos em mais 03 (três) furtos. Durante a oitiva dos adolescentes, o primeiro deles afirmou:

O adolescente informa que começou a praticar furtos pegando galinhas, quando tinha 12 (doze) anos, que quem o incentivou a começar praticar tais furtos foi “A”, que tem um pouco mais de idade que o declarante. Informa que por um tempo resolveu parar de furtar galinhas, mas que depois que começou a andar com “B”, foi convidado por este a praticar de novo outros furtos. Assim, começaram a praticar todos os furtos narrados pela autoridade policial. Afirma que participou apenas dos 04 (quatro) furtos narrados. Não sabe dizer por que pratica furtos. Informa que seu pai foi assassinado, quando ainda era bebê.

Em seguida, a autoridade policial informou que o dinheiro levado pelo adolescente, para sua casa, foi utilizado pela genitora do “menor”, que é alcoólatra e viciada em jogos; a tia do adolescente, também, fez uso de parte do dinheiro, bem como ficou com um dos aparelhos de telefone subtraídos. Ademais, de fato, o genitor foi morto quando ele ainda era muito pequeno.

O segundo caso envolvia um adolescente com 14 (quatorze) anos de idade, o qual foi levado à presença do Promotor de Justiça em razão de ter ameaçado o pai e o tio com uma faca. Tal “menor” compareceu na Promotoria de Justiça, depois de passar pelo Instituto de Medicina Legal e pela Delegacia de Polícia.

Durante a oitiva do adolescente, constatou-se que havia diversas escoriações em seu corpo, sendo que este informou que “estava brigando com o pai, então o tio entrou na briga e o enforcou, jogando-o no chão”. Disse que “seus pais bebem todo o tempo, mas que quando sua mãe não bebe, é boa.” Afirmou, também, que “pegou a faca, porque seu tio lhe bateu”. Depois de realizada a oitiva do adolescente, foi feita uma inspeção em sua residência, onde foram localizadas diversas garrafas vazias de bebidas alcoólicas, sendo que os pais do adolescente estavam completamente alcoolizados.

À vista desses casos, é possível concluir que o uso de drogas e os delitos juvenis devem ser analisados como um sintoma de toda a família, ou seja, como um modo de enfrentar o conflito e não como um problema em si

mesmo, por consequência, tais transgressões denotam falhas do sistema familiar e social. Com essa visão sistêmica, o adolescente deixa de ser visto como incompetente e irresponsável, para ser considerado útil, adaptativo e necessário para a dinâmica familiar e social. (PENSO; COSTA, 2008, p. 143/144)

Contudo, essa perspectiva encontra resistência na sociedade, pois, de um modo genérico, esta prefere ver o adolescente como um “menor infrator”. Tal visão é corroborada pelos meios de comunicação que teimam em propalar a idéia de que a redução da maioridade penal é a solução para todos os males.

O Brasil caminha no sentido de que esse desejo, da maior parte da população, seja alcançado, pois parece ser uma solução fácil e rápida. Atentemos para o conceito de Edson Passeti (1987, p. 37) acerca do termo “menor”, em 1987, *verbis*:

[...] pessoa que, conforme a lei, se encontra em uma idade na qual lhe são impostas restrições quanto ao exercício de direitos ou lhe é atribuído tratamento diferenciado. [...] A condição de menor perante a lei depende de seu desenvolvimento individual, quer quanto às aptidões e potencialidades, quer quanto às possibilidades de desempenho na sociedade. Obviamente, ao determinar a faixa etária demarcatória, a lei procura aproximar-se de um estágio de vida em que provavelmente a pessoa estaria em condições de determinado desempenho. [...] sob o aspecto do gozo da capacidade jurídica, é considerado menor a pessoa com idade inferior a 21 anos.

Em 1987, a legislação dizia que qualquer ser humano, abaixo de 21 anos, salvo caso de emancipação, era “menor”. Hoje, tal marco legal foi reduzido para 18 anos. Porém, na prática, vemos que nem todas as crianças ou jovens são “menores”, pois a sociedade tem um conceito diferente. Segundo Edson Passeti (1987, p. 37) menor é:

[...] aquele que em decorrência da marginalidade social se encontra, de acordo com o Código de Menores, em situação irregular. Esta

engendra condições para que ele cometa infrações, condutas anti-sociais que no seu conjunto revelam uma prática delinqüência. O combate a isso exige uma instituição criada para suprir as deficiências de adaptação decorrentes da vida marginal. Menor é aquela criança ou jovem que vive na marginalidade social, numa situação irregular.

O conceito que Edson Passeti nos apresenta é intitulado, por ele próprio, como “A fábula do delinquente”, ou seja, foi criada uma idéia estereotipada de que o “menor” é alguém que está na marginalidade. Ou seja, este não seria uma criança ou um jovem, mas um marginal.

Em 1993 havia uma propaganda de televisão na qual um grupo de crianças, bem arrumadas e limpas, era ameaçado por outro grupo de crianças, com bonés, roupas esfarrapadas e sujas; portanto, havia dois grupos, cuidadosamente separados. Entretanto, repentinamente aparece um super-herói (“As tartarugas ninjas”), as quais saltam com um pacote de biscoitos e salvam as lindas crianças. Não será esta também uma fábula tendenciosa e preconceituosa do que seja o “bom” menino e o “menor” delinqüente?

A sociedade esquece-se de que é a própria desigualdade, na distribuição dos bens, que faz a diferença entre os “bons” meninos e o “menor” delinqüente. Como podemos ver no trecho do Relatório da CPI destinada a investigar o extermínio de crianças e adolescentes no Brasil, no ano de 1993:

Essa violência econômica, não dá alternativas nem perspectivas de vida melhor à grande parcela da população, levou milhões de crianças e adolescentes a integrar a força de trabalho nas classes pobres e até mesmo em parte da classe média. Dessa forma, desde a década de 70, crianças e adolescentes chegam às ruas para complementar a renda familiar. A economia informal, incrementada pelas políticas recessivas levou-os a terem na rua a possibilidade de sobrevivência, visão que veio unir-se a infantil e efêmera sensação de liberdade propiciada pelo afastamento do lar e da escola. Surgiu então a realidade dos “meninos de rua”.

(Relatório Final da CPI destinada a investigar o extermínio de crianças e adolescentes no Brasil – 1992)

Creemos que o problema não está no marco legal da menoridade penal, pois uma visão sistêmica demonstra que, tanto o envolvimento em atos infracionais, como o uso de drogas, denotam sintomas, os quais têm um papel ambivalente: são reguladores do sistema e ao mesmo tempo denunciam as dificuldades em superar as crises específicas. Nesse sentido ponderam Maria Aparecida Penso, Liana Fortunato Costa e Maria de Fátima Olivier Sudbrack (2008, p. 147):

O ato delinqüente é, portanto, uma tentativa inadequada de assinalar de forma dramática que os problemas enfrentados pela família, nesse momento do ciclo de vida familiar, não podem mais ser resolvidos pelas regras familiares habituais e que estas devem ser reajustas.

Analisando por este ângulo, é possível concluir que tais adolescentes, antes de praticarem um ato infracional ou fazerem uso de drogas, encontravam-se nas situações previstas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) o qual prevê que, *verbis*:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III – em razão de sua conduta.

Tal verdade é inarredável, pois ninguém acorda em um triste dia, de uma hora para a outra, e decide fazer uso de drogas ou praticar um ato infracional, então, neste lance, não há como deixar de elaborar as seguintes perguntas: Onde estavam os órgãos de proteção da infância e adolescência? Por que as medidas de proteção não foram aplicadas?

Assim, forçoso é concluir que houve omissão por parte do Estado, o qual permitiu que essa criança e esse adolescente fossem expostos à situação de conflito, que gerou a prática do ato infracional e o uso de drogas. Não seria a omissão uma forma de violência? Vejamos o que o Ministro Celso de Melo, aduz sobre a omissão estatal, *verbis*:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. (STF, ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Segundo Francisco Silveira Bueno (1986, p. 718), violência é “Qualidade de violento; ato de violento; constrangimento; emprego de força; ato de violentar.” Enquanto, que violentar é “Exercer violência; forçar; coagir; constranger; violar; arrombar; estuprar; alterar; inverter; torcer o sentido.”

Com esses conceitos percebemos que a violência tem uma abrangência muito maior do que a agressão física com lesões corporais, que pode atingir as crianças e os adolescentes, existindo também na exploração do trabalho, na prostituição e na ausência de cuidados. Segundo o Relatório da CPI já mencionada, podemos perceber a abrangência da violência:

Gerou-se no Brasil um cenário corrompido, uma violência de certa forma institucionalizada, acobertada e multiplicada pela impunidade e a omissão dos poderes públicos. Juntamente com as notícias dos assassinatos de meninos que diariamente aparecem em nossos jornais, vemos estampado um sistema de segurança pública altamente deficiente, distanciado do seu objetivo primordial de garantir e respeitar os direitos dos cidadãos. (Relatório Final da CPI destinada a investigar o extermínio de crianças e adolescentes no Brasil – 1992)

O Relatório Final da CPI trás depoimentos alarmantes acerca da extensão da violência que atingiu, nos anos 80 e 90, os “menores carentes”, como podemos ver a seguir: “Há indícios de que grandes poderes econômicos e políticos estejam por trás desses crimes, financiando grupos organizados formados por policiais, ex-policiais, traficantes e criminosos em geral.”

Vemos também que a imprensa não se preocupa em mostrar a violência como um atentado à dignidade da pessoa humana, mas de uma forma sensacionalista como se o «menor» tivesse que ser alijado da sociedade, por ser prejudicial a ela: “A imprensa tem abordado as questões da violência de forma sensacionalista, fazendo com que a população também acredite nela como solução, esquecendo que antes da violência como consequência existem suas causas”. (Relatório Final da CPI destinada a investigar o extermínio de crianças e adolescentes no Brasil – 1992)

O “menor” não é violentado somente por sua família. A cadeia de violência é muito extensa, chegando até mesmo às instituições, como a polícia, que *a priori*, deveria existir para protegê-lo, como podemos constatar no relato abaixo:

Matar menor é a coisa mais fácil em Vitória. Eles são apanhados a noite; quando estão dormindo no mercado da Vila Rubim. A gente chega e diz que é do Juizado de Menores (eles) não se assustam e entram nos carros. Para matar menor infrator o preço cobrado é de 1 milhão. A clientela não é pequena, normalmente só pessoas com bom nível social, que se sentem prejudicadas pelos pivetes

[...]. Essas pessoas são orientadas por policiais a nos procurar [...]. Há seis policiais militares que, quando estão de plantão, quase sempre deixam cadáveres na grande Vitória.» (palavras de um exterminador, depoimento em «A Tribuna», de Vitória, 29-03-93, Relatório Final da CPI destinada a investigar o extermínio de crianças e adolescentes no Brasil - 1992)

Podemos verificar que o “menor”, que está nas ruas, é uma criança que vem de algum tipo de organização familiar, e não está sempre sem vínculo familiar:

Filho da miséria e do crime, os meninos de rua são diferentes dos rótulos que a sociedade lhes pespegou. Muitos deles frequentavam escolas, sabem ler e até escrever [...]. A maioria não saiu de casa para fugir da pobreza, mas para escapar de um cotidiano de brutalidade, típico das famílias em colapso. (Revista Veja. Infância de raiva, dor e sangue. 07/05/91, SP, p. 35)

Esse texto mostra claramente que o “menor” não é um jovem, necessariamente, infrator, mas, sim, que foge de uma violência familiar, quer seja por maus tratos, quer seja pela fome. Muitos deles são frutos da vida miserável que possuem.

Assim, podemos concluir que as crianças e os adolescentes carentes têm recebido maus-tratos não somente dos familiares, mas também da sociedade e do Estado, ou seja, violência em toda parte, logo não podemos olvidar que são seres humanos fugindo, em busca de alternativas de vida.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório Final da CPI Destinada a Investigar o Extermínio de Crianças e Adolescentes no Brasil. Brasília, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1484. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista. Intimados:

Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 21 de agosto de 2001. STF, Brasília, 2011, Disponível: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudência/thm>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

BUENO. Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª ed., Rio de Janeiro: FAE, 1986.

FIGUEIREDO, João Batista. Citado por: SILVA, Francisco de Assis. **História do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1992.

MEDEIROS, Daniel; MOCELLIN, Renato. **Aspectos da História do Império e República**. São Paulo: Brasil, 1991.

PASSETTI, Edson. **O que é menor?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

PENSO, Maria Aparecida; COSTA Liana Fortunato (orgs.) **A transmissão geracional em diferentes contextos: da pesquisa à intervenção**. São Paulo: Summus Editorial, 2008.

Revista Veja. **Infância de raiva, dor e sangue**. 07/05/91, SP.

SANTOS, Rosane Gonçalves dos; MENEZES, Cláudia Surama Fagundes; CALDEIRA, Helen Cristina. **Um Brasil para Crianças?** 134 f. Monografia (Graduação em História) - Centro de Ensino Unificado de Brasília, CEUB, 1993.

DESCARTE DE DROGAS ILÍCITAS E RESÍDUOS DE SAÚDE NO BRASIL: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR

Sandro Luiz da Costa¹

Maria José Nascimento Soares²

Flávia Moreira Guimarães Pessoa³

“[...] a terra é a própria quintessência da condição humana e, ao que sabemos, sua natureza pode ser singular no universo, a única capaz de oferecer aos seres humanos um habitat no qual eles podem mover-se e respirar sem esforço nem artifício” (ARENDT, 2001, p. 10).

SUMÁRIO:

1 Introdução - 2 Desenvolvimento - 2.1. Sistema jurídico ambiental de resíduos sólidos no Brasil - 2.2. Regulamentação dos resíduos sólidos de saúde no Brasil - 2.3. Drogas ilícitas e a Lei 11.343/2006 - 2.4. Uso de Drogas e Poluição - 3. Considerações Finais - Referências.

- 1 Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe (Meio Ambiente de Nossa Senhora do Socorro), Mestre e Doutorando em Desenvolvimento e Meio Ambiente (UFS), atualmente sob a orientação da Professora Doutora Maria José Soares Nascimento e co-orientação da Professora Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa. Membro do GPFIMA – UFS. sandrolcosta@infonet.com.br.
- 2 Professora Adjunta do Departamento de Educação da UFS. Coordenadora do Mestrado e Doutorado em Desenvolvimento e meio Ambiente (UFS). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Formação, Interdisciplinaridade e Meio Ambiente (GPFIMA - UFS). marjonaso@ufs.br.
- 3 Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFS. Coordenadora do Mestrado em Direito da UFS. Juíza do Trabalho Titular da 4ª. Vara do Trabalho de Aracaju. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Formação, Interdisciplinaridade e Meio Ambiente (GPFIMA - UFS). flaviampessoa@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

As drogas de efeito psicoativo, após o seu manuseio e uso, seja para finalidades legais ou ilegais, deixam resíduos (em sentido lato) que deveriam ser descartados de forma ambientalmente correta, com a finalidade de se evitar efeitos danosos ao meio ambiente, à saúde e à segurança da população, com prejuízo da qualidade ambiental em virtude da poluição causada.

Obviamente, em relação às drogas ilícitas, não há uma preocupação do usuário sequer com o aspecto penal, ou seja, de se tratar a utilização desta ou seu descarte incorreto de uma conduta ofensiva ou que expõe a riscos bens jurídicos de relevante importância para sociedade, sujeitando-o a uma sanção penal, quanto mais, com os aspectos ambientais, de saúde e segurança.

Mesmo que existisse uma preocupação ambiental por parte do usuário, a própria clandestinidade da atividade ilegal, à míngua de uma política de redução de danos, impõe que o descarte seja efetivado de forma a ocultar a materialidade e a autoria do fato, sendo, assim, executada direta ou indiretamente em corpos hídricos, no solo.

Para se constatar a potencialidade de geração de dano ambiental e contra a saúde humana⁴ do incorreto descarte de resíduos provenientes do uso ilícito de drogas psicotrópicas é importante que se entenda como são classificados estes resíduos quanto à sua periculosidade e como devem ser corretamente descartados os decorrentes dos serviços de saúde. Assim, é exposto o sistema jurídico-ambiental brasileiro de gestão de resíduos sólidos em geral e dos resíduos sólidos de saúde, exatamente para demonstrar o processo de disposição final ambientalmente adequado destes resíduos ou rejeitos, obtendo-se assim, um parâmetro para identificação da gravidade dos riscos ambientais inerentes ao incorreto descarte de drogas ilícitas, já que há lacuna na legislação brasileira sobre a correta disposição de resíduos gerados pelo uso de drogas legais ou ilegais pela pessoa física⁵.

4 Saúde deve ser entendida como um conjunto de bem estar físico, mental e social, e não só a ausência de doenças.

5 Neste sentido, mas se referindo apenas ao consumidor final de drogas legais (ALVARENGA; NICOLETTI, 2010, p. 35).

Para tanto será necessária uma abordagem sistêmica, valendo-se da interdisciplinaridade que articule saberes do direito, da engenharia sanitária, da educação básica e da saúde, convergentes para um modelo de sustentabilidade ambiental.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Sistema jurídico ambiental de resíduos sólidos no Brasil

O sistema infraconstitucional jurídico ambiental brasileiro de resíduos sólidos, no âmbito legislativo da União, tem como normas principais a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), a Lei da Política Nacional de Saneamento Básico (Lei 11.445/2007), a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), a Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.975/1999) e a Lei das Infrações Penais e Administrativas Ambientais (Lei 9.605/1998).

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), dentre outras importantes definições, cria o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e estabelece a obrigação de licenciamento de atividades com potencialidade de dano ambiental.

O SISNAMA é constituído, em âmbito federal por diversos órgãos e entidades, destacando-se aqui o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão deliberativo e consultivo e o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IBAMA), órgão executor deste sistema. O CONAMA, dentro de sua competência deliberativa, tem a importante função de estabelecer normas e padrões sobre meio ambiente no Brasil, resultando disso, centenas de resoluções que complementam o sistema jurídico ambiental brasileiro. Nesse, sentido, como se verá à frente, não há como se discutir a correta gestão de resíduos de saúde, sem se observar, no mínimo, resoluções do CONAMA e da área de saúde que tratam do assunto.

O IBAMA é o órgão executor do Sistema Ambiental Nacional, tendo como funções primárias o licenciamento ambiental, o monitoramento

destes licenciamentos e a fiscalização ambiental. Nos demais âmbitos federativos deveria também existir órgãos e entidades simetricamente similares à federal. Assim, no Estado de Sergipe, a Administração Estadual do Meio Ambiente (ADEMA) é o órgão executivo e o Conselho Estadual, o órgão deliberativo e consultivo do Estado.

Ressalta-se que a LPNMA define que poluição é a degradação ambiental (alteração adversa da qualidade do meio ambiente) causada pelo ser humano (pessoa jurídica ou física) (Art. 3º) e que a responsabilidade civil pelo dano ambiental é objetiva (Art. 14, §1º), independendo assim da prova do dolo ou da culpa.

A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (LPNRS), regulamentada pelo Decreto 7.404/2010, especifica a Política de Saneamento Ambiental no País em relação a resíduos sólidos, consolidando assim o sistema jurídico ambiental brasileiro de resíduos sólidos, além de definir políticas e diretrizes fundamentais para a proteção do meio ambiente, tais como a) não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; b) definição de processos que busquem a alteração dos padrões de produção e consumo sustentável de produtos e serviços; c) educação ambiental; d) gestão integrada de resíduos sólidos; e) controle social; e f) planejamento estratificado nos diversos níveis federativos, alcançado responsabilidades no setor empresarial e na sociedade de consumo numa responsabilidade compartilhada.

A LPNRS define gestão integrada (sustentável) de resíduos sólidos como “[...] conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável [...]” (Art. 3º, XI) e o gerenciamento destes resíduos como uma atividade mais no plano operacional, exercida “[...] nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento⁶ e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final

6 Refere-se basicamente a processos que visam à redução de volume dos resíduos.

ambientalmente adequada dos rejeitos⁷, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de resíduos sólidos [...]” (Art. 3º, X).

A pessoa física também pode ser considerada geradora de resíduos pela LPNRS, aplicando-se, por exemplo, a responsabilidade compartilhada⁸, além da responsabilidade administrativa, civil e penal por infrações ao meio ambiente (Art. 225, §3º, da CF).

Os resíduos são classificados pela LPNRS em não perigosos e perigosos, sendo estes os que tem as características de “[...] inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade, carcinogenicidade⁹, teratogenicidade¹⁰ e mutagenicidade¹¹, apresentam significativo risco à saúde pública ou à qualidade ambiental, de acordo com lei, regulamento ou norma técnica [...]” (Art. 13, II, “a”). Os resíduos não perigosos são aqueles que não se enquadram no conceito de resíduos perigosos (Art. 13, II, “b”).

A lei 9.605/1998 trata das infrações penais e administrativas contra o meio ambiente, tipificando penalmente a conduta de quem “[...] causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade

7 “Rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada” (Art. 3º, XV, da LPNRS).

8 “Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei (art. 3º, XVII, da LPNRS).

9 “Substâncias, misturas, agentes físicos ou biológicos cuja inalação ingestão e absorção cutânea possam desenvolver câncer ou aumentar sua frequência. O câncer é o resultado de processo anormal, não controlado da diferenciação e proliferação celular, podendo ser iniciado por alteração mutacional” (ABNT, 2004, p. 2).

10 Qualquer substância mistura, organismo, agente físico ou estado de deficiência que, estando presente durante a vida embrionária ou fetal, produz uma alteração na estrutura ou função do indivíduo dela resultante. (*Idem*).

11 Qualquer substância mistura, agente físico ou biológico cuja inalação, ingestão ou absorção cutânea possa elevar as taxas espontâneas de danos ao material genético e ainda provocar ou aumentar a frequência de defeitos genéticos. (*Idem*).

de animais ou a destruição significativa da flora [...]” (Art. 54), com pena de até cinco anos de reclusão e multa no tipo qualificado (art. 54, §2º).

De forma mais específica, a Lei 9.605/1998 tipifica o incorreto manuseio e gerenciamento de resíduos perigosos, em seu artigo 56, §1º, sancionando tal conduta com pena privativa de liberdade (reclusão) de até quatro anos e pena de multa:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - abandona os produtos ou substâncias referidos no caput ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança;
II - manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento [...] (grifo nosso).

Para Carvalho (2011) o tipo penal previsto no Art. 56, §1º, da Lei 9.605/1998 é de fundamental importância para a

tutela do meio ambiente, da saúde dos seres humanos e dos seres vivos não humanos, haja vista que as substâncias tóxicas, de modo geral [...] tem sido responsáveis pela eliminação de várias formas de vida animal, e bem assim, vem se consolidando como um dos principais veículos de intoxicação dos seres humanos, além de uma potencial via de desencadeamento de doenças graves (CARVALHO, 2011, p. 361).

Paralelamente e de forma cumulativa, o Decreto 6.514/2008, que regulamenta a Lei 9.605/1998, também define sanções administrativas para tais condutas, prevendo multas que podem chegar ao patamar de cinquenta milhões de reais (Art. 61, 62 e 64).

Não obstante, estas normas cogentes em múltiplas esferas, a educação ambiental é uma abordagem preventiva das mais importantes para ampliar mudanças de atitudes paradigmáticas em relação à harmonia entre o ser humano e o meio ambiente e está normatizada em nosso ordenamento por meio da Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (LPNEA),

onde incorpora o conceito constitucional de desenvolvimento sustentável do relatório Brundtland e o caráter complexo e sistêmico do meio ambiente e dos saberes ambientais, com vistas à conscientização¹², percepção e sensibilização do ser humano, em processo formativo de sentir-se ser capaz de ressignificar a partir do preceito “viva de acordo com a natureza” e isto faz sentido porque nossa natureza é “normativa”, vez que há dias, noites, estações, mudanças climáticas dentre outras e o que nos falta é a compreensão e por pura ignorância e ganância provocamos impactos socioambientais. Assim, a educação ambiental é uma alternativa:

por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (Art. 1º, da LPNEA).

Nesse sentido, a LPNEA apresenta os princípios básicos da educação ambiental, destacando-se a construção multi, inter e transdisciplinar do saber no plano epistemológico, praxiológico e ontológico (FAZENDA, 2008), fazendo uso de uma abordagem teórico-metodológica com:

- a) enfoque humanista, holístico, democrático e participativo;
- b) concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade;
- c) pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade;
- d) reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural (Art. 4º, da LPNEA).

12 Corroborando com a concepção de Freire essa “[...] é um compromisso histórico. É também consciência histórica: é inserção crítica na história, implica que os homens assumam o papel de sujeitos que fazem e refazem o mundo. Exige que os homens criem sua existência com um material que a vida lhes oferece” (1979, p. 26).

Nessa direção, as escolas e a sociedade como um todo devem assumir o compromisso de manter a riqueza da natureza circulando em sua vida, dando sua contribuição com responsabilidade compartilhada minimizando as limitações manifestadas pela (in)potencialidade do cumprimento das bases legais em vigência.

2.2. Regulamentação dos resíduos sólidos de saúde no Brasil

O sistema jurídico brasileiro aplicável a resíduos sólidos de saúde (RSS) é um subsistema do sistema jurídico brasileiro de resíduos sólidos, acima apresentado, sendo especificado, basicamente, por resoluções do CONAMA e normas técnicas da área de saúde e da engenharia. A definição do alcance e do sentido (interpretação) destas normas deve levar em consideração a inter-relação recíproca e a lógica desse sistema normativo.

A saúde é estabelecida em nossa Constituição Federal como dever do estado e direito de todos, sendo de relevância pública os serviços e ações de saúde, cabendo ao poder público regulamentar sua fiscalização e controle (Arts. 196 e 197)

Frise-se que o conceito de saúde adotado nos documentos internacionais de direitos humanos abrange desde a típica face individual do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença, até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificada no direito a um nível de vida adequado a manutenção da dignidade humana(DALLARI, 2003, P. 48).

A Constituição Federal estabelece ainda no seu Art. 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹³ como essencial à sadia qualidade de vida da população, sendo dever da sociedade e do poder público sua preservação e recuperação, pois é reconhecido como bem de uso

13 O conteúdo e a extensão do âmbito de proteção do direito fundamental ao meio ambiente dependerá do paradigma ético-filosófico adotado, se relacionado com uma ética antropocêntrica, uma ética zoocêntrica, uma ética biocêntrica ou uma ética ecocêntrica. Vale dizer que diversos normativos internacionais e nacionais que versam sobre o direito ao meio ambiente não podem ser automaticamente alinhados a qualquer um deles, havendo uma ampla margem para a interpretação jurídica. A par disso, percebe-se uma franca evolução das normas jurídicas em direção a novas axiologias, afastando-se da visão antropocêntrica tradicional.

comum do povo cuja preservação visa a evitar conflitos entre gerações¹⁴. Desta forma, as atividades lesivas ao meio ambiente sujeitam o infrator às sanções cumulativas nas esferas administrativa, cível e penal.

Os Resíduos de Serviços de Saúde (RSS) em âmbito federal

A Lei 9.782/1999, que estabelece o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), com a função, dentre outras, normatizar os RSS por meio do (Art. 7º, IV) e ainda a Lei 10.308/2001 que dispõe sobre rejeitos radioativos e trata da competência da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), para regulamentar sobre rejeitos radioativos.

Os RSS são de responsabilidade do gerador e por sua potencialidade significativa de dano ambiental são controlados pelo poder público em várias instâncias (plano de gerenciamento de resíduos, licenciamento ambiental, controle municipal e da ANVISA, dentre outros).

As normas que tratam da “correta” gestão de resíduos de serviços de saúde em nosso país, servem de modelo de como as drogas ilícitas deveriam ser tratadas e destinadas após seu uso em função de suas características impactantes.

14 “Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) – Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente – Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial – Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) – Decisão não referendada – consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.)

A principal norma do CONAMA que trata sobre RSS é a resolução 358/2005, sincronizada com a norma RDC-306/2004 da ANVISA, sendo, ao lado da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a principal regulamentação sobre RSS no Brasil. No campo das regras técnicas, a Associação Brasileira de Normas Técnicas editou normas relacionadas direta ou indiretamente a RSS, de observância obrigatória no campo técnico, dentre as quais se podem citar: NBR 7500/2000 - Símbolos de risco e manuseio para o transporte e armazenamento de material; NBR 9191/2008 - Sacos plásticos para acondicionamento de lixo - Requisitos e métodos de ensaio; NBR 10004/2004 - Resíduos sólidos - Classificação; NBR 12235/1992 - Armazenamento de resíduos sólidos perigosos; NBR 12807/1993 - Resíduos de serviços de saúde - Terminologia; NBR 12809/1993 - Manuseio de resíduos de serviços de saúde; NBR 12810/1993 - Coleta de resíduos de serviços de saúde; NBR 13853/1997 - Coletores para resíduos de serviços de saúde perfurantes ou cortantes; NBR 14652/2000 - Coletor-transportador rodoviário de resíduos de serviços de saúde.

Os Resíduos de Serviços de Saúde (RSS) em âmbito estadual e municipal

No âmbito estadual o sistema jurídico ambiental de RSS tem como base a Constituição Estadual. Em Sergipe, as normas infraconstitucionais mais importantes são as Leis da Política Estadual de Meio Ambiente (Lei 5.858/2006); da Política Estadual de Resíduos Sólidos (Lei 5.857/2006) e da Política Estadual de Educação Ambiental (Lei 6.882/2010).

Na esfera municipal, o sistema jurídico ambiental tem como base a Lei Orgânica do Município (norma de existência obrigatória), o plano diretor e outras leis municipais específicas para atendimento das normas assim estabelecidas para os resíduos sólidos sem comprometer o meio ambiente.

Em relação à finalidade do sistema vale destacar que, dentro da competência legislativa dos entes federativos (Arts. 24 e 30 da CF), os estados e municípios, ao normatizar sobre RSS, podem aumentar a proteção/conservação ao meio ambiente e à saúde, nunca diminuí-la, sob pena de inconstitucionalidade (princípio da proibição do

retrocesso ambiental)¹⁵ e, consequentemente, ausência de validade da norma estadual ou municipal, mantendo-se assim a integridade deste sistema jurídico, cuja finalidade é a proteção do meio ambiente e da saúde da população, devendo-se priorizar ações preventivas de grande importância como a ação intervencionista de escola como promotora de ação educativa para quebrar paradigmas¹⁶ educativos frente ao contexto socioambiental e, sobretudo, ao tratar dos aspectos do uso de drogas ilícitas.

2.3. Drogas ilícitas e a Lei 11.343/2006

A Lei 11.343/2006¹⁷, que revogou a Lei 6.938/1968, institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e, dentre outras funções¹⁸, estabelece atualmente políticas (inclusive de natureza penal) voltadas contra o uso, produção e tráfico ilícito de drogas¹⁹.

O conceito estrito de drogas²⁰ é apresentado por norma explicativa da referida Lei, prevista no parágrafo único do artigo 1º “[...] 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”.

15 Para aprofundar, consultar BELCHIOR, 2011, pp. 221-226.

16 Quebrar o paradigma significa amplamente repensar suas ações enquanto ser e que no paradigma da modernidade na concepção de Santos, pode ser “[...] entendido como um projeto sociocultural muito amplo preenche de contradições e de potencialidades que, aspira a um equilíbrio entre a regulação social e a emancipação social” (2000, p. 348).

17 Regulamentada pelo Decreto 5.912/2006.

18 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.

19 O Brasil é signatário de três convenções internacionais sobre controle de drogas: Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961 (emendada em 1972); Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, 1971; Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988.

20 Segundo a OMS, drogas, em sentido lato, é qualquer substância não produzida pelo organismo que altere seu funcionamento. Disponível em: <<http://www.who.int/substanceabuse/terminology/whollexicon/en/>>. Acesso em 31 mar. 2012.

Na Portaria 344/1998²¹, da SVS/MS, esta definição acima está atrelada ao conceito mais específico de drogas entorpecentes ou psicotrópicas, também chamadas de psicoativas (este último mais utilizado na atualidade). Vale ressaltar que no Brasil o termo droga ilícita é relativo, pois está associado à conduta sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Por sua vez, a ONU (2012), por meio de seu Escritório contra Drogas e Crimes, classifica a drogas psicotrópicas em três categorias principais: **perturbadoras** (maconha, cogumelos, LCD, entre outras), **depressoras** (álcool, opiáceos, solventes e outras) e **estimulantes** (Cocaína, Ecstasy, anfetaminas, tabaco, entre outras) que são provocadoras de alterações à saúde do sujeito enquanto cidadão brasileiro.

Entre os tipos penais mais importantes na Lei 11.343/2006 estão os que penalizam a conduta do usuário (art. 28) e os relacionados ao tráfico (art. 33 e seguintes), normas penais em branco heterogêneas que se valem da Portaria SVS/MS 344/98 para complementar o preceito primário destas normas penais incriminadoras, estabelecendo assim o limite entre condutas ilícitas e lícitas pertinentes às drogas psicoativas.

Como observado acima, o uso de drogas ilícitas para consumo próprio ainda é criminalizado no Brasil, embora se trate de infração *sui generis*, considerando-se que seu preceito secundário apresenta penas principais restritivas de direito e não penas privativas de liberdade e/ou multa, fugindo assim do padrão de utilização destas como substitutivas no sistema jurídico pena (artigo 44 do CPB).

O tráfico é considerado equiparado a crime hediondo, submetendo-se assim, o agente condenado a um tratamento mais rigoroso do *jus puniendi* estatal, tal como a fixação do regime inicial como fechado e a progressão de 2/5 ou 3/5 dependendo da reincidência do agente (Lei 8.072/1990).

Em relação à destinação das drogas ilícitas apreendidas, o artigo 32 da Lei 11.343/2006 traz como única opção a incineração, ressaltando-se

21 A lista de substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, constantes do anexo I da referida Portaria já foi atualizada mais de 30 vezes entre 2008 e 2011, sendo a última alteração efetivada pela RDC 36/2011.

que sua finalidade não esgota as possibilidades ambientalmente corretas de destinação final de resíduos do uso de drogas ilícitas, vez que esta norma tem como finalidade a destruição da droga apreendida e não o seu descarte ambientalmente correto após o uso (embora aquela devesse observar esta).

Além disso, desde a década de 1970, a incineração e outras espécies de tratamento térmico de resíduos constituem-se em tema preocupante, considerando a possibilidade de lançamento de toxinas (dioxinas e furanos) e metais no meio ambiente (KREITH, 1994, p. 7.14-7.17; TAMMEMAGI, 1999, p. 155-159), razão pela qual, tal atividade ainda não está totalmente liberada para uso no Brasil de acordo com o Decreto 7.404/2010²², embora esta restrição seja direcionada para resíduos sólidos urbanos.

Segundo dados divulgados pelo Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas (OBID), referentes a levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil entre os anos de 2001 e 2005, observa-se que, mesmo excluindo-se o consumo de tabaco e álcool, é alto o percentual de indivíduos que utilizam drogas psicoativas no país:

22 “Consoante ainda o Decreto 7.404/2010, observa-se que a recuperação energética de RSU, excepcionado o aproveitamento energético de gases gerados em aterros sanitários, somente será possível depois que tal técnica for disciplinada em ato conjunto específico entre o Ministério do Meio Ambiente, Minas e Energia e Cidades (art. 37), haja vista a polêmica que tal tema ainda causa atualmente, tendo de um lado grandes conglomerados econômicos que defendem sua implantação e, de outro, ambientalistas, associações de catadores e outras instituições que questionam a ausência de segurança em função, dentre outras razões, da possibilidade de emissão de dioxinas e furanos, violando-se com isso a Convenção de Estocolmo de 2001, ratificada pelo Brasil em 2005, através do Decreto 5.472/2005” (COSTA, 2011, p. 62).

TABELA 1: Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil em 2001 e 2005 (em %)

Drogas	Período de tempo					
	Uso na vida		Uso no ano		Uso no mês	
	2001	2005	2001	2005	2001	2005
Qualquer droga	19,4	22,8	4,6	10,3	2,5	4,5
Maconha	6,9	8,8	1,0	2,6	0,6	1,9
Cocaína	2,3	2,9	0,4	0,7	0,2	0,4
Crack	0,4	0,7	0,1	0,1	0,0	0,1
Heroína	0,1	0,09	0,0	0,0	0,0	0,0
Alucinógenos	0,6	1,1	0,0	0,3	0,0	0,2
Solventes	5,8	6,1	0,8	1,2	0,2	0,4
Opiáceos	1,4	1,3	0,6	0,5	0,2	0,3
Benzodiazepínicos	3,3	5,6	1,3	2,1	0,8	1,3
Estimulantes	1,5	3,2	0,3	0,7	0,1	0,3
Barbitúricos	0,5	0,7	0,1	0,2	0,1	0,1

Fonte: Ministério da Justiça/SENAD/OBID²³.

É importante ressaltar que de 2005 para 2012, o consumo de crack aumentou bastante na população brasileira (UNITED NATIONS, 2011, p. 111), estando os dados acima desatualizados em relação a esta droga ilícita, derivada da cocaína.

Sendo o descarte de resíduos proporcional ao manuseio e uso de qualquer produto, estes dados acima, consequentemente, demonstram que o descarte de resíduos oriundos do uso destas drogas ilícitas é relevante o suficiente para justificar a preocupação com seu o potencial de impactar o meio ambiente e a saúde pública.

Nesse sentido, Daughton (2011, p. 60-61) identifica que até meados da década de 2000 houve a exclusão das drogas ilícitas dos estudos dos impactos de medicamentos no meio ambiente apesar de que as drogas ilícitas terem como característica comum “um altíssimo potencial para efeitos biológicos em humanos e outros organismos [...] drogas ilícitas são usadas mundialmente em enorme quantidade. Entretanto, essa magnitude

23 Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

é desconhecida é pode apenas ser superficialmente estimada²⁴” (tradução nossa).

Verifica-se até hoje em todo o mundo, mesmo em locais onde foram priorizados os investimentos em políticas e ações de combate às drogas ilícitas, como os Estados Unidos, por exemplo, a persistência de número considerável de usuários destas e isto não pode ser ignorado. Desta forma, faz-se necessário o estabelecimento de políticas governamentais de redução de danos em relação a estes usuários já que o temor da repressão acaba sendo um obstáculo para a adoção do descarte ambientalmente correto²⁵.

Segundo Friedman e Jarlais(1995) a política de redução de danos é importante porque:

Se o uso de drogas, e mais especificamente o seu uso injetável, provoca danos para os usuários e seu entorno, e uma vez que as tentativas de impedir o uso de drogas vêm mostrando se muito falhas, nada mais lógico do que desenvolver programas que tenham como objetivo reduzir os danos causados por essas substâncias. (p.4).

Bueno e Mesquita(1995, p. 11-13) registram a tentativa de implementação de modelos de políticas de redução de danos do município de Santos-SP em 1989 e 1991, em função do aumento, na década de 1980, de casos de AIDS no grupo de usuários de drogas injetáveis por compartilhamento de seringas (UDI), consistindo basicamente em campanhas de desinfecção das seringas com hipoclorito de sódio e na busca da possibilidade de distribuição/trocas de seringas entre os UDI.

24 “Until the mid-2000s, the emerging study of pharmaceuticals in the environment (PIE) inexplicably excluded from consideration one major aspect – the contributions to overall environmental loadings by the so-called illicit drugs. A structurally diverse group of chemical agents uniformly possessing extremely high potential for biological effects in humans and non-target organisms alike, illicit drugs are used in enormous quantities worldwide. However, the actual magnitude of illicit drugs is unknown and can only be roughly estimated”.

25 “Para muitos usuários de drogas, o risco de sofrer algum tipo de penalidade criminal por posse de seringas contendo resíduo de droga parece favorecer o rápido descarte do material usado em condições longe das ideais em termos de biossegurança, ou seja, em locais públicos, banheiros, latas de lixo e outros”. (ALBUQUERQUE, 2000)

Tais políticas de redução de danos devem ser estimuladas, entre outros motivos, como alternativas para se evitar os impactos ambientais e na saúde do descarte incorreto das drogas ilícitas.

2.4. Uso de drogas ilícitas e poluição

A utilização de drogas ilícitas gera resíduos que podem impactar negativamente o meio ambiente, afetando a saúde²⁶, a segurança e o bem estar da população.

Referindo-se apenas às drogas lícitas, Alvarenga e Nicoletti (2010) expõe que o descarte incorreto de drogas por pessoas físicas é um problema que extrapola as fronteiras de nosso país, porque

em Londres, foi evidenciado por 80% dos entrevistados reconhecerem que a disposição final de medicamentos é um problema, entretanto não necessariamente ambiental, e a maioria dos medicamentos indesejáveis é descartada pelo sistema de lixo e esgoto doméstico (ALVARENGA; NICOLETTI, 2010, p. 35).

A identificação de drogas ilícitas nos recursos naturais, tais como a cocaína e a heroína, está sendo utilizada como critério para se verificar a difusão do uso destas drogas em uma dada localidade através da análise do esgoto público²⁷, funcionando como uma ferramenta de rastreamento (DAUGHTON, 2011, p. 72 e 83) denominada de FEUDS (*Forensic Epidemiology Using Drugs in Sewage*).

26 É importante ressaltar que segundo Ferreira (1995, p.318) a preocupação da população com os RSS tem aumentado após o advento da AIDS.

27 "We have approached the task of quantifying the diffusion of illicit drug use in the community differently. Among the various measures available to track drug abuse the analysis of waste water plants (WWPs) can represent one of the most reliable source of data. Indeed, WWPs analysis has been increasingly used in recent years to better understand the diffusion of illicit drug use [9–15]. Furthermore, the so-called sewage epidemiology has recently gained the interest of the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction [16]. While several studies have developed and validated methods for drug detection in waste water, none of these evaluations – to the best of our knowledge – included a longitudinal evaluation of an entire city. In this perspective this approach to directly estimates the burden of illicit drug use could be complementary or even alternative to capture–recapture designs". (Mari *et al*), 2009, p. 88-89).

Desta forma, segundo Daughton (2011, p. 60-61), o potencial de contaminação do meio ambiente por drogas ilícitas através de uma variedade de formas não difere substancialmente das drogas lícitas utilizadas na medicina²⁸. Embora o parâmetro mais correto e preciso para se avaliar estes impactos fosse o do descarte de medicamentos lícitos no meio ambiente, a legislação brasileira é lacunosa também neste aspecto, como observado acima, de forma que será utilizada a normatização para RSS como parâmetro para a identificação do risco²⁹ decorrente do descarte incorreto de resíduos do uso de drogas, verificando-se que, dependendo de suas características, podem se classificar como perigosos e não perigosos (LPNRS e NBR 10.004/2004).

A Resolução 358/2005 do CONAMA apresenta classificação de RSS em cinco grupos: A (agentes biológicos infectantes), subdivididos em cinco grupos (A1 a A5); B (químicos que podem causar risco à saúde pública ou ao meio ambiente); C (radioativos); D (comuns em relação aos equiparados aos resíduos sólidos domiciliares); E (perfurocortantes e similares). Esta classificação define como deve ser o procedimento de gerenciamento destes resíduos em cada uma destas classes. Para os resíduos sólidos de saúde de classe C, devem ser observadas ainda as normas da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), tal como a norma NE- 6.05.

Segundo Shneider *et al* (2004, p. 30) os RSS categorizados como agentes biológicos infectantes (classe A) são os que apresentam risco mais evidente para o meio ambiente e a saúde humana “[...] pela presença de consideráveis densidades e variedades de microorganismos infecciosos nos resíduos”, quando comparados com a quantidade insignificante produzida de resíduos das classes B e C em ambiente hospitalar. O manejo deficiente de RSS também pode ter impactos negativos ao meio ambiente e à saúde da população quando dispostos incorretamente, podendo atingir o ser humano por inalação, ingestão ou injeção (SHNEIDER, et All 2004, p. 31)

28 “The potential for illicit drugs to enter the environment via a wide array of pathways should not differ much from that of pharmaceuticals used in the practice of medicine”. (DAUGHTON, 2011, p. 60-61).

29 “Os resíduos de serviços de saúde são considerados perigosos e requerem maiores cuidados não pela sua quantidade excessiva dentre os resíduos produzidos pela população urbana, e sim, devido ao seu grande potencial de risco, devido ao fato de conter substâncias extremamente nocivas ao meio ambiente e aos seres vivos em geral” (MARTINS, 2004, p.31).

No que tange ao preparo e uso de drogas ilícitas, a contaminação com agentes biológicos (classe A) é preocupante, principalmente quando associada a restos de instrumentos perfurocortantes (classe E) utilizados para a preparação e o manuseio da droga ilícita, fato esse que amplia esse quantitativo, ao se verificar que, em 2009, quase metade dos usuários de drogas ilícitas injetáveis no Brasil estavam contaminados com a AIDS e a Hepatite C³⁰. No entanto não se pode olvidar da contaminação oriunda de agentes químicos, principalmente quando dispostos nos recursos hídricos ou no solo sem maiores cuidados³¹.

Tendo como base a Resolução CONAMA 358/2005 (RSS), apresentamos tabela dos principais fatores de poluição do solo, da água e do ar, além do risco direto à saúde humana, que podem ser associados com o descarte indevido de produtos decorrentes do preparo e uso de drogas ilícitas:

TABELA 2: Relação entre a Resolução CONAMA 358/2005 e o descarte de resíduos de drogas ilícitas.

Classe	Tipo	Correlação com preparo e uso de drogas ilícitas	Destino ambientalmente adequado
A	Infectantes biológicos	Características de maior virulência ou concentração de agentes biológicos infectantes, podendo estar presente no manuseio e uso de drogas.	Aterro sanitário licenciado ou local devidamente licenciado para disposição final de resíduos dos serviços de saúde após tratamento prévio*. Não podem ser reciclados ou reutilizados.
B	Infectantes químicos	Características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade e toxicidade, podendo estar presente no manuseio e uso de drogas.	Quando perigosos devem ser dispostos em aterro de resíduos perigosos. Quando não perigosos podem ser dispostos em aterro licenciado e, quando no estado líquido, lançados na rede de esgoto desde que atendam aos padrões normativos.

30 "In some countries, the prevalence of HIV among injecting drug users is extremely high, such as in Estonia (72%), Argentina (50%) and Brazil (48%) [...] and around half of all injecting drug users are infected with the Hepatitis C virus (HCV)". (Word Drug Report, 2011, p. 30).

31 "Além dos danos decorrentes da disposição inadequada dos [RSS] à água superficial e/ou subterrânea, ao ar e ao solo..." (SHNEIDER, et al 2004, p. 33).

* Com exceção do grupo A4, que dispensam tratamento prévio.

C	Radioativos	Embora extremamente poluentes não tem relação com o uso de drogas ilícitas.	Não podem ser descartados até atingirem o tempo de decaimento.
D	Comuns	Não apresentem risco biológico, químico ou radiológico, podendo ser equiparados aos resíduos domiciliares.	Aterro sanitário de RSU licenciado e podem ser reutilizados ou reciclados.
E	Perfurocortantes e similares	Materiais perfurocortantes ou escarificantes, tais como: agulhas, ampolas de vidro, tubos, utensílios de vidro quebrados e outros similares infectados com agentes biológicos ou químicos, sendo bastante incidentes no manuseio e uso de drogas.	Tratamento específico de acordo com a contaminação química, biológica ou radiológica e devem ser apresentados para coleta acondicionados em coletores estanques, rígidos e hígidos, resistentes à ruptura, à punctura, ao corte ou à escarificação.

Fonte: Baseado na CONAMA 358/2005

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disposição incorreta de resíduos do preparo e uso de drogas ilícitas pode impactar o meio ambiente e a saúde da população, devendo ser adotados pelo poder público e pela sociedade mecanismos para alterar esta realidade.

A estreita cooperação entre os poderes públicos (federal, estadual e municipal) e a sociedade civil orientada e consciente sobre a gravidade dos resíduos sólidos no meio ambiente por meio da ação intervencionista, educativa, preventiva apresenta um lastro fecundo de contribuições para a compreensão dos problemas de saúde pública de modo que ao direcionar seus atos, atitudes, comportamentos frente ao não usar drogas e assim desencadear um (re) significado do seu modo de vida social, sobretudo ao reconhecer os riscos danosos a sua vida com punições que variam de acordo com as leis vigentes.

Nesse sentido, uma alerta deve ser feito à sociedade civil quanto ao descarte de drogas no meio ambiente repensando os limites e desafios dessa ação por via da formação humana, essa entendida como uma que

“[...] transcende o ensino que pretende uma mera atualização científica, pedagógica e didática e se transforma na possibilidade de criar espaços de participação, reflexão e formação” (IMBERNÓN, 2004, p. 15) de modo a atingir diretamente ao meio ambiente com ações exequíveis baseando-se em estratégias “[...] de pensamento, de percepção, de estímulos e centra-se na tomada de decisões para processar, sistematizar e comunicar a informação” (IMBERNÓN, 2004, p. 41).

Portanto, devemos (re)situar todas as informações fragmentárias recebidas dentro de um contexto sócio-cultural mais amplo, mostrar as relações, as mediações, os momentos da história; as condições sociais numa relação dialógica e porque não entender as normativas quanto ao descarte correto de resíduos ou melhor, porque não “[...] fazer desabrochar e desenvolver tal subjetividade para compreensão do espírito crítico e para a libertação” (JAPIASSU, 1975, p. 149) ao propormos um sistema social e educativo reflexivo, crítico, analítico e coerente de ideias nos quais a prática individual e coletiva encontra lugar para as determinações de sentidos para a vida com saúde.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Kátia Coutinho de. **Fatores de Risco para a infecção pelo HIV entre Usuários de Drogas Injetáveis nas “Ruas” da cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2000. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP).

ALVARENGA, Luciana Santos Vieira; NICOLETTI, Maria Aparecida. **Descarte doméstico de medicamentos e algumas considerações sobre o impacto ambiental**. São Paulo: Revista Saúde, 2010.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forence Universitária, 2001.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Regina C., MESQUITA, Fábio. **O trabalho entre usuários de drogas injetáveis em santos**. [in] Boletim da associação brasileira interdisciplinar de aids – ABIA. n. 27. p. 11 e 13. jan./mar. 1995.

CARVALHO, Antônio Cesar Leite de. **Comentários à lei penal ambiental: parte geral e parte especial (artigo por artigo)**. Curitiba: Juruá, 2011.

CHEREMISINOFF, Nicholas P. **Handbook of solid waste management and waste minimization Technologies**. Burlington-MA-USA: Elsevier's Science, 2003.

COSTA, Sandro Luiz da. **Gestão integrada de resíduos sólidos urbanos: aspectos jurídicos e ambientais**. Aracaju: Evocati, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário** in **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Serie E. Legislação de Saúde. V. 1, 2003.

DAUGHTON, Christian G. **Illicit Drugs: Contaminants in the Environment and Utility in Forensic Epidemiology**. **Reviews of Environmental Contamination and Toxicology**, D.M. Whitacre (ed.), USA, n. 210, p. 59-110, 2011.

FAZENDA, Ivani (Org.). **O que é interdisciplinaridade**. São Paulo: Cortez, 2008.

FERREIRA, João Alberto. **Resíduos sólidos e lixo hospitalar: Uma Discussão Ética**. Cad. Saúde Públ. Rio de Janeiro, 11 (2): 314-320, Apr/Jun, 1995.

FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**. Tradução de Kátia de Mello e Silva, Revisão técnica der Benedito Eliseu Leite Cintra, São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

FRIEDMAN, SAMUEL R. e JARLAIS, DON DES. **Prevenção da AIDS entre os usuários de drogas injetáveis nos países em desenvolvimento**. [in] Boletim da associação brasileira interdisciplinar de aids – ABIA. n. 27. p. 2 e 3. jan./mar. 1995.

IMBERNÓN, Francisco. **Formação Docente e profissional: formar-se para a mudança e a incerteza**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2004,

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

KREITH, Frank, TCHOBANOGLOUS, George. **Handbook of solid waste management**. New York: McGraw-Hill, 1994.

MARI, Francesco *et al.* **Cocaine and heroin in waste water plants: A 1-year study in the city of Florence, Italy**. **Forensic Science International**. Elsevier Ireland Ltd. n. 189. 88-92. 2009.

MARTINS, Fátima Leone. **Gerenciamento de resíduos sólidos de serviços de saúde: análise comparativa das legislações federais**. Niterói, 2004. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Gestão). Universidade Federal de Fluminense (UFF).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Drogas: você conhece o risco?** Brasília: Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/brazil/drogas_ebook.pdf>. Acesso em 30 mar. 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2000.

SHNEIDER, Vania Elisabete *et al.* **Manual de gerenciamento de serviços de saúde**. 2ª Ed. Ver. E ampl. Caxias do Sul: Educs, 2004.

TAMMEMAGI, Hans. **The waste crisis: landfills, incinerators, and the search for a sustainable future**. New York: Oxford University Press, 1999.

UNITED NATIONS. **World Drug Report: 2011**. New York: Office on Drugs and Crime, 2011.

O Ministério Público e o
**Desafio das
Drogas**

Coordenação

Adélia Moreira Pessoa
Deijaniro Jonas Filho

A Associação Sergipana do Ministério Público - ASMP, criada em 1943 e restaurada em 08 de dezembro de 1965, é sociedade civil sem fins lucrativos que congrega os membros do Ministério Público do Estado de Sergipe, em exercício, em disponibilidade ou aposentados. Tem por finalidades, dentre outras, promover a integração dos membros da Instituição, defender os princípios e garantias institucionais do Ministério Público, sua independência e autonomia, promovendo a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses dos seus associados. Propõe-se também, como órgão não governamental, a colaborar com o Estado no estudo e soluções de problemas relacionados com o Ministério Público e a Administração Pública.

Com esta publicação, que é a segunda da série, objetiva a ASMP contribuir para discussão na busca e implantação de políticas públicas voltadas à prevenção às drogas, ao tratamento e à inclusão das pessoas direta e indiretamente afetadas e ao enfrentamento das ações daqueles que se opõem às leis que tratam do tema, sempre em prol da plena efetivação dos direitos da sociedade.

REALIZAÇÃO:

PATROCÍNIO:



APOIO CULTURAL:



ISBN 978-85-99921-11-1



O volume I da Série Estudos da Associação Sergipana do Ministério Público teve como tema "O Ministério Público Contemporâneo", lançado em 2011. Como então registrado, a proposta da entidade de classe, diante do seu papel enquanto agregadora dos membros do Ministério Público do Estado de Sergipe, conforme mandamento estatutário, é empreender o lançamento subsequente e anual desta SÉRIE, como forma de estimular e promover a produção intelectual dos integrantes da nossa Instituição.

As contribuições incluídas no Volume 1 abordaram temas de natureza jurídica contemporânea, pertinentes à consolidação institucional, à atuação judicial e extrajudicial do Ministério Público, defesa de prerrogativas, atribuições, legitimidade de atuação do Ministério Público, enfrentamento das demandas sociais, construção de políticas públicas, parcerias com a sociedade e com o poder público.

O novo perfil Institucional, estampado na Carta Magna, coloca o Ministério Público ao lado dos Poderes de Estado, sem qualquer hierarquia ou subordinação, com independência para o exercício de suas funções.

Cotidianamente o Ministério Público é provocado a opinar sobre grandes questões regionais e nacionais. Acreditamos que devemos ter e externar nossas opiniões e posicionamentos para ocuparmos devidamente esse espaço político, e sempre que possível atuar de maneira proativa. Acreditamos que o nosso papel fiscalizador e propulsor das políticas públicas e do cumprimento do ordenamento jurídico é fundamental para o crescimento do Estado de Sergipe e para o desenvolvimento da nossa nação.

Estando presente e exercendo sua atuação fiscalizadora e realizadora em todos os municípios de Sergipe, espera o Ministério Público Sergipano estar contribuindo para as mudanças necessárias que tenham por objetivo a efetivação dos direitos fundamentais e a construção da cidadania.