



## SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Por João Carlos Castellar<sup>1\*</sup>

O Supremo Tribunal Federal (STF) fez valer o papel que a Constituição da República lhe outorgou: o de ser seu guardião. Julgando as Arguições Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44, apresentadas pelo Partido Ecológico Nacional e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente. A Suprema Corte reconheceu a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, assegurando a plenitude da garantia individual, que estabelece ser presumidamente inocente aquele que não tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Um julgamento histórico!

Ao deixar inquestionável a supremacia da Constituição, o STF também estabeleceu que, nas hipóteses em que o Ministério Público se vale de delatores para fazer prova da acusação, estes, ainda que se reconheça sua qualidade de corréus, devem se manifestar nos autos antes que a defesa o faça. A obediência ao postulado do devido processo legal e a suas mais valiosas cláusulas – o contraditório, a paridade de armas e a ampla defesa – deve nortear a interpretação dos novos dispositivos legais, entre os quais a delação premiada, trazida ao ordenamento pela via da importação de direitos, passando a vigorar sem prévio e efetivo exame por parte da academia, eis que instituída pelo legislador sem debates e discussões mais aprofundadas.

O Código de Processo Penal mereceu interpretação conforme a Constituição!

A comunidade jurídica deve sentir-se orgulhosa da sua mais alta Corte de Justiça, pois as decisões ora comentadas foram proferidas em meio ao alarido de forças extremamente conservadoras, comprometidas com o obscurantismo, que nutrem inaceitável desprezo pelas liberdades públicas e individuais. Mas os minoritários segmentos sociais que atacam esses valores ainda se movem com preocupante desenvoltura no Poder Legislativo. Já intentam, com a estridência que os caracteriza,

aprovar Emenda Constitucional supressora do princípio da presunção da inocência, garantia individual que o STF recém proclamou ser válida.

Devemos nos lembrar, a todo instante e em qualquer lugar, desde as salas de aula aos Tribunais, nas redes eletrônicas e em reuniões sociais, que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República não pode ser alterado por meio de simples emenda. Tal disposição somente pode ser suprimida ou modificada pelo advento de outra constituinte. É o que estabelece, com toda clareza, o § 4º, do artigo 60, da Carta: proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais não será objeto de deliberação.

Vivemos tempos de muita apreensão. Nossos vizinhos, como Chile e Bolívia, cada um a seu modo, vêm sofrendo os efeitos mais nefastos do neoliberalismo: no primeiro, o governo está reagindo com extrema violência às legítimas manifestações populares, contrárias às baixas aposentadorias e à carestia em geral; a segunda, por ter sofrido, mais uma vez na sua história, um golpe militar, cujos líderes já anunciam que vão destruir os avanços sociais obtidos pelo povo boliviano na última década.

No caso da Bolívia, não será demais destacar, tão logo consumada a tomada de poder pelos militares foram presos os magistrados Maria Choque e Antonio Costas, presidente e vice-presidente do Tribunal Superior Eleitoral da Bolívia. A prisão foi efetuada por soldados mascarados, e se deu em meio a uma entrevista coletiva. Não foi necessário muito mais do que “um cabo e um soldado”.

A SACERJ, entidade que congrega exclusivamente advogados criminais, deve se manter atenta e vigilante. A missão de todos e de cada um de nós é, antes de tudo, fazer valer os direitos e as garantias constitucionais consagrados em nosso País. Para tanto, precisamos de um Poder Judiciário forte, que afirme com vigor sua característica contramajoritária e que não ceda ao chamado “sentimento do povo” ou à “voz das ruas”.

Seguindo sua tradição, desta feita o Boletim da SACERJ homenageia mais um advogado que integra o panteão que honra a profissão: Alfredo Tranjan. Além de um resumido registro de sua biografia, colheu-se o ensejo para pesquisar as origens da *beca*, vestimenta talar que, por sugestão de José Mauro Couto de Assis, deu o título do magnífico livro de Tranjan – *A Beca Surrada* (assista à entrevista de José Mauro na página da SACERJ na internet).

Ainda nessa edição, uma novidade: inaugura-se a coluna intitulada *La bouche de la loi*, assim intitulada numa

1 O autor é Diretor Cultural da SACERJ



referência a Montesquieu. Traz frases, expressões e atos pitorescos procedidos por nossos magistrados. As notas foram selecionadas pelos associados e, espera-se, outras sejam encaminhadas a esta editoria para publicação nos próximos números.

Também nessa quarta edição, o leitor encontrará referência das atividades desenvolvidas pela SACERJ nos últimos meses (Assembleia Geral Ordinária e reunião do Conselho Consultivo), além de outras notas reputadas relevantes. Encerra-se a seção *Miscelânea* com gravura medieval, cuja atualidade é impressionante.

A parte destinada à publicação artigos inicia com estudo de Déa Rita Matosinhos, seguido de texto de André Nascimento, ambos abordando as incontáveis questões controvertidas que vêm surgindo com a indiscriminada utilização da delação premiada no processo penal brasileiro. Em outro artigo, Renato Tonini contribui com relevantes observações sobre tema igualmente candente, a respeito do qual a SACERJ já se manifestou em nota de repúdio: a suspensão preventiva de advogados no âmbito do processo disciplinar.

A atual política criminal de drogas, que há décadas vem

merecendo severas críticas por parte da doutrina, é abordada em parecer emitido por Kátia Tavares, Renato Tonini e pelo subscritor. Tal parecer foi encaminhado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, entidade com quem a SACERJ mantém convênio de cooperação científica, para uma Comissão instituída no Congresso Nacional para o fim de propor reformas na legislação vigente.

No tópico *literatura*, há saboroso conto em que Marcelo Câmara Py romanceia fato verdadeiro (há testemunhas!), que é hilariante malgrado trágico. Por fim, mas não menos interessante, o Boletim encerra com poemas da lavra de Ranieri Mazzili Neto – um luxo!

O ano está no fim. A SACERJ avançou muito nesse curto período. Retomou sua identidade, criou uma belíssima página na rede mundial de computadores, constituiu um grupo de conversas eletrônico extremamente rico em informações e debates – sempre permeado de fino humor – além divulgar (quase) trimestralmente este Boletim Informativo, seu órgão oficial, que procura se aperfeiçoar a cada nova edição. No próximo ano muitas novidades virão, aguardem!

O Boletim deseja Boas Festas aos seus associados!

## SUMÁRIO

Miscelânea .....	1
Artigos .....	9
Parecer.....	26
Literatura .....	48
Entrevistas .....	50



### DIRETORIA

**Alexandre Dumans**  
Presidente  
**Marcia Dinis**  
Vice Presidente  
**Luciano Saldanha**  
Diretor Executivo  
**João Carlos Castellar**  
Diretor Cultural  
**Kátia Tavares**  
Diretora Financeira  
**João Bernardo Kappen**  
Secretário Executivo  
**Carlos Bruce Batista**  
Secretário Cultural  
**Maria Clara Batista**  
Secretária Financeira



SOCIEDADE DOS ADVOGADOS  
CRIMINAIS DO ESTADO RIO DE JANEIRO

### CONSELHO CONSULTIVO

**Antônio Carlos da Gama Barandier**  
**Arthur Lavigne**  
**Carlos Eduardo Machado**  
**Carmen da Costa Barros**  
**Dea Rita Matosinhos**  
**Fernando Fernandes**  
**Fernando Frago**  
**João Mestieri**  
**José Carlos Tórtima**  
**Juarez Cirino**  
**Juarez Tavares**  
**Luis Guilherme Martins Vieira**  
**Márcio Barandier**  
**Nilo Batista**  
**Paulo Freitas**  
**Renato Tonini**  
**Victoria Sulok**



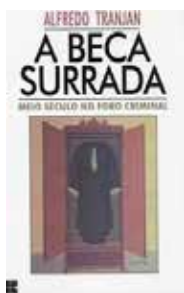
## ALFREDO TRANJAN

### Advogado homenageado dessa Edição

Descendente de sírios, seu pai, Gabriel, modesto comerciante de meias numa pequena loja na rua Senhor dos Passos, tinha outras pretensões para o filho, cujo desejo maior era dedicar-se às belas artes. Indeferida a outorga paterna, Alfredo jogou os dados a título de teste vocacional. Como a sorte não mente jamais, entre as carreiras em escrutínio venceu o Direito, ou melhor, a advocacia criminal e, em especial, a Tribuna do Júri, pícaro em que se destacam os grandes oradores, os melhores entre nós, pois os jurados decidem por íntima convicção, atuam sem as amarras da dogmática. Nasceu assim, no feltro da mesa de apostas, um dos maiores criminalistas de que se tem notícia na crônica judiciária carioca e brasileira.

Orador fluente, imaginoso, imprevisível nas suas réplicas e improvisações, memória surpreendente, um permanente interesse por todos os aspectos da sociedade e do homem, uma vasta soma de conhecimentos espontâneos, raciocínio lógico e bem encadeado. Assim Evandro Lins e Silva qualificou Tranjan.

Na primeira das ditaduras que viveu, Alfredo Tranjan atuou no famigerado Tribunal de Segurança Nacional criado pelo Estado Novo de Vargas, sempre em defesa de acusados de crimes políticos. Mais tarde, no curto hiato de regime democrático que vai de 1947 à 1964, foi constituído para a defesa de Benjamin Vargas, irmão do então Presidente da República, apontado, injustamente, como mandante no rumoroso caso que vitimou o Major Rubens Vaz e feriu Carlos Lacerda na Rua Tonelero, ocorrido em 05/08/1954. Ganhou o *habeas corpus*, excluindo seu constituinte da denúncia



José Mauro Couto de Assis

Lembra seu dileto amigo, o imortal Guilherme Figueiredo, que o orador do foro, de palavra candente, ampliou seu auditório elegendo-se deputado, contando para tan-

to com os votos da torcida do Bonsucesso Futebol Clube, agremiação de que foi diretor e presidente.

Mas aí veio a segunda ditadura em sua vida: foi cassado pelos militares que protagonizaram o golpe de estado que depôs João Goulart. Atravessei enorme penúria, até que foi escolhido em lista triplíce para integrar o antigo Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que tinha competência para julgar, em grau de recurso, os processos por crimes ou contravenções a que fossem cominadas penas de detenção, multa e prisão simples, além dos crimes contra a economia popular e o patrimônio, exceto os de roubo.

Ao aposentar-se retomou o exercício da advocacia e escreveu um formidável livro em que narra julgamentos, anedotas e outras tantas histórias do foro carioca, cujo título - "A Beca Surrada" - foi pespegado por outro de seus grandes amigos, o criminalista José Mauro Couto de Assis, que concedeu a este Boletim emocionada entrevista, que o leitor, todavia, para assisti-la deverá dirigir-se ao sítio [www.sacerj.br](http://www.sacerj.br).

## POR FALAR EM BECA...

A referência à "beca" do advogado no livro de Tranjan levou o Boletim a pesquisar um pouco mais o assunto, trazendo, sobretudo para os mais jovens associados, algumas observações sobre o traje que tão genuinamente caracteriza não apenas os advogados, mas também promotores e juizes. São chamadas formalmente de "vestes talares", sendo apropriadas para serem envergadas em ocasiões de grande respeito e solenidade.

Várias são as denominações da indumentária: beca (de *baccalaris*, bacharel), usadas pelos advogados e membros do ministério público; toga, dos juizes; batina, dos clérigos; capa, dos serventuários, etc. Mas atenção: a distinção entre "beca" e "toga" não é tão simples, gerando alguma perturbação no que respeita à inteligibilidade das vestes talares. Toga, *tout court*, é o termo mais universalizado nos países ocidentais, com vista a designar uma veste longa, de um só corpo, dotada de ornamentação frugal, mangas e carcela vertical dianteira. Este termo encontra-se também generalizado na maior parte das universidades ocidentais, salvo nas anglo-saxônicas, onde o vocábulo "gown" prevalece sobre a palavra "toga"/"toge".

Em Portugal, distingue-se tradicionalmente entre Toga



Alfredo Tranjan em traje de juiz. Presidente do Conselho Administrativo e juiz presidente e substituto para o primeiro, entre os membros do Conselho de Juizes do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, após o golpe de 1964. (Foto: Arquivo SACERJ)



(dos Advogados, “toga talar”, “toga forensis”, “traje de audiência”, “toga dos solicitadores”), e Beca (dos Desembargadores, dos Magistrados, “toga judiciária”, “hábito talar judiciário”). A expressão Beca é uma palavra circulante antiga, com raízes na centúria de quinhentos. Tem sido aplicada restritamente ao traje profissional dos magistrados

portugueses, sem generalização a advogados, solicitadores, oficiais de justiça, docentes e discentes da Universidade de Coimbra (ali, Hábito Talar, Loba e Mantéu, Capa e Batina), outras instituições universitárias, ou vestes do clero católico.

Segundo o advogado Sergio Couto, ex-Presidente da seccional paraense da Ordem dos Advogados do Brasil, chamam-se talares porque vão até aos tales, aos calcanhares ou tornozelos. Segundo ele, essa denominação se inspirou em Dionísio, divindade da mitologia grega conhecida em Roma como Baco, que possuía asas nos calcanhares, nos *talus*. Seu uso remonta aos sacerdotes da Roma antiga. Nas universidades, as vestes talares passaram a ser usadas a partir do século XIII, como forma de igualar a aparência entre os estudantes, fossem pobres ou ricos. Só o brilhantismo intelectual poderia pôr em destaque algum acadêmico, como assim se chamavam os estudantes universitários na época. A cor preta (ausência de cor) simbolizava a humildade que o estudante deve ter diante da grandeza da ciência (branco = a soma de todas as cores)<sup>1</sup>.

Quando ao modelo, as vestes brasileiras se inspiram nas portuguesas. José Graça Pereira faz referência à “beca dupla” generalizada aos Juizes Desembargadores portugueses por Filipe I em 1583, disposição reforçada pelo Alvará de 09/04/1600<sup>2</sup>:

*“O traje profissional, a beca, uma vestidura preta originariamente talar, feita de dois panos sobrepostos, com cinto também de pano, um cordão volteando o pescoço para cair, à frente, até à cintura onde exhibe uma borla. Dos ombros para trás, até à cintura, cai uma peça do mesmo tecido presa somente em cima, na linha dos ombros, dos quais pendem dois folhos, um de cada lado. Por uma questão de economia, as becas que geralmente se veem são mais simples do que a acima descrita. Em 1583, no tempo dos Filipes, foi imposta aos desembargadores a obrigação*

*de trajarem beca quando em serviço, institucionalizando-se o seu uso a partir dessa data”.*

A beca portuguesa filia-se na grande família dos hábitos talares laicos e religiosos euroasiáticos sobrevivendo da Idade Média. São flagrantes as semelhanças e os pontos comuns entre a antiga Loba católica e universitária (Coimbra, Salamanca, funcionários da corte papal, universidades históricas inglesas) e a *Toge* francesa, de figurino anterior a 1802, comum aos tribunais, universidades e pastores protestantes, com passagem pelas togas em uso na Bélgica, Suíça, Alemanha e Itália. Constituíram elementos comuns à maior parte das togas judiciárias e universitárias da Europa Continental<sup>3</sup>.

A arqueologia da vestimenta brasileira remete ao Decreto nº 393 - de 23 de novembro de 1844, que “*Concede aos Membros do Instituto dos Advogados Brasileiros, nesta Côrte, o uso de veste talar, e a faculdade de terem assento, no exercício do seu Officio, dentro dos cancellos dos Tribunaes.*”

*Querendo distinguir os Membros do Instituto dos Advogados Brasileiros, desta Côrte, pelos bons serviços que podem prestar, á bem da administração da Justiça; Hei por bem Decretar o seguinte.*

**Art. 1º** *Que nas funcções publicas de festividade nacional, e no exercício do seu Officio, em os Auditorios e Tribunaes, os Advogados Membros do referido Instituto e filiaes, usem de huma vestimenta talar, sem garnacha, de côr preta, de borla os Doutorados, e gorra os Bachareis Formados, na fôrma do figurino, que com este baixa; sendo porém de seda a vestimenta dos Conselheiros da Coroa, e Advogados do Conselho d’Estado, e de lã as dos outros, á excepção dos dias de Cortejo, em que todos poderão usar de vestimenta de seda, e os que tiverem Carta do Titulo do Conselho de capa por cima desta.*

**Art. 2º** *Que no exercício de seu Officio, tenham sempre huns e outros assento dentro dos cancellos dos Tribunaes.*

*Manoel Antonio Galvão, do Meu Conselho, Ministro e Secretario d’Estado dos Negocios da Justiça, o tenha assim entendido, e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em vinte e tres de Novembro de mil oitocentos e quarenta e quatro, vigesimo terceiro da Independencia e do Imperio.*

*Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.*

Mais recentemente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil baixou o Provimento Nº 08/1964, dispondo sobre o “modelo das vestes talares e das insígnias privativas do advogado”.

1 Disponível em: <http://www.oabpa.org.br/index.php/2-uncategorised/226-as-vestes-talares-e-as-cores-da-profissao> Acesso em 09/10/2019.

2 PEREIRA, José Graça. *Témis. A deusa da Justiça*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 188

3 Disponível em: <https://docplayer.com.br/68035632-Trajes-judiciais-portugueses-panos-para-um-patrimonio-vestimentario-a-beca-judicial-e-o-traje-dos-oficiais-de-justica.html> Acesso em 09/10/2019.



O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 18, incisos IX e XVI, da Lei no 4.215, de 27 de abril de 1963, e tendo em vista o decidido no Processo nº 814/1964 sobre o modelo das vestes talares e das insígnias privativas do advogado,

#### RESOLVE:

Art. 1º. O modelo das vestes talares do advogado, de uso facultativo nos pretórios ou nas sessões da OAB, consiste na beca estabelecida para os membros do Instituto dos Advogados Brasileiros pelo Decreto Federal nº 393, de 23 de novembro de 1844, com as seguintes modificações:

- a) supressão do arminho do gorro, da gravata e da tira de renda pendente;
- b) inclusão de duas alças de cordão grenat, grosso, pendentes sob a manga esquerda.

Art. 2º. A insígnia privativa do advogado obedece ao mesmo modelo da usada pelos membros do Instituto dos Advogados Brasileiros, feita a menção expressa da “Ordem dos Advogados do Brasil” em substituição ao nome daquele sodalício.

Art. 3º. A insígnia pode ser de ouro e esmalte ou de outro metal, com a forma de alfinete ou de botão para a lapela.

Art. 4º. Este provimento entra em vigor a partir da sua publicação no Diário Oficial.

Rio de Janeiro, 9 de julho de 1964.

Carlos Povina Cavalcanti, Presidente

Otto de Andrade Gil, Relator

Nehemias Gueiros, Revisor

(D.O. Estado da Guanabara, de 20.06.66, parte III, p. 7.962)

Assim, graças a Tranjan, agora todos sabemos um pouquinho mais sobre as origens da sisuda vestimenta, que representa a relevância das funções que nós, advogados, exercemos ao defender nossos clientes perante as Cortes de Justiça.

#### HOMENAGEM

Deputado Fabio Trad

A SACERJ presta sua homenagem ao aguerrido Deputado Fabio Trad (PSD/MS), pelo seu comprometimento com as questões relativas ao exercício da advocacia no Congresso Nacional. Entre outras intervenções, foi ele quem apresentou o Projeto de Lei nº 4.759/2019, minutado pela nossa associada Carmen da Costa Barros, que

visa alterar a Lei nº. 11.419, de 19/12/2006, tornando obrigatório que os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário se deem na forma presencial, vedando nas “ações criminais o julgamento por meio virtual ou em ambiente eletrônico”. O parlamentar também atuou intensamente na derrubada dos vetos presidenciais à nova Lei de Abuso de Autoridade, valendo-se para tanto dos comentários que lhe foram encaminhados pela SACERJ.



#### LA BOUCHE DE LA LOI

Charles-Louis de Secondat

O Barão de Montesquieu

Em 18.01.1689 nasceu no castelo de La Brède, perto de Bordeaux, Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, título nobiliário com que o escritor francês ficou conhecido na História. Havidor como um *libertin*, livre e jocosos pensador, teve tais qualidades expressas mais acentuadamente no livro *Cartas Persas* (1721), no qual abordou, em tom espirituoso, o relativismo que deprecia os valores sacros de uma civilização quando comparados com os de outra. Sua obra prima – *O Espírito das Leis* – em que examina três possíveis formas de governo: a democracia (república), a monarquia e o despotismo, veio a público em 1747, quando já contava com 58 anos de idade. Deveras, escrever o tratado não foi tarefa de iniciantes. Montesquieu viajara por toda Europa desenvolvendo seus estudos, vivendo por três anos na Inglaterra, período em que teve oportunidade de conhecer em profundidade o sistema de governo desse país. No prefácio do *L'Espirt des lois* rogou lhe fosse concedida a graça de não ser julgado por leitura de um momento o trabalho que levava vinte anos para concluir.

Em certa passagem da magnífica obra, destacou: “Nos estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos estados monárquicos, existe uma lei. E onde ela é precisa o juiz segue-a, onde não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei”. Mais



adiante, vaticinou: “Os juízes de uma nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei. São seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

Feito o preâmbulo e esclarecido o porquê do título da coluna, vai-se ao que interessa.

As decisões *monocráticas* estão na moda. Há alguns anos não se sabia ao certo o que era isso. Alterações legais e regimentais levaram os colunistas político-jurídicos a trazerem a invulgar expressão à luz. Agora o grande público sabe como, quando e porque os magistrados de órgãos colegiados se valem desse solitário caminho decisório. Talvez isso explique as razões pelas quais atualmente nossos juízes vêm imprimindo interpretações cada vez mais personalistas aos dispositivos constitucionais e legais que regem o País. São muito monocráticos os juízes de hoje.

Atento ao fenômeno, que se espera passageiro, o Boletim achou por bem criar esta coluna e batizá-la com o título *La bouche de la loi*. Pretende-se não apenas destacar expressões pitorescas com que os juízes lavram suas personalíssimas decisões, mas também pinçar frases ou palavras marcantes pronunciadas em palestras, entrevistas e outras manifestações públicas. O redator da coluna, que conta com a colaboração dos leitores para ajudá-lo, selecionou para esta edição algumas passagens.

**Fundamentação:** é obrigação constitucional de todos os magistrados ao proferirem seus julgados. Uma das mais significativas fundamentações veio em sentença prolatada em 2017 pelo juiz Carlos Otávio Teixeira Leite, da 4ª Vara de Família do Rio, só divulgada no ano em curso, depois de ter sido desconstituída pelo Tribunal de Justiça. Para conceder a guarda de uma criança em favor do pai, um militar residente na cidade catarinense de Joinville, o magistrado considerou que a mãe do menino, desafortunada moradora da Favela da Maré, “reside em área perigosa do Rio de Janeiro” e que essa cidade “tornou-se uma sementeira de crimes, havendo para todos o risco diuturno de morrer”.

Pois é, Excelência, o velho Riobaldo já advertia - *Viver é muito perigoso*.

**Certo e errado:** Outra manifestação a ser destacada na coluna provém de Luiz Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi pronunciada em palestra ministrada na Associação Comercial e Industrial de São José dos Campos. Discorrendo sobre as conversas eletrônicas nada republicanas descortinadas pelo *site*

jornalístico *The Intercept Brasil*, cujos originais estão agora acautelados no próprio Supremo Tribunal Federal, o ex-advogado carioca disse que nos tais diálogos, “há mais fofoca do que fatos relevantes, apesar do esforço de se maximizarem esses fatos”. Para concluir seu raciocínio, S. EXª se valeu de extrema percuciência: “Com um detalhe, e, se tiver alguma coisa errada, o que é certo é certo, e o que é errado é errado”.

Falou e disse.

**Supremacia:** O Presidente do Senado Federal, Davi Alcolumbre, considerou que a busca realizada no gabinete do líder do governo no Senado, Fernando Bezerra, determinada pelo Ministro Barroso, configuraria interferência abusiva do Poder Judiciário no Legislativo. O magistrado reagiu: “Só faço o que é certo, justo e legítimo”.

O Boletim ficou em dúvida: se há no Supremo um Ministro que não erra, é sempre justo e só age legitimamente, por que manter outros dez magistrados na Corte?

**A saia e o discurso.** A juíza-diretora do fórum na cidade de Iguaba Grande, localizada na Região dos Lagos (RJ), Maíra Valéria Veiga de Oliveira, afixou um aviso com uma foto de referência na entrada do tribunal e autorizou seguranças a medirem as roupas das advogadas com régua: se a distância entre a barra da saia e o joelho ultrapassasse cinco centímetros a advogada não passava da porta. S. EXª, contudo, não indicou em sua decisão nenhuma normativa que regulasse com precisão o comprimento dessa indumentária, causando celeuma entre as advogadas frequentadoras daquele fórum.

Fica-se aqui com José de Alencar, grande escritor brasileiro do século XIX, que dá a medida certa das vestes femininas, ao comparar o traje das mulheres aos discursos: “Todo discurso deve ser como o vestido das mulheres; não tão curto que nos escandalizem, nem tão comprido que nos entristeçam”.

## UM MINUTO DE SILÊNCIO

Ubyratan Guimarães Cavalcanti

Faleceu no último dia 10/09/2019, aos 80 anos, o advogado criminal Ubyratan Cavalcanti. Reconhecido pelos seus pares pela cordialidade, Ubyratan foi Diretor do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) por diversas gestões, apenas afastando-se dessa entidade por problemas de saúde decorrentes de acidente de





trânsito que o vitimou gravemente. Em 2018 recebeu do IAB a Medalha Levi Carneiro, comenda concedida àqueles que têm mais de 30 anos de filiação e destacada vida associativa. Estudioso da legislação penal para drogas, chegando a integrar o Conselho Municipal Antidrogas,

publicou diversos artigos e ministrou palestras sobre o tema, adotando posição conservadora.

A SACERJ presta homenagem a esse valoroso advogado, que sempre honrou a profissão, foi leal com seus colegas e generoso com seus amigos.

### REUNIÃO DO CONSELHO CONSULTIVO

A reunião do Conselho Consultivo da SACERJ, havida em 05/09/2019, foi bastante concorrida, contando com a animada presença dos conselheiros Nilo Batista, Juarez Cirino, Juarez Tavares, Déa Rita Matozinhos e Carmen da Costa Barros, assim como do Presidente Alexandre Moura Dumans e dos diretores Luciano Saldanha Coelho, João Carlos Castellar, Katia Tavares, João Bernardo Kappen, Carlos Bruce Batista e Maria Clara Batista,

Já de início, o Presidente Alexandre Moura Dumas clamou os associados a imaginarem os objetivos da SACERJ. Penso, prosseguiu inspirado, “que devemos ter energia assaz grande para sermos fiéis às mesmas ideias – ideias estatutárias e ideias supervenientes –, probos para não nos trairmos uns aos outros – reconhecimento da existência dos nossos conflitos e aceitação de resolvê-los internamente –, políticos para dissimularmos os laços que nos unem – discricção em nossa atuação e reconhecimento da pequenez numérica da advocacia criminal, mercado dominado por famílias tradicionais, com atuação no ramo há mais de 50 anos –, fortes para nos colocarmos acima de todas as leis, audaciosos a ponto de tudo emprendermos e felizes de modo a obtermos êxito em nossos desígnios – incrementar nosso conagraçamento social. Nossos instrumentos são opinar – por meio de notas de apoio ou de repúdio – a respeito de assuntos

correntes ligados ao Direito Penal, ao Direito Processual Penal ou à Criminologia; criar programas para o nosso canal do *Youtube*, produzir textos para o nosso Boletim e promover eventos recreativos com música, dança ou qualquer outra manifestação artística, para gáudio de nossos associados e associadas”. As palavras mereceram caloroso aplauso.

Em seguida, o Conselheiro Juarez Cirino sugeriu que a SACERJ se posicionasse em relação ao plea bargain, através de nota a ser enviada aos deputados e senadores, e que se fizesse um painel sobre colaboração premiada e plea bargain com o objetivo de produzir um documento conclusivo. A sugestão foi acolhida e evento com essa finalidade está sendo programado. O Conselheiro Nilo Batista sugeriu que a SACERJ elaborasse documento a favor da lei contra abuso de autoridade, pedindo aos congressistas que os vetos procedidos pelo Presidente da República fossem derrubados. Tal documento foi redigido e encaminhado por meio de ofício aos Presidentes das duas Casas do Congresso Nacional, que rejeitaram muitos dos vetos presidências. Tal documento está disponível na página da SACERJ na rede mundial de computadores (confira em: <http://www.sacerj.com.br/index.php/notas-e-avisos/43-comenta-rios-aos-vetos-a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>)



## ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA

No dia 15/08/2019, foi realizada, na forma estatutária, a assembleia geral ordinária da SACERJ. Contando com a presença de representativo grupo de associados, além de deliberar acerca de questões administrativas atinentes à sua regularização perante o Registro de Pessoas Jurídicas, o que se deve ao especial empenho do Presidente Alexandre Moura Dumans, aprovou-se seu Regimento Interno, o que foi um grande avanço para as atividades

da SACERJ, normativa que conferirá maior agilidade à Diretoria para a tomada de decisões.

Tal documento está disponível aos associados na página da SACERJ na rede mundial de computadores: <http://www.sacerj.com.br/images/sacerj/RegimentoInterno.pdf>. O evento se realizou no Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, agradecendo-se à sua Presidente, Rita Cortez, pela cessão não onerosa do espaço.



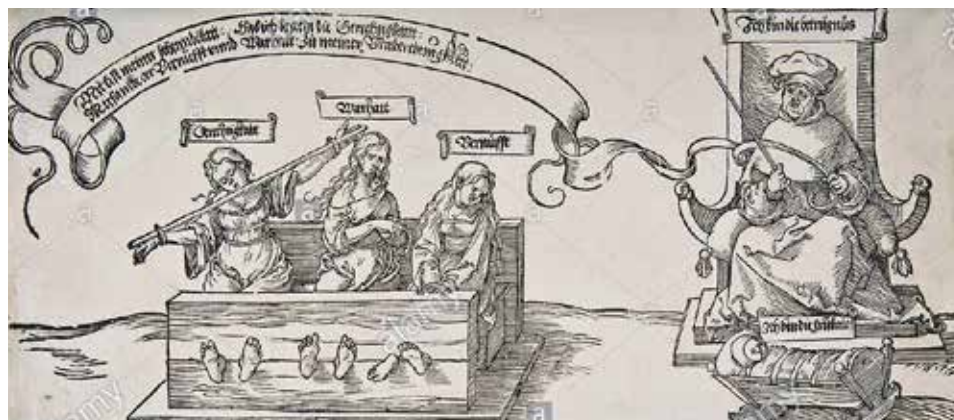
## SEMELHANÇAS E COINCIDÊNCIAS ATRAVÉS DOS TEMPOS

### El Tapiz en Michelfeld

Albrecht Dürer (Nuremberg, 1471-1528) foi gravador, pintor, ilustrador, matemático e teórico de arte alemão e, provavelmente, o mais famoso artista do Renascimento nórdico, tendo influenciado artistas do século XVI no seu país e nos Países Baixos. A gravura abaixo reproduzida data, aproximadamente, de 1524. Vê-se a Justiça aprisionada num cepo junto com a Verdade e a Razão; ao lado

delas, domina a cena um homem com a vara de juiz, identificado como “Trapaceiro”; a glosa dá conta de que este mendaz magistrado foi quem conjurou ao cepo as três virtuosas figuras. Hoje em dia não é assim!

Disponível em: <https://www.alamy.es/foto-el-tapiz-en-michelfeld-nd-xilografia-hoja-5-14-x-12-pulg-133-x-305-cm-imprime-alberto-durero-en-aleman-nuremberg-162485600.html>, acesso em 10/09/2019 (*down load* da imagem para uso exclusivamente editorial)







## ARTIGOS

### DELATOR NA FORMA DA LEI

#### Herói ou vilão?

Por Dea Matozinhos\*

Informante, X-9, alcagete, traíra, *rat*, *mouche*... assim são chamados, aqui e alhures, os que passam informações à polícia a troco de alguma recompensa ou facilidade. Não se pode negar que alguns casos são esclarecidos na fase policial com a utilização de informantes. Por outro lado, também são conhecidos episódios em que o alcagete se traveste de policial, autorizado informalmente a participar de diligências, não raro criando sérios problemas.

Mas o personagem que agora nos interessa é o delator na forma da lei.

Em 2 de agosto de 2013 foi promulgada a Lei 12.580, que “Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal”, altera o Código Penal e revoga a Lei 9.034 de 3 de maio de 1995, entre outras providências. As novidades trazidas pela nova lei estão elencadas no art. 3º, assim: I - colaboração premiada - II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

As palavras escolhidas - “colaboração”, “colaborador” - são simpáticas, causam boa impressão para o que é, no fim de contas, uma alcaguetagem em nome da lei, erigida a começo de prova e, quando mal utilizada, verdadeiro meio de prova por si só.

Simplificando, sustenta-se que o fim justifica o meio, e o instituto veio para ficar.

Não obstante, acaloradas discussões continuam, envolvendo não só a credibilidade, mas também a moralidade da delação premiada.

Alguns colegas sustentam que a delação premiada é imoral e, em assim sendo, não deveriam aceitar a defesa da pessoa que deseje fazer uso da delação premiada, uma vez que estariam traindo seu compromisso ético. De outro lado, colegas sustentam que, sendo o instituto previsto em lei, não haveria ferimento ao Estatuto, pois o que se rejeita são os meios ilegais da coleta de prova e argumentam com a legalidade do instituto que pode levar à solução de casos que, de outro modo, não seria alcançada.

Em que pese o respeito devido a ambas as correntes, penso que o instituto pode ter seu valor, porém não com a amplitude de emprego que lhe confere a legislação atual.

É meu entendimento que a delação premiada somente deveria ser utilizada quando o objetivo não pudesse ser atingido através de outros meios de prova e - o que seria fundamental - **que o bem-jurídico fosse de tal maneira superlativo** - que justificasse a aplicação de instituto de ética duvidosa, para dizer o mínimo, se utilizado indiscriminadamente. Como exemplo, lembro os crimes de sequestro e cárcere privado, extorsão mediante sequestro, incêndio criminoso, alguns casos de homicídio qualificado, perpetração de chacina e formação de quadrilha para tais fins.

Já nos casos - exemplificadamente - de crimes contra a ordem econômica e financeira e crimes contra a administração pública, são tantos os órgãos fiscalizadores - pelos quais o contribuinte paga altos impostos, é bom lembrar - nos âmbitos municipal, estadual e federal, e que detêm ou têm à disposição amplos meios de investigação, autorizados na própria lei especial. Relembremos os principais órgãos nacionais e controle: **Controladoria Geral da União (CGU); Departamento de Polícia Federal (DPF); Tribunal de Contas da União (TCU); Ministério Público de Contas (MPF) e Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).**

E há mais, pois dispõe-se ainda da **Rede Nacional de Informações e Estratégias para o Controle Externo das Contas Públicas.**

No plano estadual, usando o Estado do Rio de Janeiro como exemplo, tem-se a Rede de Controle da Gestão Pública, com o objetivo de “*ampliar e aprimorar, de modo expresso e efetivo, a integração entre as instituições e órgãos públicos partícipes, nas diversas esferas da*

1 \* Advogada criminalista e Mestre em Ciências Criminais (UCAM)



*Administração Pública com atuação no Rio de Janeiro, com o intuito de aderir à Rede de Controle da Gestão Pública ao diagnóstico e combate à corrupção, ao incentivo e fortalecimento do controle social, ao tráfego de informações e documentos, ao intercâmbio de experiências e à capacitação de seus quadros”, com vigência, ao que se saiba, pelo menos até o último dia 29-06-20.*

Com tudo isso, com todos esses órgãos e custo para a administração, ainda precisamos de delação premiada para esclarecimento de casos de crime de corrupção? De que vale todo o investimento nos órgãos de controle, susten-

tados com os tributos pagos pelo cidadão?

Estou convencida de que a delação premiada do “arrepentido” pode ser reservada para os casos de risco iminente de perecimento de vidas, conforme acima registrado. No mais, o instituto deve ser banido, seja pela possibilidade de controle e verificação através dos meios acima citados, seja em nome da ética. É esta postura que devemos cobrar dos políticos que elegemos e cujos vencimentos pagamos. Digo não ao caminho adotado pelo legislador, caminho estreito mas de duvidosa moral: a do delator na forma da lei.

## VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA<sup>1\*</sup>

Por André Nascimento

I

Diversos questionamentos suscita a delação (ou colaboração premiada). Bitencourt e Busato opõem-lhe severa reprovação ética afirmando que “não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência” (2014, p. 117)<sup>2</sup>. No que se refere à personalidade do delator, Rodríguez vislumbra uma

contradição no fato de a lei premiar com redução da pena ou perdão judicial aquilo que nada mais é do que expressão de um predicado negativo do réu – a “personalidade traidora” (2018, p. 206) – que deveria, segundo o art. 59 do CP, justificar o recrudescimento da punição.

Sob o ângulo constitucional, Jacinto Miranda Coutinho anota haver “pouquíssima dúvida (...) de que o instituto é inconstitucional, como se coloca hoje”, acrescentando que é “prejudicial à estrutura democrática da sociedade” (2006, p. 8). Ainda sob perspectiva constitucional, Gomes Canotilho e Nuno Brandão entreveem violação à garantia constitucional do juiz natural na prática, já consolidada entre nós, de centralização do juízo homologatório do acordo em uma única autoridade judicial (que posteriormente compartilhará a prova eventualmente produzida com os juízos que venham a se relevar competentes, de acordo com as regras do CPP, para processar e julgar crimes e comparsas porventura delatados), pois, para ambos os autores portugueses, “deve haver uma relação de congruência subjetiva entre o ato de homologação da colaboração premiada e o ato da efetivação dos benefícios prometidos” (2017, p. 161).

Outro aspecto controvertido, sem dúvida um dos mais relevantes, é a regulamentação insuficiente da delação premiada, sobretudo no que diz respeito à etapa de negociação de revelações e prêmios. No ponto, Domenico reconhece que “ainda há muito a conhecer e regular”, sendo que a falta de regulamentação de “inúmeros aspectos” é precisamente o que “torna a colaboração premiada um tema bastante tormentoso” (2017, p. 105). Neste universo regulatório insuficiente, prossegue Domenico, faltam “garantias à sua soberania e à regulamentação do processo em si”, especialmente “para que se encontrem mecanismos que resguardem a segurança jurídica às partes do acordo” (*ibidem*). Quando fala na

1 \* O presente trabalho é uma adaptação da palestra ministrada no seminário “Delação Premiada – Doutrina e Jurisprudência”, realizado pela Comissão de Defesa do Estado Democrático de Direito da OAB/RJ no dia 23 de agosto de 2019.

2 Esse argumento ético introduz interessante discussão, que não será aprofundada aqui por fugir ao tema do presente trabalho, concernente à *irretroatividade* da lei 12.850/13. Explica-se, com o auxílio de Víctor Gabriel Rodríguez, formulador do criativo raciocínio: “sob o ponto de vista do delatado”, inicia o autor, “o prêmio ao delator é uma ruptura das regras que incidem no momento do planejamento criminoso”. Daí decorre a conclusão de que o cerne da delação premiada, segundo Rodríguez, não se esgota na “mera introdução de um novo método de obter provas”, desiderato que, se fosse o único, conferiria à citada lei natureza exclusivamente processual, mas também abarca “uma mudança nos valores que formam o Estado, incidentes, para o delatado, no momento do planejamento criminoso, em todas as regras de garantias vigentes na formação das relações de autoria e participação”, o que vem salientar a natureza adjetiva da lei em exame. Possuindo natureza penal e processual penal, se a lei 12.850/13 “alcançar delitos em que o concerto de agentes – que é sua premissa – ocorrerá antes da vigência da lei, confronta a irretroatividade da lei penal mais benéfica” (2018, p. 205).



“regulamentação do processo”, a autora parece ter em mira precisamente a fase de negociação, a respeito da qual a lei 12.850/13 nada dispõe. Depois de registrar a inexistência de disciplina legal sobre “como as negociações acontecem”, Moraes da Rosa alude ao movimento atual de discussão de “alterações legislativas para conferir transparência e certeza ao modo como são produzidas delações premiadas, dado que a base normativa é incapaz de descrever ‘como’, ‘em quais condições’ e ‘com quais critérios’ pode-se obter a convergência de interesses” das partes envolvidas na “compra e venda de informações (provas) de posse do delator” (2018, pp. 81 e 83). A preocupação certamente não é descabida, pois a negociação da colaboração tem relação direta com a futura prova a ser produzida e, naturalmente, com sua credibilidade. Uma disciplina legal da negociação deve buscar assegurar, acima de tudo, uma posição de neutralidade da parte do órgão persecutório com o qual se negocia a colaboração, assunto que será abordado adiante. Vasconcellos manifesta essa mesma preocupação enfatizando “a importância de determinar pautas para controlar a vontade do órgão acusatório a fim de aceitar ou não o acordo de colaboração do acusado”, em função da “cristalina abusividade de uma eventual discricionariedade plena do membro do Ministério Público” (2018, p. 130).

Outro aspecto que uma regulamentação legislativa mais minuciosa deveria perseguir é a possibilidade de impugnação do acordo pelo delatado. No julgamento do HC 127.483/PR, que até o momento sintetiza o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da colaboração premiada, o Tribunal Pleno deixou assentada a inadmissibilidade de tal impugnação sob o inconvincente argumento de que se trata de “negócio jurídico processual personalíssimo”. Esse entendimento é equivocado, e não é necessário muito esforço para se entender por quê. Se, como explica Vasconcellos, “o benefício/prêmio oferecido pelo Estado ao colaborador se caracteriza como um incentivo à incriminação de terceiros” (2018, p. 119), sendo este um dos motivos que torna aprioristicamente suspeito o depoimento do delator, “resta evidente que ao Estado deve ser vedado premiar acusados com incentivos ilegais”, donde provém o interesse dos corréus delatados no conteúdo do acordo, “pois são claros o potencial prejuízo causado pelo auxílio de colaborador à persecução estatal e a possibilidade de sua evitação por meio da impugnação ao acordo da colaboração premiada” (*ibidem*). O objetivo, na certa dicção de Walter Barbosa Bittar e outros, é “evitar a corrupção dos imputados por meio do oferecimento de prêmios desmedidos”, já que “o ofere-

cimento de benefícios ilegais no acordo ao colaborador (...) poderá interferir na esfera dos delatados” (2019, pp. 20 e 21). Gomes Canotilho e Brandão são categóricos ao sustentar a “proibição de valoração” das declarações do delator quando se lhe foram prometidos “benefícios destituídos de fundamento legal” (2017, p. 167).

Ressalvas e críticas à parte, há aqueles que saúdam a colaboração premiada. Marcelo Mendroni rechaça a censura ética dirigida ao instituto com uma consideração que parece se fundar na ponderação de valores: além de se tratar de um “instrumento previsto em lei”, sustenta o autor, deve-se reconhecer “a finalidade de tornar mais eficiente a aplicação da justiça, exatamente nos casos considerados mais graves, que abalem de forma mais agressiva a ordem pública” (2012, p. 89). O argumento utilitário também seduz Domenico: na nova era da persecução penal, acredita a autora que “a colaboração premiada se revelou um grande meio de apuração, coleta e obtenção de prova”, sem o qual “não se teria chegado à verdade hoje conhecida em nosso país” (2017, p. 105). Para Valdez Pereira, o cenário de “proliferação dos delitos de natureza associativa” conduziu a “uma quase imposição legislativa e probatória assentada no incentivo a colaborar direcionado aos próprios participantes nas associações delituosas, o que acaba por se constituir no mecanismo probatório mais relevante na busca de acerto dos fatos” (2018, p. 121).

É explicável que, embora a colaboração premiada já estivesse presente entre nós em inúmeros diplomas legais editados nos anos 1990 e 2000, seu tratamento mais detalhado só tenha vindo com a edição da lei 12.850/2013, que “define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado” (art. 1º). Tomando por base o passado recente, foi na repressão à chamada “criminalidade organizada” que a utilização da colaboração premiada passou a se disseminar na atividade persecutória dos EUA e de alguns países da Europa. Registra Natália Carvalho que foi no movimento generalizado de recrudescimento das legislações processuais penais, “visto como um reflexo direto da expansão descontrolada da cultura de emergência”, que a delação premiada ganhou vigor, tornando-se “um dos mais importantes instrumentos de combate ao terrorismo e ao crime organizado” (2009, p. 78). Especificamente no que diz respeito ao crime organizado, a virtude da delação premiada estaria em estimular a “infidelidade entre os agentes” como meio de alcançar “a ruptura dos



códigos de honra”, gerando, assim, o desmantelamento dessas organizações (GUIDI, 2006, p. 145). Além desses, é sempre lembrado o argumento utilitarista: “para esclarecer com relativa possibilidade de êxito os ilícitos praticados por associações criminais”, pontua Valdez Pereira, fez-se indispensável “assumir um ponto de vista, de algum modo, interno à teia das relações delituosas, como forma de decifrar condutas e eventos multiformes e, muitas vezes, fragmentados em etapas de aparente licitude, e que se tornam criminosas ante o intento predisposto pelos envolvidos” (2018, p. 124).

Talvez involuntariamente, Valdez Pereira toca no maior risco contido na colaboração premiada: o de proporcionar ao delator a oportunidade de ser uma espécie de instrumento artificial de criminalização, e não um meio de obtenção de prova, só para fazer jus a generosos benefícios legais. Uma coisa é o delator revelar informações até então desconhecidas das agências de persecução (de preferência indicando os elementos que as corroboram), ou decifrar o conteúdo de um documento ininteligível; outra coisa, muito distinta, é o delator dar a *aparência* de revelação de fatos para o que não passa de uma *leitura criminalizante* de fatos que parecem lícitos – dizer que uma doação oficial de campanha constituiu, na verdade, propina para o parlamentar, ou que determinado bem, que está em nome de alguém, na verdade pertence a outrem, ou que o delatado tinha consciência da proveniência ilícita do bem que se diz ter sido “lavado”. Essa segunda utilização representa um claro desvirtuamento do instituto.

O risco indicado acima se relaciona intimamente com o aspecto mais desafiador da colaboração premiada – o *merecimento probatório* das declarações do colaborador. Mecanismo necessário para aplicação do direito penal material (*nulla poena sine iudicio*), o processo penal é composto por atos encadeados teleologicamente, que colimam a reconstrução histórica do fato submetido a julgamento, razão pela qual a principal atividade desenvolvida no processo gira em torno daquilo a que a doutrina processual chama de procedimento probatório. É no processo que se dá a interação entre a garantia constitucional da presunção de inocência, de um lado, que “funda o estado original de incerteza que marcará a persecução penal” (Prado, 2014, p. 17) e o devido processo legal, de outro, que exige um “processo que se caracteriza *ab initio* pela incerteza e que reclama a produção da certeza como meta”, garantindo ao mesmo tempo que essa atividade de reconstrução histórica

se realize “em harmonia com preceitos que assegurem a dignidade da pessoa” (*ibidem*). O procedimento probatório, que consiste basicamente em um conjunto de direitos conferidos às partes, que vão desde o direito à investigação até o direito à valoração das provas (Gomes Filho, 1997, pp. 86-88), é disciplinado por regras cuja função, por um lado, é estabelecer limites à atividade probatória das partes processuais e, por outro, assegurar a qualidade da prova. A qualidade da verdade sobre a qual o juiz se debruçará para arbitrar uma decisão ao conflito penal é questão da máxima relevância pois diz respeito diretamente à justiça dessa decisão.

Essas considerações introdutórias permitem que nos aproximemos do tema que é objeto do presente trabalho – o merecimento probatório das declarações do colaborador. A premissa com que se trabalha aqui é que o déficit de informação que torna necessária a colaboração premiada é o mesmo fator que a torna uma prova por si só suspeita. Na certa observação de Bottino (2016, p. 383), esse déficit de informação entre órgãos de persecução penal e o indiciado/acusado a respeito da atividade criminosa é um estímulo para falsas delações, uma vez que “a probabilidade de que se identifique a falsidade de suas declarações é pequena”; trata-se, na verdade, de um cálculo em que o delator cotejará os benefícios almejados e o possível custo de informações falsas. A propósito, vale lembrar a lição de J. Heydon, citada por Valdez Pereira: “*an accomplice is not merely a witness with a possible motive to tell lies about an innocent accused but is such a witness peculiarly equipped, by reason of his inside knowledge of the crime*” (2018, p. 137, nota de rodapé nº 47). Em suma, a negociação com o colaborador entabulada a partir de necessidades probatórias específicas da investigação (a revelação da participação de determinada pessoa na empresa criminosa, p. ex.), algo perfeitamente possível no vácuo de regulamentação ora observado, embora absolutamente indesejável, cria as condições objetivas para as “narrativas de chegada”, espirituosa expressão cunhada pelo colunista Reinaldo Azevedo para retratar aquelas situações verificadas em diversos processos de colaboração, onde, ante a insuficiência das revelações iniciais do aspirante a delator, este vai calibrando suas afirmações de modo a atender às expectativas persecutórias.

||

A delação de corréu é um fenômeno conhecido da doutrina processual penal, muito embora os manuais docu-



mentem a dificuldade em conceituá-la no quadro geral dos meios de produção de prova. Não se trata de um testemunho, pois esse meio de prova exige alguém equidistante das partes e desinteressado na solução da demanda. Tampouco se trata de confissão, pois, ao atribuir a outrem o cometimento do crime, o corréu delator age como se fosse testemunha (Badaró, 2015, p. 450). A doutrina nunca foi muito além de considerá-la uma “prova anômala” (Camargo Aranha) ou um “anômalo testemunho” (Tourinho Filho), com escassas repercussões práticas no procedimento probatório em si. Muñoz Conde observa certamente que as dificuldades da doutrina processual em conceituar juridicamente as declarações do corréu espelham fielmente as dificuldades de que se ressentia a mesma doutrina na valoração de tal prova (2007, p. 76). Seja como for, parece ter alcançado ares de consenso que, uma vez vedada a inquirição do corréu delator como testemunha, sua delação só poderia ser valorada se fosse submetida ao contraditório.

Os cuidados em torno da prova decorrente da colaboração premiada se explicam pelo *risco de erro judiciário*, quando a fonte da prova é um comparsa do delatado. Se, ainda no marco da chamada de corréu já se condicionava sua eficácia jurídica como meio de prova a três requisitos básicos – 1) haver o delatado confessado sua participação no crime; 2) que a delação encontrasse amparo em outros elementos de prova contidos no processo e 3) no caso de delação extrajudicial, que tivesse sido confirmada em juízo – os cuidados são muito mais explicáveis no caso da colaboração premiada, pois ao *status* de interessado no desfecho do processo se soma o esforço de fazer jus aos benefícios (“prêmios”) negociados com as agências de persecução penal.

Em uníssono a doutrina externa preocupação com a chamada de corréu. Leone se referia a esse meio de prova como “*uno de los momentos más angustiosos de muchos procesos penales*” (1963, p. 186), enquanto Florian se referia à questão como sendo “*assai delicata*” (1924, p. 44). A extrema cautela dos Magistrados na valoração desse meio de prova se deve, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, a um motivo singelo: “*falta à palavra do agente que incrimina outro qualquer lastro de credibilidade*” (1998, p. 351). É um meio de obtenção de prova sobre o qual, via de regra, incide uma “*sospecha objetiva de indución policial o una sospecha objetiva de parcialidad en el coimputado*” (1999, p. 299), conforme frisa Carlos Climent Durán, juiz em Valência.

Malogradas as ressalvas, o Tribunal Supremo espanhol é

“*más receptivo a admitir la declaración inculpativa del coimputado como prueba calificándola de ‘testimonio impropio’, aunque con todo tipo de reservas*” (Muñoz Conde, 2007, p. 80). Na Argentina, por outro lado, o entendimento predominante é a de que as declarações do corréu constituem um indício, em linha com o vetusto entendimento dos práticos, que emprestavam a força do indício a todas as provas que se apresentassem “*debilitadas*” – “*toda prueba ‘imperfecta’ o ‘débil’ era un indicio*”, é o que anota Libarona (2009, p. 56). A Suprema Corte brasileira, antecipando a regra probatória que viria a se cristalizar na lei 12.850/13, tinha posição firmada no sentido de que “*a chamada de corréus, tratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação*”, muito embora não se pudesse negar sua validade como “*elemento ancilar da decisão: o fato de não se prestarem como testemunhos ou como fundamentos suficientes para a condenação não afastam sua validade como indícios, provisórios que sejam*” (1ª T., HC 90.708/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.abr.07, p. 103).

Atribuir-se à delação do corréu o mesmo peso probatório do indício é de todo equivocado, sob diversos ângulos. O indício é composto pela prova de determinado fato, que, por meio de raciocínio dedutivo, permite concluir a existência de outro fato. É uma prova indireta, portanto, diferentemente das declarações do corréu que são, ou pelo menos deveriam ser, prova direta. Além disso, a eficácia probatória do indício não é condicionada por elementos de corroboração, mas pela certeza da relação de causalidade (ou da regra da experiência) sobre a qual se apoia a dedução do fato probando, bem como pela inexistência de contra-indícios ou contramotivos. Já a eficácia probatória da delação está inteiramente condicionada à corroboração, por força de disposição legal expressa (art. 4º, § 16, da lei 12.850/13), porque o aspecto crucial que a caracteriza é a falta de credibilidade inicial. Não se trata, na delação, apenas de dar ao julgador a certeza da ocorrência do fato ou corréu delatado, mas, sim, de torná-la dotada de carga persuasória suficiente para superar o estado constitucional de inocência.

Deixando de lado idiosincrasias doutrinárias e sobretudo jurisprudenciais, hoje superadas, parece claro que, tanto aqui quanto na Europa continental, a partir da constatação do valor probatório relativo, ou reduzido, nunca se reconheceu à chamada de corréu força suficiente para superar a presunção de inocência do delatado.

O figurino da chamada de corréu, como se vê, pode ser



aproveitado para a valoração das declarações do colaborador premiado, como se deu na Itália, cujo CPP, em seu artigo 192, § 3º, preconiza que as declarações do corréu, ou de pessoa acusada em processo conexo, somente devem ser valoradas diante de outros elementos de prova (*“altri elementi di prova”*) que confirmem sua atenuabilidade. A norma processual penal italiana, conforme observa Valdez Pereira, vale tanto para a *chiamata in correità eteroaccusatoria* como para a *dichiarazione dei collaboratori di giustizia* (2018, p. 140). A partir daí, portanto, pode-se depreender as duas premissas fundamentais que balizam a valoração das declarações do colaborador premiado.

A primeira premissa parte da irrelevância do *status* processual que se outorgue ao colaborador, que nem sempre será réu na ação penal intentada contra o delatado, embora necessariamente se trate de pessoa envolvida na(s) infração(ões) penal(is) sobre a(s) qual(is) versa(m) sua colaboração. Como estatuído no § 4º do art. 4º da lei 12.850/13, o colaborador que não seja líder da organização criminosa e/ou seja o primeiro a “prestar efetiva colaboração” poderá não ser denunciado. Independentemente do *status* processual, trata-se de alguém sobre quem recai uma *suspeição originária* por conta de sua posição de sujeito interessado no resultado da causa.

A segunda premissa é assim enunciada por Libarona: *“es preciso recordar que la declaración acusatoria brindada por el coimputado genera sospechas y carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única no resulta corroborada por otras piezas de convicción”* (2009, pp. 186-187). A valoração da prova, via de regra, é atividade a ser feita pelo juiz com a maior liberdade possível, exigindo-se dele apenas que motive a decisão. A despeito disso, há alguns *standards* probatórios na legislação, que, por motivos diversos, temperam a regra do livre convencimento motivado: prova da materialidade a ser feita pelo exame de corpo de delito (art. 158 CPP), inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 157 CPP), entre outras. A regra da corroboração das declarações do colaborador, prevista no art. 4º, § 16, da lei 12.850/13, é uma dessas poucas regras probatórias que, “a partir de uma atenuação dos efeitos probatórios atribuídos ao conhecimento exposto pelo colaborador” (Pereira, 2018, p. 136), excetuam a regra do livre convencimento motivado, estabelecendo “um sistema de prova legal negativa” (Boeto e Silva, 2018, p. 160) que tem seu fundamento precisamente no selo de *suspeição original* que marca as declarações do colaborador.

O principal motivo dessa *suspeição* vem, naturalmente,

do incentivo premial, sobretudo em um modelo, como aquele instituído pela lei 12.850/13, no qual “o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados” (art. 4º). O § 1º do mesmo dispositivo volta a frisar que a concessão do benefício pactual depende, entre outros fatores, da “eficácia da colaboração”. Um dos mais influentes estudiosos da prova, Gorphe advertia que que *“de una manera general, cabe decir que, cuanto más apremiante haya sido el interrogatorio, menos segura es la confesión, carente al menos de toda espontaneidad y quizá de convicción”* (2007, p. 201). Em idêntica chave, outro clássico tratadista da prova, Malatesta, frisava que a *suspeição* em torno da delação do corréu “se tornará imensa quando prometida a impunidade pela revelação dos cúmplices”, uma vez que, prosseguia o autor italiano, “o impulso para mentir é tão forte que a lógica se opõe a fazer menção de tal chamada de cúmplice, cujo preço é a impunidade do delator” (1995, p. 209). O risco, por demais evidente, como acentuam os já citados Bitencourt e Busato, é que “certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja” (2014, p. 117). A colaboração ou a delação premiada requer a vinda de informações úteis ao feito” (2015, p. 205), foi a forma encontrada por Fausto Martins de Sanctis para explicar que o tipo de benefício depende diretamente do que vier a ser revelado. Na jurisprudência encontram-se diversos arestos a respeito. Certa feita, decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal que “o perdão judicial, quanto ao crime praticado pelo colaborador, é norteado pelo alcance do que por este veiculado” (HC 129.877/RJ, rel. Min. Marco Aurélio). No repertório da 2ª Turma do Pretório Excelso tem-se acórdão que assentou que “o não reconhecimento da colaboração premiada prevista no § 5º do art. 1º da Lei 9.613/1998 deu-se em razão da não contribuição do paciente para configuração da materialidade do crime de lavagem de dinheiro” (AgRg no HC 134.190/SP, rel. Min. Gilmar Mendes).

III

Na dicção do art. 3º, inc. I, da lei 12.850/13, a colabora-



ção premiada é, acima de tudo, um meio de obtenção de prova. Sua vocação, portanto, não está em servir como elemento de convencimento do juiz a respeito da culpa do delatado, mas, ao revés, em iluminar o caminho para as agências de persecução penal no que se refere à descoberta de provas incriminatórias que não estejam marcadas pelo selo da suspeição. No entanto, não há impeditivo legal à valoração das declarações do delator. Nessa esteira, diz o artigo 4º, § 16, da lei 12.850/13 que tais declarações incriminatórias poderão fundamentar um decreto condenatório quando a elas se somar pelo menos outra prova.

A corroboração externa, no entanto, é apenas o terceiro e último estágio da atividade de valoração das declarações do colaborador, que se inicia com o exame da “credibilidade do declarante” e é seguida pela avaliação da “fidedignidade interna dos relatos” (Pereira, 2018, p. 137), cabendo salientar que há “uma relativa independência” (*ibidem*) nesse processo tripartido. Um relato carente de fidedignidade interna – seja porque o delator apresentou versões distintas em seus diversos depoimentos, seja porque só revelou determinados fatos depois de depurado com outra prova que acentuasse sua própria culpa, por exemplo – pode ser desprezado pelo julgador, ainda que parcialmente respaldado em elementos externos de corroboração. Diz-se que é *relativa* a independência da avaliação tripartida por causa da regra de valoração, absolutamente vinculante e incontornável, do § 16 do art. 4º da lei de organização criminosa: mesmo que positivo o juízo a respeito da credibilidade do delator e da fidedignidade interna do seu relato heteroacusatório, tal prova não poderá fundamentar a condenação do delatado se não for confirmada por elementos externos de convicção.

No primeiro estágio de valoração, como pontua Valdez Pereira, analisa-se a “credibilidade do declarante” no que se refere não só à sua personalidade, mas também a “eventos passados, [às] relações com os demais acusados e [às] razões que levaram às suas declarações” (2018, p. 143). Aqui, não é só o incentivo premial a ser considerado, mas também a carga de responsabilidade/participação na empreitada delituosa que o delator atribui a si próprio, como explica Libarona (2009, pp. 191-192): tão mais confiável será o depoimento do colaborador quanto maior for a carga de responsabilidade por ele assumida; por outro lado, o delator que busca atribuir a responsabilidade a terceiros, desonerando-se a si próprio, tem sua credibilidade reduzida pelo evidente interesse envolvido em tal estratégia, uma vez que a concessão do

prêmio deve levar em consideração, entre outros fatores, “a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do fato criminoso”, nos termos do § 1º do art. 4º da lei 12.850/13. É nesta primeira etapa da credibilidade, também, que se deve avaliar o *momento* em que o delator decide colaborar. Não se tem em mira, aqui, propriamente o estágio em que o processo se encontra, embora este elemento não seja desimportante, mas, sim, a quantidade de provas reunidas nos autos a que o colaborador teve acesso antes de se decidir pela delação. A regra geral, que como toda regra comporta exceções, é a de que “*las aseveraciones presentarán una mayor verosimilitud o credibilidad si fueron prestadas espontaneamente en una primera presentación*” (Libarona, 2009, p. 194).

No segundo estágio da valoração das declarações do colaborador encontra-se a verificação da *credibilidade interna*. Neste ponto, o “relato feito pelo pretense colaborador” é de ser avaliado de forma crítica no sentido de se verificar “se as declarações reúnem os requisitos mínimos de veracidade e início de credibilidade” (Pereira, 2009, pp. 192-193). Busca-se aferir, aqui, “se [tal] relato é ao menos aceitável no aspecto da razoabilidade e de coerência interna” (*idem*, p. 193). Explica-nos Badaró que, nessa aferição interna, “destaca-se a firmeza, a constância e a especificidade lógica da declaração”, da mesma forma que “exige-se uma narrativa rica em particularidades e especificidades, que permitam o controle do seu conteúdo através de fatos objetivamente verificáveis”. Além da articulação, arremata Badaró, é de se exigir “a univocidade”, ou seja, “a declaração [deve] consistir em palavras e locuções que não sejam ambíguas ou suscetíveis de significados diversos” (2015, p. 459). Neste estágio, o exame abrange “*si las manifestaciones del coimputado resultan verosímiles, creíbles y posibles, si sus dichos son coherentes y ordenados o, por el contrario, evidencian contradicciones o fisuras*”, bem como se as afirmações do delator incidem sobre aspectos relevantes do fato investigado, ou, ao revés, se dizem respeito a “*cuestiones contingentes, intrascendentes, secundarias, concernientes a otros sucesos u otras personas*” (Libarona, 2009, pp. 178-179 e 189). Apresentará verosimilhança tanto “*una declaración que resulte completa, clara, precisa, contundente, segura, unívoca, firme, brindada con coherencia lógica, que persista y mantenga la incriminación desde el principio hasta el final del proceso y que no contenga alteraciones más o menos sustanciales*”, ao contrário dos “*dichos aislados, tardios o que constituyan retractaciones de*



*declaraciones brindadas con anterioridad*" (*idem*, pp. 179-180). O "recall" da delação – uma invenção brasileira, segundo Moraes da Rosa (2018, p. 96) –, quando realizado para inclusão de fatos que deveriam ter sido revelados desde o início (art. 4º, § 14, da lei 12.850/13), ou para exclusão de fatos que se revelem imprecisos, tornará a prova parcial ou completamente indigna de crédito, a depender da extensão da modificação.

Ultrapassados os dois estágios iniciais, chega-se no mais importante e controvertido: a corroboração externa. A valoração realizada nos dois estágios anteriores colima saber se o depoimento do colaborador é ou não dotado de credibilidade; no terceiro estágio, busca-se apurar se essa prova é suficiente para superar a garantia constitucional da presunção de inocência. Embora a regra do § 16 do art. 4º da lei 12.850/13 seja de compreensão simples, são diversos os aspectos a serem considerados e, por consequência, muitas as polêmicas que podem emergir. O exame da corroboração externa é feito em duas dimensões: em primeiro lugar, se existem elementos de corroboração externos e, em segundo lugar, se as provas confirmatórias porventura existentes são suficientes para gerar convencimento.

Quanto à primeira dimensão, vige entre nós a regra da liberdade relativa dos elementos de corroboração. Qualquer meio de prova lícito e admitido pela legislação pode servir para corroborar o depoimento do colaborador. A corroboração pode vir também de indícios, pertencendo ao campo do livre convencimento (que, lembremos, deve sempre ser motivado) o exame sobre sua capacidade ou não de persuadir o julgador acerca da veracidade ou não das afirmações do colaborador. A regra da liberdade dos elementos de corroboração encontra limitação ao se exigir que se trate de um elemento de convicção *externo*, isto é, que provenha de outra fonte que não o delator, o que exclui anotações, agendas, contabilidades informais ou outras provas produzidas pelo próprio colaborador. Merece menção, contudo, a opinião de Grandinetti e Paulo Wunder, para os quais documentos apreendidos com o próprio colaborador (inclusive planilhas e anotações por este produzidas) são idôneos para corroborar a delação, por serem elementos probatórios independentes, salvo se houver "a necessidade de serem interpretados exclusivamente pelo próprio delator, diante de uma codificação indecifrável por terceiros" (2018, p. 311), pois, neste caso, não estará atendido o requisito da externalidade.

Mais intrincada é a chamada *corroboração cruzada* (ou *mutual corroboration*). A opinião predominante

a inadmite, pois, como ensina Badaró, se a própria lei faz incidir o sinete do descrédito valorativo sobre a palavra do colaborador, seria um contrassenso, para dizer o mínimo, que sua corroboração pudesse ocorrer por uma prova sobre a qual pesa o mesmo descrédito. Em idêntica clave, Boeto e Silva anotam que "não há a menor viabilidade jurídica em se considerar que uma delação, a qual não possui densidade probatória, tenha seu *standard* probatório potencializado apenas por respaldar-se em outra delação, cuja força probante também inexistente isoladamente" (2018, p. 168). No âmbito jurisprudencial, cabe citar recente acórdão da 2ª Turma da Suprema Corte, em que se decidiu pelo arquivamento de inquérito instaurado contra detentor de foro especial porque, a par de "depoimentos genéricos e inespecíficos relatando o recebimento de recursos eleitorais em pleito no qual o investigado sequer disputou qualquer mandato eletivo", verificou-se a "apresentação apenas de elementos de corroboração produzidos pelos próprios investigados" (Inq. 4458/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.set.18, DJe 28.set.18 [divulg.]). Savoia (2018, p. 130) recorda um célebre caso de erro judicial, ocorrido na Itália, envolvendo a corroboração cruzada: "o caso Enzo Tortora ficou conhecido como um dos maiores erros judiciais daquele país, por se ter condenado um inocente apenas com base na palavra de delatores que, em conluio, direcionaram suas delações com finalidades políticas".

Valdez Pereira diverge desse entendimento observando que a lei não veda a corroboração cruzada. O autor, porém, condiciona sua validade a que "as colaborações tenham vindo a conhecimento dos órgãos de acusação de modo independente e em procedimentos separados", em circunstâncias tais que "[excluam] os riscos de acordos falsos ou de recíprocas interferências entre os colaboradores" (2018, p. 148). Exige-se, pois, que à valoração já exigida pela doutrina e pela lei "acrescente[-se] o controle adicional destinado a verificar, *in concreto*, a ausência de conluios ou condicionamentos, de influxos recíprocos ou arranjos e alinhamentos de relatos impulsionados pelo conhecimento das declarações de outros colaboradores" (*idem*, p. 149). Pereira, a propósito, lembra do disposto no artigo 106, § 4º *bis*, do CPP italiano, que veda que um mesmo defensor patrocine a defesa de dois ou mais imputados que tenham feito declarações concernentes à responsabilidade de outro imputado (no mesmo processo ou em processo conexo) (*idem*, p. 150). Inexiste em nosso ordenamento jurídico norma processual ou deontológica com teor semelhante.





Quanto à segunda dimensão da corroboração externa – a suficiência dos elementos confirmatórios – é acertado o diagnóstico de Valdez Pereira, no sentido de que “somente na casuística é que se poderá determinar a existência ou não dessa suficiente corroboração” (2018, p. 127). Não se exige que tais provas confirmatórias sejam suficientes, *per se*, para a condenação do delatado, caso contrário a delação seria supérflua; basta que sejam idôneos para provar as afirmações deste (*idem*, p. 128). Além disso, a corroboração pode ser parcial: quando o delator acusa várias pessoas por vários fatos diferentes, alguns podem ser confirmados e outros não. Nesse caso, prossegue Valdez Pereira, “a parte corroborada das declarações do agente colaborador poderá, por força expressa de lei, fundamentar o juízo condenatório, e a fração dos depoimentos que esteja despida de corroboração não poderá embasar, igualmente por força de lei, deliberação condenatória” (*idem*, p. 132). No mesmo sentido, ensina Erica do Amaral Matos que “cada declaração prestada em acordos de colaboração deve ser entendida como fracionável, fazendo-se necessária, para cada uma, a corroboração com demais elementos” (2018, p. 168).

Não há um “cálculo matemático”, para utilizarmos a expressão de Valdez Pereira, que indique se a corroboração é ou não suficiente. Essa análise, a ser feita sempre com prudência, serenidade e equilíbrio, é guiada pelo livre convencimento motivado e pela “regra de juízo da exigência de prova para além da dúvida razoável” (Pereira, 2018, p. 151).

#### IV

Para encerrar este breve sobrevoos pelos aspectos probatórios da colaboração premiada, abordemos rapidamente as medidas investigatórias e cautelares que as declarações do colaborador podem habilitar. Visto que, quando corroboradas por elemento externo de prova, as declarações do colaborador podem fundamentar até um decreto condenatório contra o delatado, tratar-se-á aqui, por óbvio, das declarações não corroboradas.

Bottino nega que tal prova possa embasar a decretação de medidas cautelares pessoais ou patrimoniais, pois todas as medidas cautelares exigem, para sua decretação, lastro probatório mínimo – “indício suficiente de autoria”, no caso da prisão preventiva; “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”, no caso do sequestro; “fundadas razões”, para a busca e apreensão – e “os depoimentos prestados no âmbito de uma colaboração

premiada não têm essa natureza de lastro probatório” (2016, p. 385). No que se refere às medidas cautelares, Grandinetti e Paulo Wunder parecem trilhar o mesmo caminho. Para ambos, não havendo prova confirmatória, “as palavras do colaborador não têm a aptidão para se tornarem provas isoladas” (2018, p. 304), razão pela qual são insuficientes para, isoladamente, formar o juízo de probabilidade de autoria, imprescindível para a decretação da prisão preventiva (2018, p. 306). Savoia diverge sustentando que “a delação, de maneira isolada, não serve como prova de condenação, mas serviria para caracterizar o *fumus commissi delicti* necessário para a decretação das medidas cautelares” (2018, p. 132).

A razão parece estar com Bottino e Grandinetti/Wunder: a delação não se equipara ao indício, pois, além de constituírem elementos de convicção estruturalmente distintos, a delação é despida de eficácia probatória enquanto não corroborada por prova externa ao colaborador. A delação pode fundamentar a instauração do inquérito e a realização de diligências investigatórias. No que se refere a medidas cautelares, contudo, que exigem prova mínima (“indício suficiente” [prisão preventiva], “indícios razoáveis” [para a interceptação telefônica], “fundadas razões” [para a busca e apreensão ou prisão temporária]), não há como reconhecer tal carga probatória, por mais mínima que seja, no relato não confirmado do colaborador. Penso que esse entendimento, ao mesmo tempo que preserva a vocação da colaboração de meio de obtenção de prova, deixa a administração da justiça penal, tanto quanto isto é possível, a salvo de erros judiciários.

Já no que tange ao recebimento da denúncia, Grandinetti e Wunder ressaltam a possibilidade de as declarações não corroboradas do colaborador consubstanciarem justa causa se fizerem “referência a outras provas existentes, embora ainda não produzidas, mas que serão oportunamente apresentadas durante a instrução criminal” (2018, p. 309). Neste ponto, ambos recebem a adesão de Savoia: “o Ministério Público, no momento de oferecimento da denúncia, deve indicar os meios pelos quais pretende produzir esta prova de corroboração para que haja o mínimo necessário de justa causa para a ação penal” (2018, p. 131). O Supremo Tribunal Federal está dividido a respeito, prevalecendo na 1ª Turma o entendimento de que a colaboração não corroborada pode fundamentar o recebimento da denúncia (v. AO 2275/RN, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.out.18) e na 2ª Turma o entendimento diametralmente oposto (v., para exempli-



ficar, acórdão proferido no julgamento do Inq 4005/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.dez.18).

### Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: RT, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. *A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado*. In Boletim IBCrim, São Paulo, nº 322, ano 27, set.2019, pp. 19-21

BOETO, Filipe Maia; SILVA Marcelo Rodrigues da. *O valor probatório da colaboração premiada cruzada*. In GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (orgs.). Colaboração Premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018, pp. 157-171.

BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato"*. In RBCCrim, São Paulo: Ed. RT, ano 24, n. 122, ago.2016, pp. 359-390.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. In RBCCrim, São Paulo: Ed. RT, ano 25, n. 133, jul.2017 pp.133-170.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A Delação Premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

COUTINHO, Jacinto Miranda. *Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada*. In Boletim IBC-

Crim, São Paulo, n. 159, fev.2006, pp. 7-9.

DOMENICO, Carla. *Com a palavra: o colaborador*. In MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coords.). Colaboração Premiada. São Paulo: Ed. RT, 2017, pp. 105-110.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado*. Franca: Lemos&Cruz, 2006.

LIBARONA, Mariano Cúneo. *La declaración del coimputado en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Frederico Valdez. *A regra de corroboração, liberdade dos dados confirmativos e questão da mutual corroboration na colaboração premiada*. In GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (orgs.). Colaboração Premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018, pp. 121-155.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delação Premiada: Limites Éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. *Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras*. In GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (orgs.). Colaboração Premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018, pp. 79-100.

SAVOIA, Francisco Simões Pacheco. *Colaboração Premiada e o Princípio da Imparcialidade*. Curitiba: Juruá, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.



## REFLEXÕES SOBRE A SUSPENSÃO PREVENTIVA DO ADVOGADO<sup>1</sup>

Por Renato Neves Tonini<sup>2</sup>

A suspensão preventiva de advogados tem se tornado muito comum nestes tempos de punitivismo exacerbado. Tão logo é publicada alguma notícia vinculando a prática de ilícitos ou de outros fatos desairosos a inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, sejam eles advogados ou estagiários, os tribunais de ética e disciplina das diversas seccionais determinam a pronta instauração de procedimentos visando instrumentalizar a eventual suspensão preventiva dos colegas.

Essa medida tem fundamento no Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei 8.906/94, o qual estabelece que o advogado poderá ser suspenso preventivamente quando estiverem presentes determinadas condições, pelo prazo máximo de noventa dias, conforme se vê no § 3º do artigo 70 daquele diploma.

A norma legal em apreço está assim redigida: “*em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia o Tribunal de Ética da OAB poderá suspender o advogado, depois de ouvi-lo em sessão especial, devendo o processo ser concluído no máximo em 90 dias*”.

Como deixa claro o dispositivo, para que determinado advogado seja suspenso, basta que ele esteja envolvido em uma situação que acarrete “*repercussão prejudicial à dignidade da advocacia*”, não havendo qualquer outra condição a ser acrescida para que seja imposta a dura medida restritiva da atividade profissional.

O objetivo do presente texto é desvendar a natureza jurídica dessa medida restritiva ao exercício da advocacia, a fim de perquirir qual é a sua real finalidade, ou seja, se se trata de medida acauteladora ou se não passa de mera antecipação de pena que seria aplicada ao advogado, caso condenado.

O primeiro ponto a ser esclarecido é saber se há vínculo de acessorabilidade entre a medida aqui discutida e o processo disciplinar onde será apurada a eventual infração atribuída ao advogado, considerada como prejudicial à dignidade da advocacia.

A resposta nos parece ser muito simples. O dispositivo

ora analisado está inserido no capítulo da Lei 8.906/94 que trata do processo disciplinar, fato que, por si só, é indicador de sua vinculação a um processo sancionatório já instaurado ou que está em vias de ser deflagrado perante o Tribunal de Ética e Disciplina.

Ademais, verifica-se que a restrição ao exercício profissional depende de que haja um “*caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia*”, isto é, há necessidade da prática de conduta típica, passível de pena de exclusão ou de suspensão, de tal modo censurável que importe em prejuízo à honorabilidade de toda a classe dos advogados, e que ela seja objeto de apuração a ser realizada por meio de regular procedimento disciplinar.

E para estabelecer de modo inquestionável essa relação de dependência entre a suspensão preventiva e o procedimento disciplinar, colhe-se a parte final do § 3º do artigo 70 do Estatuto da Advocacia, que afirma a obrigatoriedade de o processo disciplinar ser concluído no prazo máximo noventa dias, contados da efetiva aplicação da suspensão preventiva.

Portanto, a suspensão preventiva não tem vida própria, tratando-se de medida subordinada ao procedimento disciplinar, estando inteiramente a ele vinculada em evidente caráter subalterno.

Assim, estabelecida a natureza subsidiária da suspensão preventiva do advogado, pergunta-se: essa medida tem objetivos cautelares?

Segundo Paulo Lobo<sup>3</sup>, o procedimento de suspensão preventiva do advogado é cautelar e sumaríssimo, sendo integralmente dirigido pelo Tribunal de Ética e Disciplina da seccional onde estiver inscrito o requerido.

Ao seu turno, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de decisões proferidas por seus órgãos fracionários<sup>4</sup>, tem afirmado a natureza cautelar da suspensão preventiva.

Não obstante esses judiciosos posicionamentos, para responder à pergunta anteriormente formulada se faz necessária uma breve digressão sobre as medidas cautelares ou assecuratórias existentes em outros ordenamentos processuais, como as chamadas tutelas provisórias, afeitas aos procedimentos cíveis, bem como aquelas pre-

1 O presente texto foi submetido ao Conselho da OAB/RJ, formando o processo 18.061/19, sendo designado como relator o conselheiro efetivo Luís Guilherme Martins Vieira.

2 O autor é advogado criminal, Mestre em Ciências Penais (UCAM) e Conselheiro da OAB/RJ.

3 LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 344.

4 Conflito de competência nº 0001/2006/OEP; Recurso nº 49.0000.2013.000839-3/SCA-TTU; Recurso nº 49.0000.2013.007871-8/SCA-TTU.



vistas na legislação processual penal e, também, algumas das medidas correlatas previstas no processo disciplinar concernente aos funcionários públicos da União, assim como no de outras categorias profissionais.

Muito bem.

Segundo a lição de Robson Renault Godinho, *“sob a denominação de “tutela provisória” o novo CPC reúne institutos distintos e não mais reserva um livro exclusivo ao processo cautelar, cuja tutela, agora, também está prevista em conjunto com técnicas processuais que possuem como substrato a urgência e a evidência”*<sup>5</sup>.

Na concepção do doutrinador, *“a tutela provisória de urgência é a técnica processual que visa a antecipar uma tutela jurisdicional definitiva, por meio de provimento provisório e a partir de cognição sumária, afetando o impacto do ônus do tempo no processo”, ao passo que “a tutela a partir de uma situação de evidência pode ser antecipada para equacionar o ônus temporal do processo, mas não em virtude do perigo de demora vinculado à urgência, e sim em razão da eloquência fática do direito afirmado. Trata-se de técnica vinculada à tutela satisfativa, cuja antecipação provisória se pretende”* <sup>6</sup>(grifos nossos).

As medidas cautelares de cunho patrimonial e pessoal previstas no Código de Processo Penal também pressupõem a existência de fatos e indicam objetivamente qual é a sua finalidade assecuratória.

Segundo Aury Lopes Jr., o sistema processual penal contempla medidas cautelares reais ou patrimoniais, as quais *“incidem sobre bens móveis ou imóveis do imputado, gerando uma restrição da livre disposição de bens e valores, com vistas à constituição da prova e/ou ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima do delito”*<sup>7</sup>.

Assim, o sequestro e o arresto de bens imóveis e móveis do indiciado, ou do acusado, podem ser decretados pelo juiz, desde que presentes a certeza da infração e os indícios suficientes de autoria. Essas medidas, genuinamente cautelares, têm por objetivo a futura reparação do dano

causado à vítima do delito, bem como o pagamento das despesas processuais e das penas pecuniárias, ficando explícita qual é a finalidade dessas restrições patrimoniais.

Como se vê, os requisitos e os objetivos dessas limitações à livre disposição dos bens do indiciado ou réu são inteiramente diversos daqueles que pretendem autorizar a suspensão preventiva do advogado. Há uma finalidade clara e concreta na norma processual penal.

As medidas cautelares penais de natureza pessoal, quais sejam a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, também cumprem pressupostos e requisitos e todas elas têm objetivos palpáveis. Nas palavras de Paulo Rangel, a *“prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, senão for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal”*<sup>8</sup>, não devendo ser olvidado que a prisão preventiva também assegura a efetividade do processo de execução penal.

Cumprindo a mesma finalidade da tutela provisória de urgência, as prisões cautelares se regem pelo *periculum in mora*, traduzido no *“fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica que se pleiteia, ao ser dada, não tenha mais eficácia, pois o tempo fez com que a prestação jurisdicional se tornasse inócua”*<sup>9</sup>. E há de estar presente, de igual forma, o *fumus boni iuris*, ou seja, a *“probabilidade de uma sentença favorável, no processo principal, ao requerente da medida. É a luz no fim do túnel, demonstrando uma possível saída. O fumus traduz-se no binômio prova de existência do crime e indícios de autoria”*<sup>10</sup>.

Para Aury Lopes Jr., o requisito para a prisão processual é *“a existência do fumus commissi delicti, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”*<sup>11</sup>, devendo o conceito civilista do *periculum in mora* ser compreendido como *periculum libertatis*, pois este último *“assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de*

5 GODINHO, Robson Renault. Da tutela provisória. In Comentários ao novo Código de Processo Civil. Coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – 2. Ed. ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 457.

6 GODINHO, op. Cit. Pág. 460.

7 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 932.

8 RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pág. 657.

9 RANGEL, Paulo. op. cit. pág. 661.

10 RANGEL, Paulo. op. cit. pág. 661.

11 LOPES JR., Aury. op. cit. pág. 804



*fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo”<sup>12</sup>*

Dentre as medidas cautelares penais pessoais avulta a mais proeminente delas, ou seja, a prisão preventiva, cujos pressupostos e requisitos estão definidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo ela muito próxima da suspensão preventiva do advogado.

A prisão preventiva deve ser decretada, por conveniência da instrução criminal, se o autor do fato, em liberdade, *“ameaçar o juiz ou o promotor de justiça que funciona no processo, subtrair documentos imprescindíveis à comprovação do injusto penal etc. Neste caso, a custódia cautelar justifica-se com o escopo de garantir um processo justo, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, honesta e lealmente, sua convicção.”<sup>13</sup>*

A garantia da aplicação da lei penal é o outro fundamento para a decretação da prisão preventiva quando a execução da eventual sentença condenatória estiver efetivamente ameaçada pela possibilidade concreta de fuga do investigado ou do acusado.

A derradeira razão para a decretação da prisão preventiva – a garantia da ordem pública (muito criticada por sua imprecisão terminológica) – reside na necessidade de evitar *“a possibilidade concreta da reiteração criminosa, segundo seja a experiência do conhecimento humano de cada época”<sup>14</sup>*, ao passo que a garantia da ordem econômica pode ser interpretada como instrumento para *“evitar que a pessoa, em liberdade, possa continuar a realizar as mesmas manobras danosas à economia”<sup>15</sup>*

Na seara disciplinar-administrativa também há previsão da suspensão do exercício profissional, como preveem diversos diplomas legais e normativos. O artigo 147 da Lei 8.112/90, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos servidores da União, estabelece que, com o objetivo de que o servidor *“não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração”*.

A Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar 35/1979, também abriga dispositivo com finalidade semelhante. Segundo diz o artigo 29 de tal diploma, *“quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, for aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra o magistrado”* ele poderá ser afastado do cargo por decisão tomada por dois terços do órgão julgador.

Ao seu turno, a Lei Complementar 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 260, afirma que o membro do Ministério Público poderá ser afastado se houver prova da infração, indícios suficientes de autoria e se sua permanência foi inconveniente ao serviço ou prejudicial à apuração dos fatos.

Com efeito, deve ser salientada a constatação de que, mesmo sendo afastados de suas funções, os juízes e os promotores não deixam de receber seus vencimentos, ao contrário do que ocorre com a suspensão preventiva do advogado.

Sob a denominação de interdição cautelar do exercício da medicina, o Código de Processo Ético-Profissional do Conselho Federal de Medicina prevê, em seu artigo 25, a suspensão preventiva da atividade profissional *“do médico cuja ação ou omissão decorrentes do exercício de sua profissão, esteja notoriamente prejudicando seu paciente ou a população, ou na iminência de fazê-lo”*.

Além dessa exigência, o artigo 26 da norma aqui comentada estabelece que a *“interdição cautelar ocorrerá desde que existam elementos de prova que evidenciem a probabilidade da autoria e da materialidade da prática de procedimento danoso pelo médico, indicar a verossimilhança da acusação, e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao paciente, à população e ao prestígio e ao bom conceito da profissão, caso ele continue a exercer a profissão.”*

Com efeito, da análise dos diplomas acima mencionados se percebe claramente a possibilidade de serem decretadas medidas preventivas restritivas e até coercitivas, mas sempre impondo sólidas condições e objetivos concretos para a constrição de bens ou da perda da liberdade e para o impedimento temporário do exercício profissional.

Como acima assinalado, a tutela provisória de urgência deve ser concedida para prevenir que o provável direito pleiteado não se torne obsoleto pelo transcurso do tempo necessário até ser proferida a sentença definitiva de mérito. Portanto, o que justifica a concessão da tutela provisória de urgência é a demonstração do perigo de dano ou

12 LOPES JR., Aury. op. cit. pág. 804

13 RANGEL, Paulo. op. cit. pág. 693.

14 PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, pág. 672.

15 PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. op. cit. pág. 674



de risco ao resultado útil do processo.

Por outro lado, a tutela provisória de evidência tem como fundamento a robustez jurídica do direito pretendido, demonstrado com força e grau, sendo capaz de permitir o vislumbre, desde logo, da patente viabilidade do pedido deduzido ancorado em casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Não nos parece que a suspensão preventiva do advogado se adeque aos requisitos necessários à concessão de quaisquer das modalidades de tutela provisória.

Ora, se o resultado do procedimento disciplinar, ao qual a suspensão está subordinada, não corre qualquer risco com a passagem do tempo, não há razão alguma para protegê-lo de um perigo que não existe.

Há quem possa dizer que a prescrição da pretensão punitiva disciplinar poderia cristalizar essa hipotética ameaça. Contudo, o Estatuto da Advocacia e da OAB prevê o elástico prazo de cinco anos, com diversas causas interruptivas, para que a decisão de mérito seja proferida, o que a nosso ver é tempo mais do que suficiente para que a conduta do advogado seja apurada e julgada de forma democrática.

Assim, não havendo o temor de que o tempo necessário à realização do julgamento da questão disciplinar possa embaçar ou tornar inútil o seu resultado, evidencia-se a inadequação do entendimento de que a suspensão preventiva possa ser compreendida como uma tutela provisória de urgência.

Tampouco se pode falar que a suspensão preventiva se encaixe no conceito de tutela provisória de evidência. Por maior que seja o acervo de dados que instrua a representação inicial, não há como considerar que a demonstração de sua procedência prescindia à plena realização do contraditório, aliás, cláusula pétrea garantida pela Constituição da República.

Como revela a experiência, a maior parte dos processos instaurados para analisar a eventual aplicação da suspensão preventiva é instruída, apenas, com notícias de jornais e, em alguns casos, com a cópia do decreto de prisão preventiva ou com o auto de prisão em flagrante do advogado. Esses elementos de convicção, que compõem o conjunto probatório dos processos de suspensão preventiva, não são suficientes, por si sós, a fundamentar a futura aplicação de uma sanção ao advogado.

O processo disciplinar que seja obediente ao Estado Democrático de Direito deve garantir o contraditório, per-

mitir a produção de provas, a fim de que a comprovação da materialidade e da autoria da infração não seja tisonada por pré-conceitos desairosos ao inquirido. Assim, na fase inicial do processo disciplinar não se pode dizer que está, desde já, evidenciada a infração, a ponto de tornar inexorável a aplicação de sanção ao advogado que lá figura como requerido, posto que os dados coligidos até aquele momento não são capazes de fundamentar a condenação do profissional.

Deste modo, a suspensão preventiva também não atende às finalidades da tutela provisória de evidência, disciplinada pela legislação processual cível.

As medidas impeditivas do exercício da função pública previstas em seus respectivos estatutos funcionais objetivam proteger a apuração dos fatos da eventual influência negativa que os investigados poderiam exercer no curso do processo administrativo disciplinar, assim resguardando a regularidade dos atos processuais realizados e, sobretudo, a higidez da decisão que será proferida ao final do processo.

A suspensão preventiva do advogado não tem esse escopo, pois, como resta claro no dispositivo legal, a medida visa apenas defender o prestígio da advocacia que teria sido ultrajado com a ação do advogado, não havendo qualquer outro objetivo estampado na lei.

Ao seu turno, no caso dos processos ético-disciplinares do Conselho Federal de Medicina, a interdição da atividade médica impede a prática da profissão quando há a conjunção da verossimilhança na acusação formulada contra o facultativo e do receio de que a sua prática exponha a perigo o paciente ou a própria sociedade e, ainda, que ela cause dano ao prestígio e ao bom conceito da medicina.

Embora se possa vislumbrar certa similitude entre a suspensão preventiva prevista no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e a interdição cautelar estampada no Código de Processo Ético-Profissional do Conselho Federal de Medicina, pois as duas normas procuram preservar a dignidade, o prestígio e o bom conceito das respectivas profissões, há uma diferença crucial entre ambas.

É que, enquanto o fundamento da primeira medida reside na repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, a segunda não considera suficiente apenas o dano ao prestígio e ao bom conceito da medicina, pois a interdição cautelar do médico exige que a prática censurada também implique em prejuízo ao paciente ou à



sociedade, corporificado pelo fundado receio de causação de dano ao indivíduo ou à coletividade. A utilização da conjunção aditiva “e” na parte final do artigo 26 do Código de Processo Ético-Disciplinar do CFM não deixa espaço para qualquer outra interpretação.

As medidas cautelares penais, além de exigirem a demonstração da prova da existência do crime e dos indícios suficientes da autoria, objetivam alternativa ou conjuntamente: a preservação do resultado útil do processo de conhecimento e o de execução; ou a higidez do desenrolar do processo; ou a garantia da ordem pública ou econômica.

Ao seu turno, a suspensão preventiva não tem por finalidade proteger a escorreita tramitação do procedimento disciplinar, pois o afastamento da atividade profissional não debela a eventual capacidade de o advogado influir na produção da prova ou de usar de sua influência para objetivos deletérios.

O impedimento ao exercício da profissão imposto pela suspensão preventiva tampouco garante a execução do futuro julgado, até porque o resultado do processo disciplinar, quando sancionatório, é executado mediante simples registro da penalidade no banco de dados da seccional, censurando, suspendendo ou excluindo o causídico, ou seja, depende apenas da atividade da entidade de classe que não é obstaculizada por qualquer ação do advogado.

A finalidade de preservar o bom nome da advocacia tampouco é atingida pela suspensão preventiva do advogado, pois essa medida não tem o poder de fazer cessar a repercussão prejudicial dada ao fato pelos diversos meios de comunicação e, muito menos, de resgatar a dignidade da classe, não repondo a situação ao *status quo ante*, nem dando fim à eventual agitação causada pelo episódio na sociedade.

Como se vê, os objetivos cautelares das normas aqui analisadas dizem respeito à garantia da regularidade do processo disciplinar, ao efetivo cumprimento das decisões que vierem a ser prolatadas e à preservação dos interesses maiores da sociedade, como a prevenção da reiteração delitiva (ordem pública), tal como estabelece o Código de Processo Penal, ou a exposição da saúde do paciente ou da população a perigo, conforme prevê o estatuto processual do Conselho Federal de Medicina.

Muito bem.

Como já visto, o § 3º do artigo 70 Lei 8.906/94 autoriza a

suspensão preventiva do advogado quando for o “*caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia*”. Assim, os pressupostos para a aplicação da medida restritiva da atividade advocatícia são a repercussão negativa do caso e a sua afronta ao prestígio da categoria profissional.

Segundo Paulo Lôbo, a repercussão prejudicial deve ser compreendida como as “*situações notórias e públicas*” que “*ultrapassem as pessoas envolvidas e causem dano à dignidade coletiva da advocacia*”<sup>16</sup>. O único valor protegido por essa norma restritiva do exercício profissional é o brio profissional dos advogados o qual teria sido fustigado pela notoriedade dada ao caso que envolve o profissional.

Nada mais.

A leitura do dispositivo revela a absoluta prevalência da repercussão do fato sobre todos os demais valores que deveriam ser preservados pela suspensão preventiva. Contudo, a preponderância assinalada é verdadeiramente paradoxal!

Essa teratologia é incrementada pelo fato de o Tribunal de Ética só poder suspender o advogado se o episódio em questão se tornar notório, se alcançar a mídia. Se não for dada publicidade negativa ao caso, por mais prejudicial que seja a conduta do causídico, nada poderá ser feito contra ele no sentido de impedi-lo de continuar a advogar, causando danos e prejuízos atuais a seus clientes e a própria sociedade.

Portanto, o Tribunal de Ética fica manietado ao que dizem as manchetes, só estando autorizado a agir se e quando o caso for assunto da pauta jornalística, o que condensa o absurdo como foi redigida essa medida restritiva da atividade advocatícia.

Como o texto legal exige que a afronta perpetrada pelo requerido cause prejuízo à dignidade da advocacia, o fato em apuração deve, evidentemente, estar ligado ao exercício da profissão ou, ao menos, ter sido alardeada pela imprensa a condição de advogado do implicado.

Todavia, se na divulgação do caso não houver qualquer referência à condição do indivíduo ser advogado, é óbvio que não haverá ofensa à reputação dos integrantes da categoria, uma vez que a repercussão do episódio não chegou a atingi-la, não sendo cabível o impedimento temporário do exercício profissional neste caso.

<sup>16</sup> LÔBO, Paulo. op. cit. pág. 344



Por outro lado, há de se fazer uma breve reflexão a respeito do que consiste a dignidade da advocacia e do que deve ser considerado como capaz de causar dano à sua imagem.

Segundo os doutrinadores, a dignidade é a “*consciência do próprio valor*”<sup>17</sup>, é a honra subjetiva do indivíduo, a qual “*engloba a dignidade moral, a dignidade profissional, a dignidade intelectual*”<sup>18</sup> e “*compreende os valores morais que compõem a personalidade*”<sup>19</sup>.

Assim, é possível entender a dignidade como algo que diz respeito ao sentimento que o indivíduo tem de si mesmo, é como ele se vê, isto é, consiste na avaliação que ele faz dele próprio.

Mas o texto legal afirma que a suspensão preventiva tem por finalidade o resgate da dignidade da profissão. Não nos parece que esse objetivo seja mesmo o que pretendeu o legislador. Ora, o fato de ter um advogado cometido um deslize imenso não diminui a nossa própria imagem, pois não nos vemos perpetrando o mesmo malfeito que é atribuído ao colega.

Portanto, a dignidade da profissão não é vulnerada pela ação descabida do colega. Em realidade, a repercussão prejudicial atinge a reputação da advocacia e não a dignidade de cada um de nós, devendo ser assim compreendido o vocábulo contido na expressão legal.

Ainda que o dano à reputação da classe seja concreto, a defesa contra a passagem do tempo não está dentro do escopo da suspensão preventiva, pois esta medida em nada contribui para tornar mais célere o processo disciplinar. Ao contrário, o que se constata é que, na imensa maioria das vezes, a suspensão preventiva resulta em embaraços ao pleno desenvolvimento da apuração dos fatos no processo disciplinar, interferindo negativamente na esmerada formação do convencimento dos julgadores a respeito da infração disciplinar.

Aliás, o exíguo prazo imposto para que seja finalizado o procedimento disciplinar é inteiramente inexecutável. Para não dizer nunca, rarissimamente a apuração dos fatos e o julgamento da representação formulada contra o advogado são concluídos em noventa dias. Ora, passado

esse período, só resta à OAB devolver a carteira ao advogado suspenso, permitindo que ele volte a advogar até que seja julgado o procedimento disciplinar.

Em nosso modo de pensar, é muito mais danoso ao renome da advocacia suspender um advogado por noventa dias e, ao término desse prazo, permitir que ele volte a advogar sem que o Tribunal de Ética e Disciplina tenha concluído o processo, consistindo esse retardo no reconhecimento do fracasso da importante missão do órgão julgador.

Além disso, a preservação das provas também não é protegida com a proibição transitória da atividade advocatícia. Do mesmo modo, o resultado útil do processo disciplinar tampouco ganha maior proteção com o afastamento temporário do advogado de seu múnus público, assim como a imparcialidade dos julgadores não fica mais resguardada com a suspensão preventiva do causídico.

Portanto, essas finalidades cautelares específicas não são atendidas pela suspensão preventiva do advogado, pois a referida interdição não lhes causa qualquer impacto. Afinal, tal como está explicitamente contido no dispositivo legal em apreço, a sua finalidade é, apenas, o resgate do bom nome da advocacia e nenhum dos objetivos cautelares adotados pelas legislações correlatas...

No entanto, há um efeito da suspensão preventiva que tem cariz assecuratório, embora ele não esteja explícito no § 3º do artigo 70 da Lei 8.906/94 como escopo principal da medida. É que a interdição temporária da atividade profissional proporciona um subproduto cautelar: o advogado deixa de poder exercer sua profissão durante determinado período.

Deste modo, quando a atividade profissional do advogado prejudica os seus próprios clientes ou a sociedade como um todo, ou nas situações em que ela afronta a regularidade dos processos judiciais, o impedimento preventivo da atividade advocatícia pode evitar a prática de novas infrações disciplinares no exercício da profissão, consubstanciando o caráter genuinamente cautelar da medida, ainda que não explicitado na norma.

Contudo, é imperioso que o fato definido como infração disciplinar comporte a aplicação de pena de suspensão ou de exclusão. Se se tratar de conduta passível de censura, apenas, não deve incidir a suspensão preventiva. A adoção dessa medida antecipada resultaria na aplicação de pena mais grave do que a prevista pelo comportamento infracional, cristalizando evidente agressão ao

17 HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, pág. 1040.

18 MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à lei de imprensa. 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, pág. 354.

19 PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal: jurisprudência; conexões lógicas com vários ramos do direito. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 493.





princípio da proporcionalidade.

Assim, presentes as condições acima assinaladas, a suspensão preventiva do advogado pode ser compreendida como medida de natureza cautelar, pois está vinculada ao desempenho próprio da advocacia, havendo pontos de convergência da suspensão preventiva prevista na Lei 8.906/94 com a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, constante no Código de Processo Penal, e com a interdição temporária do exercício da medicina prescrita pelo Código de Processo Ético-disciplinar do Conselho Federal de Medicina.

No entanto, há de ser ressaltado que, não estando a conduta enquadrada nas situações antes descritas, a suspensão preventiva representa verdadeira antecipação do cumprimento da sanção disciplinar sem a observância

de princípios constitucionais, como o da presunção de inocência, o da garantia do contraditório e o da ampla defesa, não havendo a preservação de qualquer valor, salvo o intuito de satisfazer a sanha de punição da opinião pública e o resgate do hipotético dano causado à reputação da advocacia.

Por estas razões, o dispositivo previsto no § 3º do artigo 70 da Lei 8.906/94, só deve ser aplicado se e quando a conduta recriminada, cometida no estrito exercício da profissão, prejudicar a clientela do advogado ou a própria sociedade ou afrontar a regularidade dos processos judiciais ou administrativos, pois, não sendo essa a hipótese, a imposição da medida importará em mera antecipação de pena, sem que esteja formada a culpa e que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa.

## INAUDITA ALTERA PARTY

*SACERJ'S FINEST*



DIA |  
**12** DEZ  
|  
**19** H

DECK, R. DA ASSEMBLÉIA 19, 13º. CENTRO

VAMOS ENCERRAR 2019  
PARA PREPARAR 2020



SOCIEDADE DOS ADVOGADOS  
CRIMINAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



## PARECER

### PARTE I<sup>1\*</sup>

#### POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS

Por João Carlos Castellar<sup>2\*</sup>

*Tal como nos foi imposta, a vida resulta demasiado pesada, nos fazendo deparar-nos com sofrimentos, decepções, empreendimentos impossíveis. Para poder suportá-la, não podemos prescindir de paliativos. Existem três tipos: os entretenimentos intensos, que fazem a nossa miséria parecer menor; as satisfações substitutivas, que a reduzem; e os narcóticos, que nos tornam insensíveis a ela. Qualquer um desses remédios acaba sendo indispensável.*

(Sigmund Freud, *Mal-estar na cultura*)<sup>3</sup>

#### 1 – INTRODUÇÃO

Como sempre esteve nos últimos 90 anos, o atual discurso das autoridades brasileiras sobre política criminal para drogas está em perfeita consonância com o que é recomendado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Esse órgão, todavia, padece de indiscutível influência norte-americana, emitindo seus regramentos em submissão aos anseios internos desse país, os quais findarão por se projetar nos ordenamentos jurídicos positivos de cada um dos países membros, notadamente em face dos chamados países periféricos.

Conforme palavras de Bernard Audit, “estamos envolvidos em um movimento chamado de mundialização, cuja iniciativa deve-se principalmente aos EUA. O aspecto principal deste movimento é a liberalização do mercado; mas em razão do peso econômico dos EUA, ele é acompanhado de uma forte influência cultural, no sentido mais amplo da palavra. No que diz respeito ao direito, isto se traduz principal e diretamente por uma implantação de práticas americanas. Mas também por fenômenos

sociológicos mais amplos: uma nova propensão a invocar-se o direito e a recorrer aos tribunais.<sup>4</sup>

Assim sendo, assinala Ana Lyra Tavares, a “introdução em nosso sistema jurídico de regras, noções ou institutos pertencentes a um outro sistema”<sup>5</sup>, deveria merecer acurada atenção no ato da elaboração legislativa subsequente, na medida em que, no dizer de Piña Rochefort, “fazer *direito comparado* é uma tarefa titânica, pois assim como fácil resulta a comparação isolada de instituições, inútil resulta comparar dois sistemas deste modo”. Ademais, lembra o autor, as consequências de se carrear “comparações descontextualizadas” de um sistema para outro podem ser extremamente perniciosas<sup>6</sup>.

No entanto, não se pode afirmar que a recepção de conceitos de matriz norte-americana tenha sido decorrência de atos impositivos de potências colonizadoras, mas sim de atos voluntários do Governo brasileiro, que vem assinando e promulgando as normativas internacionais que evocam a necessidade de se criminalizar com severidade cada vez maior a participação em delitos envolvendo o assim chamado “combate às drogas”.

#### 2 – ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Com efeito, o tratamento político-criminal para drogas que nos últimos tempos vem sendo implementado no Brasil é remanescente da ideologia da segurança nacional, desenvolvida a partir dos anos cinquenta na Escola Superior de Guerra norte-americana. Essa doutrina foi expressamente adotada na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar, sendo intensamente vivenciada pelos operadores policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos, mas que transbordou para o sistema penal em geral, sobrevivendo à própria guerra fria<sup>7</sup>.

Não custa lembrar que os interesses norte-americanos para que fossem editadas normas internacionais que obrigassem os Estados a perseguir não só o tráfico, mas qualquer forma de implicação com “drogas nocivas”,

1 \* Este parecer foi apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros com a finalidade de fornecer subsídios à comissão constituída no Congresso Nacional para fins de alteração da atual Lei de Drogas.

2 \* O autor é advogado criminal, mestre em ciências penais (UCAM), doutor em direito constitucional e teoria do estado (PUC-Rio) e diretor cultural da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro (SACERJ).

3 *Apud* CESAROTTO. *Um affair freudiano*: os escritos de Freud sobre a cocaína. São Paulo: Iluminuras, 1989, p. 122.

4 AUDIT, Bernard. *L'américanisation du droit. Introduction*. Paris: Dalloz, 2001. p. 7 (tradução livre por José Guilherme Bermman).

5 LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Estudo das recepções de direito*. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 46.

6 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del 'Common Law'*. Granada: Colmares, 2002. p. 5 (tradução livre).

7 BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, ano 3, nº 5/6, 1998. p. 85.



vêm do início do século passado com a Convenção sobre a Repressão de Drogas Nocivas de 1936, exatamente com esta orientação: proibir terminantemente todos os atos de comércio e também o consumo de drogas que fossem consideradas nocivas. A partir de então, para lidar com essas substâncias somente poderiam ter autorização os médicos, os farmacêuticos ou outros profissionais dotados de habilitação e autorização governamental específica. As demais hipóteses eram incumbência da polícia dar solução, a qual, ainda de acordo com a normativa internacional, deveria dispor de um serviço especializado para cuidar do assunto, formando-se aí o embrião do que mais tarde se transformou na *Drug Enforcement Agency* – a poderosa DEA.

Nas décadas que se seguiram aos anos trinta, com a enorme força suplementar – tanto moral quanto econômica e militar – adquirida depois da participação em duas guerras mundiais estando sempre do lado vitorioso, os Estados Unidos continuaram mantendo sua hegemonia bélica e econômica nas relações internacionais, agindo, porém, de forma ainda mais imperativa, especialmente no que diz respeito ao controle do comércio e do consumo de substâncias psicoativas, pois participar da repressão ao tráfico lhe permitia manter intensa proximidade com os aparelhos de segurança interna dos demais países membros.

Assim, em 1961, em plena guerra fria, quando a Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção Única sobre Entorpecentes (Convenção de Nova Iorque), manifestando em seu preâmbulo a preocupação com a “saúde física e moral da humanidade” e reconhecendo não só a necessidade do “uso médico dos entorpecentes”, mas também que a “toxicomania é um mal grave” que se constitui num “perigo social e econômico”, conscientizando-se, então, de que deveria “prevenir e combater esse mal”, não há dúvidas de que os Estados Unidos, indisfarçavelmente, estavam exercitando sua potência política e econômica, bem como sua supremacia militar perante aquele órgão internacional e as nações que o compunham.

Ao mesmo tempo (1962) o presidente Kennedy convocou uma conferência na Casa Branca sobre o uso indevido de drogas, criando posteriormente o “Comitê Assessor do Presidente sobre Estupefacientes e Uso Indevido de Drogas”.

Propunha-se nessa época uma diferenciação entre o usuário e o traficante, figurando-se uma “luta entre o bem e o mal”, sendo demonizados os últimos e vitimi-

zados os primeiros, como se aqueles fossem “vampiros” que atacavam os “filhos de boa família”. O discurso jurídico enfatizava o estereótipo do criminoso, enquanto o discurso médico difundia o estereótipo da dependência. “Deste modo, pode-se afirmar que na década de sessenta se observava um duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de ‘discurso médico-jurídico’, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes [...], o qual serviria para estabelecer a “ideologia da diferenciação, tão necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer, entre doente e delinquente”. Essa década, que se notabilizou pela rebeldia juvenil e pela “contracultura”, pontuada por manifestações contra a corrida armamentista, contra a guerra do Vietnam, a favor da paz e do amor livre, tinha na droga, largamente utilizada no movimento hippie, uma forma até então não usual de protesto, que necessitava, todavia, ser controlada, pois ameaçava o status quo, seja moral ou politicamente.

Tanto é assim que a Organização das Nações Unidas, na década que se seguiu, os anos setenta, não arrefeceu na sua luta contra o abuso das substâncias psicotrópicas e, expondo sua determinação em prevenir e combater esse mal que vinha de atingir a saúde e o bem-estar da humanidade (já não mais a moral), aprovou, em 21/02/71, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, conhecida por Convenção de Viena.

Nos mesmos moldes do que sucedera no decênio antecedente, a droga também teve uma função política nos anos setenta, com a diferença de que não mais se prestou como uma forma de contestação por parte de jovens pacifistas cabeludos e liberados sexualmente, mas sim, paradoxalmente, foi o próprio *establishment* que dela lançou mão, como uma das melhores vias para neutralizar o “inimigo interno” (representado precisamente por aqueles rebeldes psicodélicos consumidores de maconha e LSD da década anterior) e também como uma forma indireta de conservação da ordem.

Essa política só daria certo, porém, se a droga em questão implicasse uma atitude “contrarrevolucionária” e para essa finalidade, nada melhor do que a heroína, que se constitui num potente narcótico extraído do ópio, que entorpece os sentidos e induz ao sono, sedando possíveis e indesejáveis manifestações de inconformismo político. Essa cruel estratégia, que praticamente arruinou movimentos que contavam com forte apelo popular, como o dos *Black Panthers*, findou, no entanto, por implicar o aumento da criminalidade de uma maneira geral e o



aparecimento de um outro inimigo: o “inimigo externo”.

Por tais motivos, ainda nos últimos anos desse período, na administração do presidente Gerald Ford implementa-se um discurso legitimando a busca, fora das fronteiras norte-americanas, dos responsáveis pelos problemas ocasionados com o desenfreado aumento do consumo de drogas, especialmente da heroína, como se esse fenômeno não tivesse sido “fabricado” no próprio país. De toda sorte, nos moldes do discurso oficial, estando os produtores de droga no exterior, começou-se a difundir através dos meios de comunicação de massa que o uso e o comércio de droga estavam afetando a “Segurança Nacional”, razão pela qual seu tratamento político-criminal, tanto mais externamente, deveria ser de cunho eminentemente militar.

Segundo Bustos Ramíres, a doutrina de segurança nacional implica que o cidadão passa a ser um inimigo, o inimigo interno e, portanto, se devem aplicar relativamente a ele os princípios da guerra, isto é, vencê-lo, eliminá-lo, sem consideração aos princípios democráticos que regem o sistema”<sup>8</sup>.

Na década de oitenta, mais do que em qualquer outro período anterior, o capitalismo se solidificou e sua radicalidade ganhou ímpeto jamais visto. Esse momento histórico apresenta bem demarcadas características, que podem ser resumidas na “*transnacionalização* da economia e na sujeição férrea dos países periféricos e semi-periféricos às exigências do capitalismo multinacional e das suas instituições de suporte – o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional; na consagração mundial da lógica econômica capitalista sob a forma neoliberal e na consequente apologia do mercado, da livre iniciativa, do Estado mínimo, e da mercantilização das relações sociais; no fortalecimento sem precedentes da cultura de massas e na celebração nela de estilos de vida e de imaginários sociais individualistas, privatistas e consumistas, militantemente relapsos a pensar a possibilidade de uma sociedade alternativa ao capitalismo ou sequer a exercer a solidariedade, a compaixão ou a revolta perante a injustiça social”<sup>9</sup>.

Ocorre que, de um ponto de vista estritamente liberal, ou seja, da economia de livre mercado, parece evidente que foi justamente a orientação político-criminal que pro-

pugnava pelo forte “combate” a tudo que se relacionasse com a droga que propiciou este enorme enriquecimento dos traficantes. Afinal, sendo maior a repressão, ao invés de baixar, o preço da droga irá subir. Desse modo, a proibição, mais ainda que a “guerra”, não permitiu que o preço da droga se determinasse em conformidade com a lei da oferta e da procura e isso acarretou uma série de efeitos que são próprios dos mercados não transparentes.

No final dos anos oitenta (1988) as Nações Unidas, lideradas pelos Estados Unidos e seguindo sua agenda política para o trato da matéria, aprovaram a chamada Convenção de Viena sobre *lavagem* de dinheiro, com o escopo de considerar como um delito específico a conduta de quem, num momento posterior à produção, comércio e consumo, ocultasse, dissimulasse e reingressasse no sistema formal os ganhos aí obtidos.

Aqui, com o início da criminalização da *lavagem* de dinheiro, que antes de mais nada visa “garantir o monopólio da especulação financeira nacional e internacional e a criminalização da economia informal”<sup>10</sup>, tem ocorrido uma profunda modificação nas legislações dos países signatários da Convenção, os quais, mais além de tipificarem as condutas afetas ao tráfico de drogas, estenderam as recomendações constantes da normativa a todos os delitos, resultando numa onda punitiva bastante intensa, mas de cunho político-criminal marcadamente simbólico.

### 3 – POLÍTICA PARA DROGAS E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em meio a esse embalo punitivo, a doutrina alemã dos anos noventa, pelas mãos de Günther Jakobs, construiu para a dogmática penal o chamado “Direito Penal do Inimigo”. Seus fundamentos se pautam na necessidade de reconhecer e admitir que nas atuais sociedades, junto a um Direito penal cuja única tarefa é a de resolver, através da sanção punitiva, a vigência da norma violada pelo delinquentes e a confiança dos cidadãos no Direito (segurança normativa), há um outro Direito penal, um “Direito penal do inimigo”. Nesse o Estado, diante de determinados sujeitos que de forma grave e reiterada se comportam contra as normas básicas que regem a sociedade, se constituem em uma ameaça para a mesma, tem que reagir de maneira muito mais contundente para restabelecer, não mais a segurança e a confiança normativa,

8 BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Coca cocaína: entre el derecho y la guerra* (política para drogas en los países andinos). Bogotá: Themis, 1996.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 29.

10 BATISTA, Nilo. *Tudo é crime político*. Entrevista à revista *Caros Amigos*. São Paulo: Editora Casa Amarela, ano I, nº 77, agosto de 2003. p. 29.



mas sim a “segurança cognitiva”<sup>11</sup>.

Na concepção de Jakobs, para lutar eficazmente contra esse “inimigo”, o Estado pode impor penas desproporcionais e draconianas, penalizar condutas em si mesmas inócuas ou muito distantes de se constituírem numa ameaça ou perigo para um bem jurídico e, o que é mais grave, eliminar ou reduzir ao mínimo certas garantias e direitos do imputado no processo penal, levando à obsolescência o princípio da responsabilidade individual, a ser substituído por critérios de responsabilização objetiva e consolidando a edificação de um ordenamento penal desatento aos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo do Estado, destinando-se, a olhos vistos e com assustadora exclusividade, a “punir os pobres”.

Esse suposto *Estado de Guerra*<sup>12</sup> é artificialmente criado por meio de uma sutil “instilação do medo do ‘inimigo interno’<sup>13</sup>, que na ausência do subversivo que prega

11 JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi (José Luiz Depalma, editor), 2005. p. 99.

12 Sobre “ESTADO DE GUERRA”, veja-se MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Salienta esse autor que os efeitos do ‘estado de guerra’ são múltiplos e podem se fazer sentir havendo ou não declaração de guerra e podem se dar quanto ao Estado propriamente dito, quanto aos indivíduos e quanto aos bens. Interessa-nos aqui comentar as manifestações ocorrentes quanto aos indivíduos: “em relação aos nacionais do Estado é feita a mobilização e a população é dividida em *combatente e não combatente*. As relações comerciais com estrangeiros nacionais do Estado Belligerante são geralmente proibidas. *Publicam-se lei marciais para punir mais rigorosamente certos delitos* [...]. Os nacionais do outro Estado beligerante *deverão submeter-se às leis de segurança do Estado*. Muitas vezes se dá um prazo para que eles se retirem do território estatal [...]. A convenção sobre a proteção de pessoas civis (Genebra, 1949) estabelece entretanto a obrigação para o Estado de criar um Tribunal ou órgão colegiado para apreciar os recursos contra o internamento. Proíbe-se tratamento cruel, a prática de reféns, atentados humilhantes, deportações etc. e dá-se assim proteção ao civil (grifamos)”. Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*: 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, v. 2, p. 848-9.

13 Comentando um anteprojeto de lei que o Governo Espanhol aprovara, no qual, entre outras medidas, está prevista a imposição de pena de 40 anos, a ser cumprida integralmente, para algumas hipóteses de delitos de terrorismo, Muñoz Conde escreveu: “parece, pues, que con este proyecto nos acercamos cada vez más a lo que un acreditado penalista alemán, Günther Jakobs, denomina como ‘*un derecho penal del enemigo*’. Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema principal que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿donde están las diferencias entre ciudadano y enemigo? ¿quien define al enemigo y cómo se le define? ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?” Cf.

a revolução socialista, do guerrilheiro que se embrenha nas matas ou, mais recentemente, do terrorista que explode bombas, passa a ser o traficante, o delinquente comum, que com essa nova roupagem ganha *status* mais elevado, pois se supõe esteja organizado em quadrilhas hierarquicamente estruturadas, as quais, para adquirir armas, *lavar* seus lucros e até corromper autoridades governamentais, estreitam laços, aí sim, com aqueles mesmos subversivos, guerrilheiros e terroristas.

Pior que isso, no entanto, é que essa postura sob todos os aspectos intervencionista vem a público habilmente trabalhada, sendo “vendida” à população como um produto garantidor de segurança pessoal e nacional pronto para ser consumido, pois chega ao coração e à mente do comum dos mortais travestida de eficiente medida de política criminal, cientificamente elaborada por profissionais do ramo, findando por merecer seu aplauso e aprovação, sem que maiores indagações possam ser feitas.

Mas essa não é uma guerra convencional, ainda que a ela se queira dar tal caráter. É uma guerra interna contra os próprios cidadãos nacionais, sendo desse modo uma guerra “suja”. Dentro dessa perspectiva, se autoriza que qualquer meio de persecução penal seja lícito, mesmo que com ele se eliminem as garantias constitucionais e a proteção dos direitos humanos.

Nessa linha, nosso ordenamento jurídico é rico em leis que derogam garantias constitucionais em nome da eficiência de investigações sobre comércio de drogas ou outros crimes considerados graves. Crimes hediondos, prisão temporária, organizações criminosas (delação premiada, infiltração de agentes) e *lavagem* de capitais, estatuto do desarmamento, por exemplo, são conjuntos normativos que criam mecanismos investigatórios e estabelecem crimes e sanções que barateiam princípios universalmente cristalizados no que tange ao processo, bem como ao Direito penal: isonomia, liberdade de ir e vir, silêncio, inversão do ônus da prova; reserva legal, proporcionalidade, funções da pena.

#### 4 – CONCLUSÃO PARCIAL

As medidas político-criminais que o Brasil vem adotando nas últimas décadas têm sido marcadamente *bélicas*. O *combate* ao tráfico de drogas e às organizações criminosas instituídas pelos *inimigos* tem sido a marca desses

MUÑOZ CONDE, Francisco. *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*: El País, España, 15/01/03, p. 26.



tempos. Punir qualquer conduta, como se vê do fenômeno da pluralidade de núcleos que marcam a construção dos tipos penais que desde os anos 1970, assim como o aumento de penas e as restrições para a obtenção de benefícios relativamente ao seu cumprimento, tem trazido resultados pífios. Os mais visíveis são o assustador e exponencial aumento da população carcerária e o número de mortos e feridos registrados nos embates entre as forças policiais e os delinquentes.

Considerando que o escopo dessa repressão visa assegurar proteção ao bem jurídico-saúde pública, vê-se bem que as medidas de política criminal até então instituídas não estão mostrando resultados minimamente aceitáveis.

Países que implementam políticas menos proibicionistas e mais preocupadas com questões sociais, optando por instituir programas de redução dos danos causados pela dependência, têm conseguido diminuir o número de mortes por overdoses, obtendo, por outro lado, resultados positivos no que tange à diminuição dos danos auferidos pelos grupos que se dedicam ao comércio das drogas, quando facultam a usuários de algumas delas, como a maconha, produzi-la domesticamente para seu próprio consumo.

Assim, levando-se em conta que os possíveis malefícios decorrentes do consumo dessa droga não acarretam consequências mais graves do que o do tabaco ou do álcool, substâncias que são comercializadas licitamente, além, não se esqueça, da sua comprovada serventia para fins medicinais, a ideia de excluir a *cannabis* da lista de proibições da Agência de Vigilância Sanitária deve ser considerada como um grande avanço para redução dos índices de criminalidade e carcerário.

Além disso, a pouca objetividade legal no sentido de distinguir-se o porte de drogas para uso pessoal daquele destinado ao comércio tem acarretado situações díspares e não raro injustas, o que logicamente deve ser evitado. Nesse sentido, o estabelecimento de uma quantidade máxima para o porte individual de toda e qualquer droga, independentemente da forma como esteja acondicionada, norteará as autoridades no ato de classificação da conduta proibida e, igualmente, implicará mais segurança jurídica e menor possibilidade de indesejáveis erros judiciários.

Por fim, há a imperiosa necessidade de que protocolos mais rígidos regulando a investida de agentes públicos em locais onde ocorra o comércio de drogas sejam ins-

tituídos. O número de mortos, seja daqueles que efetivamente estão comprometidos com referido comércio, de policiais e, mais que tudo, de pessoas do povo que residem nas cercanias é macabro.

Mais do que prender pessoas, devem as autoridades preocupar-se sobretudo em apreender o objeto do crime antes que chegue aos pontos de venda a varejo. Assim, as atividades investigativas, de inteligência, devem prevalecer relativamente às de repressão. Medidas de cooperação internacional, controle de fronteiras, portos, aeroportos, rodoviárias são, certamente, mais eficazes e causam menos efeitos colaterais, como mortos, feridos, danos ao patrimônio privado etc.

Acredita-se que as propostas adiante formuladas, elaboradas com base nas sugestões resumidamente expostas nas linhas antecedentes, podem ser implementadas sem que se onere o Poder Público e sem que a sociedade se sinta desprotegida. Além disso, tais propostas, se atendidas pelo legislador, modernizarão a legislação brasileira, assemelhando-a à de países que lograram grandes avanços no sentido de reduzir os riscos atinentes ao uso, abuso e comércio de drogas.

## PARTE II

### TIPOS PENAIS E PENAS

Kátia Rubinstein Tavares<sup>14\*</sup>

*“Para que serve, afinal, a prisão no século XXI?”<sup>15</sup>*

*(Loïc Wacquant)*

#### 1 - INTRODUÇÃO

De início, vale frisar que a origem do problema das drogas no Brasil guarda semelhanças com os fatores já ressaltados na história do proibicionismo nos Estados Unidos.

Com o apoio da igreja, da sociedade industrial e, principalmente, a aversão da burguesia a determinados grupos

14 \* Advogada Criminal. Mestre em Ciências Penais. Doutoranda em Políticas Públicas e Formação Humana da UERJ. Vice-Presidente da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros. Coordenadora da Revista Digital do IAB. Diretora Adjunta do IAB.

15 In: *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. Cf. Loïc Wacquant, *conferência de 21 de Outubro de 2016, com o título The puzzling return of prisons in the 21st Century* (O estranho retorno das prisões no século XXI) na Ordem dos Advogados, em Lisboa.



étnicos e seus costumes, a proibição das drogas passou a servir inicialmente como estratégia de controle social, considerando o discurso ideológico que legitimava a preservação dos bons costumes. Como não havia ainda no Brasil a delimitação de um forte discurso moralista, a visão de uma opinião pública e seus argumentos engendrados para fomentar a criminalização das drogas, pode-se dizer, foi obra exclusivamente do estamento médico, como revide às fortes pressões externas, apresentada nas primeiras legislações brasileiras.

A primeira lei editada da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, datada de 1830, penalizava a venda e o uso do 'pito do pango' (maconha),<sup>16</sup> que consistia numa forma de controlar socialmente a população negra do consumo da maconha, impondo aos escravos e mais pessoas que usassem a pena em 3 dias de cadeia, enquanto para o 'vendedor', geralmente brancos e comerciantes, era aplicada apenas uma sanção de multa. Registre-se, por outro lado, que o Código Criminal do Império nada mencionava sobre a proibição do comércio ou consumo de entorpecentes, cuja incriminação foi prevista no Código Penal republicano, de 1890 que, no seu artigo 159, dispunha sobre a proibição de substâncias tidas como venenosas, e por não serem determinadas careciam de norma complementar. Em 1912, em Haia, ocorreu a Conferência Internacional do Ópio, que foi subscrita pelo Brasil, através do Decreto nº 2.861 de 1914, seguido do Decreto nº 11.481 de 1915, em que se passou a criminalizar o ópio, a morfina e cocaína.

Pouco a pouco se consolidava um modelo sanitário, que prevaleceu por quase meio século. O Decreto nº 4.294 de 1921, ao ser regulamentado, determinou a criação dos sanatórios para toxicônomos. Ainda, o referido Decreto nº 4.294 de 1921 revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890, especificando um novo dispositivo legal com o termo entorpecente, como uma alusão a substâncias mencionadas como venenosas.

Mais tarde sobreveio o Decreto nº 20.930 de 1932, que foi alterado pelo Decreto nº 24.505 de 1934, e revogado o Decreto-Lei nº 891 de 1938, que conduziria ao artigo

16 Art. 60: *É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia.* BRASIL. Código Criminal do Império, de 18 de dezembro de 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Acesso em: 15 nov. 2018. Cf. BARROS André. *Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas*. Disponível em: [file:///C:/Users/Katia/Downloads/3953-15156-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Katia/Downloads/3953-15156-1-PB%20(1).pdf) Acesso em: 21 nov. 2018.

281 do Código Penal de 1940. Esta alternância de decretos na década de 1930, segundo Nilo Batista, confirma a influência, sofrida pelo Brasil, das sucessivas tendências das Convenções Internacionais, como a de Haia (1912) e as de Genebra (1925, 1931 e 1936), ressaltando a internacionalização do controle como a principal característica permanente do modelo sanitário. As drogas estavam nas prateleiras, sob os auspícios dos boticários e farmacêuticos. As autoridades sanitárias aderiram às técnicas higienistas, tendo como instrumento as barreiras alfandegárias, concretizando-se a concepção sanitária de controle das drogas.<sup>17</sup>

Por outro lado, também se desenhava um sistema médico-policial. A toxicomania tornou-se uma doença de notificação compulsória. Os usuários, dependentes e experimentadores inicialmente não eram criminalizados. Todavia, estavam submetidos a rigoroso tratamento, que passava pela internação obrigatória (por representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público, regulada, nos casos urgentes, em mero laudo de exame, com caráter sumário) ou facultativa (por controle familiar até o quarto grau, com projeções patrimoniais, pelo acautelamento dos bens). O hospital que recebesse toxicônomos deveria informar o fato à Autoridade Sanitária, que comunicaria à Polícia e ao Ministério Público. A saída dos internos atrelava-se ao atestado médico de cura, referente à alta concedida pela Autoridade Sanitária, que notificaria a Polícia, para efetivar a vigilância. A alta do paciente assimilava-se a um alvará de soltura e consistia em decisão judicial. O eixo médico-farmacêutico impregnou o modelo legal e imprimiu um caráter científico com a insurgência de um viés moralista.<sup>18</sup>

O Código Penal de 1940 não criminalizou o consumo próprio de drogas, mas o artigo 281 do Decreto-Lei nº 2.848/40 reprimiu o comércio clandestino e a facilitação do uso de entorpecentes, restando silente em relação ao uso, o que acarretou sua descriminalização. Entretanto, compreendem-se claramente algumas extensões que estão ligadas à construção do estereótipo da dependência e da doença. No contexto histórico da redemocratização, após o Estado Novo, foi apresentado a partir de 1946 um discurso moralizante da droga, que continuaria até 1964, inaugurando a condução de uma política criminal no Brasil, que passou a ser inserida nas sucessivas legisla-

17 BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, ano 3, nº 5/6, 1998, p. 81.

18 *Ibidem*, p. 80-83.



ções. Nilo Batista identifica o tratamento das drogas no Brasil, a partir desse período, como uma “política criminal com derramamento de sangue”<sup>19</sup>.

Segundo esse autor, o ano de 1964 correspondeu à baliza divisória de ruptura da política criminal, para um novo modelo médico-jurídico, o bélico, que fora implantado na conjuntura da guerra fria. Especificamente, no Brasil, esse modelo encontrou respaldo com a modulação da doutrina de Segurança Nacional voltada para combater a figura do inimigo interno<sup>20</sup>, colocando os comunistas nessa categoria, o que mais tarde se deslocaria para uma nova classe de inimigos internos: os traficantes de drogas. É em tal contexto que se conformou uma política criminal bélica.<sup>21</sup>

Após a instalação do AI-5, a legislação mais violenta da ditadura, que cassou várias garantias constitucionais, inclusive o *Habeas Corpus*, em 26 de dezembro de 1968 o regime militar promulgou o Decreto-Lei nº 385 (que tem como seu fundamento o §1º do artigo 2º do AI-5), o qual altera o art. 281 do Código Penal de 1940. Destaque-se que a repressão penal ao usuário de entorpecentes configurada nessa legislação foi uma forma de aprisionar os jovens inconformados com o regime militar, tais como hippies e militantes de esquerda, pois se equiparava a figura do porte para consumo próprio ao tráfico de entorpecentes com penas altíssimas de um a cinco anos de reclusão.<sup>22</sup>

Em seguida, a Lei nº 5.726 de 29 de outubro de 1971 endureceu ainda mais a repressão penal em relação às drogas, demonstrando fortemente a influência da ideologia de Segurança Nacional e do “modelo bélico”. Nesse sentido, o legislador estabeleceu procedimentos sumários, colocando os crimes de uso e tráfico de drogas ao lado dos crimes contra a Segurança Nacional (para efeitos de expulsão do estrangeiro, conforme o art. 22 daquele diploma legal), mantendo a equiparação entre usuário e traficante, e ainda elevando o teto da pena para 6 (seis) anos.<sup>23</sup>

Nesse diapasão, essa legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo de dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo crimi-

noso). Apesar de operar sob a perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei nº 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei nº 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo político-repressivo, que se consolidará com a Lei nº 6.368/76 e atingirá seu ápice na Lei nº 11.343/06.

Aprovou-se a Lei nº 6.368/76, que descrevia o tipo penal do artigo 12 (tráfico) valendo-se de nada menos do que 18 (dezoito) verbos, elevando-se em muito os limites máximos da pena para o tráfico: de 6 anos de reclusão da legislação anterior para nada menos do que 15 anos de detenção. Distinguiu o traficante do usuário, imputando-se penas mais brandas ao crime de “trazer consigo para uso próprio” (de 6 meses a 3 anos de reclusão), além de trazer a criminalização da “apologia”, de forma absurdamente vaga e aberta, estando o agente da “apologia” sujeito às mesmas penas do traficante. Segundo Zaffaroni: “*Es obvio que la expuesta técnica legislativa es ajena a nuestra modalidad legislativa*” e, segundo ele, revelaria um afã de não deixar “buracos” na autoritária perseguição penal; “*quien tenga “algo” que ver con un tóxico prohibido comete delito*”. Ainda, conclui o autor que essa modalidade de ação típica guarda semelhança com outros dispositivos conferidos nas legislações autoritária e revela um sintoma para determinação do “inimigo”.<sup>24</sup>

Em suma, a Lei nº 6.360/76 consolida a sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação a qualquer custo do criminoso/traficante, o inimigo interno, cujo efeito foi intensificar a repressão ao comércio ilícito e de forma falaciosa suavizar a resposta penal aos usuários e dependente de entorpecentes. Vale sublinhar que a edição respectivamente das Leis nº 9.099/95 e 11.343/06 fixou dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de privação de liberdade, e o aumento da severidade das penas; além da patologização do usuário e do dependente com aplicação de sanções e outras medidas.

Nos dias atuais, o discurso punitivo contra as drogas atingiu os maiores patamares repressivos, de modo a legitimar as operações policiais de enfrentamento ao tráfico de drogas, que deixou de ser compreendido como um

19 Ibidem, p. 92.

20 Ibidem, p. 85.

21 Ibidem, p.

22 Ibidem, p. 85-86.

23 Ibidem, p. 85-86.

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La legislación anti-droga latinoamericana*: sus componentes de derecho penal autoritario. In: *Drogas: Abordagem Interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais. Ano 3, vol. 3. nº 2, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. abr./mai./jun. 1990, p. 18-19.





problema diretamente relacionado à ordem econômica e social e de saúde pública, para se tornar o ponto nodal de uma política de enfrentamento e de extermínio dos vulneráveis: a população pobre e negra brasileira.

## 2 - A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS APLICADA À LEI 11.343/2006

Cumprido destacar que, atualmente no Brasil, o controle das drogas está submetido a uma política criminal pautada na segurança, com um inimigo declarado: o perigo do traficante consoante uma visão ideologizada e claramente maniqueísta de que este deve ser destruído a todo custo. Dessa forma, inaugurou-se a construção de uma nova categoria de inimigo: a figura do traficante de drogas, o criminoso hediondo, depravado, repugnante, cuja cidadania apenas esboçada é negativa ou pelo avesso<sup>25</sup> e, por isso, não se conferindo a eles quaisquer direitos. Assim, o processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida dessa guerra contra as drogas, em que os traficantes costumam ser o principal alvo e cuja violência policial é sempre legitimada<sup>26</sup>.

Nesse contexto, materializou-se a construção de uma política de enfrentamento em relação à guerra contra as drogas, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, a partir de um viés ideológico de extermínio, principalmente da população negra e pobre, com as megaoperações perpetradas pelas Forças Armadas e Polícia Militar. E, por outro lado, houve o deslocamento das questões atinentes à segurança pública para a segurança nacional, utilizando-se até mesmo a repressão militarizada, crescentemente, o que desrespeita os princípios garantidores constitucionais, além de ameaçar os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Segundo Roberta Duboc Pedrinha,<sup>27</sup> com base no Relatório da ONU realizado em 2008, sobre a política de extermínio e da criminalização da pobreza, nesta ensandecida guerra às drogas, desde as operações militares realiza-

das em 1994 e 1995, a partir de convênio firmado com as Forças Armadas do Governo Federal e a Polícia Militar do Governo do Estado do Rio de Janeiro, bem como as Operações realizadas em 2007 a 2008, nas favelas, morreram mais 30.000,00, aproximadamente 1.000 pessoas só até 2007.

Conforme justifica, ainda, a autora, ambas as operações visam à mesma finalidade, a eliminação do tráfico de drogas das favelas da cidade e a captura de armas e criminosos. Ainda, por outro lado, em decorrência dessa política de enfrentamento, ressaltam-se as graves violações aos direitos humanos que são praticadas em virtude da violência policial, além das graves ameaças à vida de milhares de moradores, por detenções ilegais, mandados de busca generalizados, saques às residências, lesões corporais e finalmente execuções contra inocentes. Nesse sentido, finaliza: “No Rio de Janeiro, por autos de resistência, segundo os dados oficiais do Instituto de Segurança Pública (ISP), em 2007 morreram 1.330 pessoas; em 2008, 1.137 indivíduos; em 2009, 1.048; em 2010, 855...”<sup>28</sup>

Além disso, o Brasil é o país que mais mata no século XXI. Entre 2001 e 2015 houve 786.870 homicídios, sendo a maioria destes (70%) causada por arma de fogo e contra jovens negros. Os números da violência são alarmantes no maior país da América Latina e atingem dimensões ainda mais preocupantes ao se compararem com guerras internacionais deste século - no conflito sírio, desde março de 2011, morreram 330.000 pessoas e a guerra de Iraque soma 268.000 mortes desde 2003. Segundo levantamento do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, as **polícias brasileiras** estão entre as que mais matam no mundo. No ano passado, a cada dia ao menos 9 pessoas foram mortas por policiais no Brasil, um total de 3.345 pessoas por ano. De acordo com o levantamento, quase metade (45%) dessas mortes estão concentradas nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.<sup>29</sup>

Hoje, a atual política criminal contra as drogas está atrelada à escolha de um inimigo a ser combatido com ações policiais voltadas para o extermínio; trata-se do jovem negro e morador das periferias, local que se transformou num campo de guerra, impondo-se como modelo dessa política a militarização da segurança pública. E, como bem definiu o professor Nilo Batista, “é uma política cri-

25 Nilo Batista focaliza o conceito de cidadania negativa atribuído aos segmentos vulneráveis do sistema penal brasileiro, que ontem era impingido aos escravos e hoje às massas marginais urbanas. “*Fragments de um Discurso Sediciosos*”. In *Discurso Sedicioso. Crime. Direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Rume-Dumará, 1996. p. 69-77.

26 ZAFFARONI, Eugenio Raul et. al. *Direito Penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 135.

27 PEDRINHA, Roberta Duboc. *Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: elementos para uma reflexão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

28 PEDRINHA, Roberta Duboc. *A efetivação da (in) segurança pública: o combate às drogas engendrado no Brasil*. In: *Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: Homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 896.

29 Ibidem.



minal com derramamento de sangue.”<sup>30</sup>

### 3 - ANÁLISE DOS TIPOS PENAIIS DA LEI 11.343/2006

Em outubro de 2006, entrou em vigor no Brasil um novo diploma legal em matéria de drogas – a Lei nº 11.343/06 –, que veio revogar as duas anteriores legislações brasileiras – a Lei nº 6.368, de 1976 e a Lei nº 10.409, de 2002. Esse atual diploma legal em matéria de drogas, na realidade, não apresenta qualquer alteração substancial em relação às legislações anteriores por ela revogadas, pois suas regras seguem as mesmas diretrizes proibicionistas das Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário, reproduzindo os respectivos dispositivos criminalizadores, em consonância com o critério adotado da intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, que, em razão da proibição, são qualificadas de drogas ilícitas.

A Lei de drogas nº 11.343 de 2006, que instituiu o SISNAD<sup>31</sup> (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), aderiu a dois modelos principais: a prevenção do uso de drogas e reinserção social de usuários e dependentes; e a repressão à produção e ao tráfico de drogas. Conforme já ocorrera antes, em outras a atual legislação lança mão do uso da norma penal em branco, para complementar a lista de drogas ou substâncias capazes de causar dependência. Dentre as drogas criminalizadas destacam-se a maconha, a cocaína, a heroína, o crack, o ecstasy e o haxixe.

A mencionada legislação adota uma política criminal diversa para o usuário, estabelecendo um tratamento de reinserção social, associado à família, enquadrado em um planejamento terapêutico individualizado, multidisciplinar com intercessão dos serviços de saúde. Segundo consta do seu artigo 28<sup>32</sup>, não há mais previsão de pena privativa de liberdade para os usuários, apenas uma san-

30 BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. 1998. p. 76-94.

31 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm/) Acesso em: 21 nov. 2018. Vide BARROS, André. É racista a criminalização da maconha no Brasil. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/viewFile/3953/2742> Acesso em: 15 nov. 2018.

32 Cf. 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;

ção de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo máximo de cinco meses, incluindo advertência e medida educativa (admoestação verbal e multa, em que esta última variará de 40 a 100 dias multa). Portanto, a Lei nº 11.343/2006 não apresenta qualquer mudança significativa em relação às outras anteriores: ela não procedeu à descriminalização do consumo ou da posse para uso pessoal. Ao contrário.

Ressalte-se, por outro lado, que a ameaça da pena é que caracteriza a criminalização. Como especifica a própria Constituição Federal, não são apenas as privativas da liberdade que são consideradas como pena, mas também as restritivas da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa, as suspensões ou interdições de direitos. Dessa forma, de acordo com a anterior, Lei nº 6.368/76, que previa penas de detenção de seis meses a dois anos, a criminalização da posse para uso pessoal já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, sendo aplicável a Lei nº 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais, que prevê a imposição antecipada e negociada de penas não privativas da liber-

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm/) Acesso em: 21 nov. 2018.



dade. Logo, os consumidores das drogas qualificadas de ilícitas já não iriam mais para a prisão.

Assim, ao manter a criminalização da posse para uso pessoal, a Lei nº 11.343/06 viola o princípio de lesividade, além de ofender o princípio da inviolabilidade, da intimidade e da vida privada, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Tais princípios visam que o Estado deva respeitar o espaço privado de cada pessoa, partindo do pressuposto de que o consumo de drogas é uma escolha pessoal. Logo, conclui-se que o indivíduo tem autonomia para fazer uso de qualquer substância, mesmo que venha acarretar um mal para sua saúde. Ainda, a liberdade individual e o respeito à vida privada estão ligados ao próprio princípio da legalidade, que é a base do Estado de Direito Democrático, o qual assegura a liberdade individual como regra geral, situando as proibições e restrições no campo da exceção e condicionando-as à garantia do livre exercício de direitos de terceiros. Portanto, a simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, e dizem respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e às suas opções pessoais. O Estado não está autorizado a adentrar no âmbito da vida privada e, sobretudo, deve intervir sobre condutas de tal natureza, não podendo impor qualquer espécie de sanção, nem tratamento médico obrigatório, e sequer qualquer outra restrição à liberdade do indivíduo, enquanto não afete concreta, direta e imediatamente, os direitos de terceiros.

Na realidade, a legislação em vigor optou pelo modelo de descarcerização<sup>33</sup> do consumidor ocasional, visando retirar os jovens consumidores da classe média da mira policial. Entretanto, a Lei nº 11.343/2006 confere um poder discricionário à polícia para que esta, ao interceptar o jovem pobre comercializando pequenas quantidades de drogas ilícitas, o enquadre como traficante e abra caminho para que o judiciário impute-lhe a pena mínima de cinco anos de prisão. Por isso, a atual legislação duplicou as cifras de encarceramento de adolescentes e jovens inseridos no tráfico ilegal de drogas. A desigualdade de classe funciona como critério legitimador da violência perpetrada pelo o Estado, que é consentida pela sociedade, contra os setores vulneráveis do ponto

de vista econômico, étnico e de gênero.

No caso do crime envolvendo a posse de drogas, mostra-se evidente o critério de seleção de condutas com vistas à classificação das infrações definidas genericamente pela atual Lei nº 11.343/2006. A definição do que seja uma substância entorpecente pertence ao Estado, no âmbito de suas autoridades sanitárias, preenchendo, assim, o espaço vago das normas penais relativas às drogas, que, tecnicamente, inserem-se na classe das chamadas leis penais em branco. Tais normas definem determinada conduta considerada criminosa, necessitando, porém, de complementação por parte de ato de autoridade do Poder Executivo que irá preencher os espaços de definição do caráter danoso da conduta incriminada. O álcool e a nicotina, por exemplo, constituem substâncias químicas consideradas nocivas à saúde, que causam dependência química e física, não comendo, porém, o rol das substâncias proibidas. Quais seriam os critérios utilizados pelas autoridades administrativas para a elaboração do rol das substâncias entorpecentes que proibirão, a ensejar rigoroso tratamento repressivo para seus usuários?

Dados históricos sobre o proibicionismo das drogas são apresentados por Sebastian Scheerer, ao esclarecer a ação dos Estados Unidos de combate ao ópio nas Filipinas, ocupada no final do século XIX e início do século XX, que resultou no Acordo do Ópio, promovido em Haia, em 1912, considerado como matriz de todas as leis contra entorpecentes no mundo inteiro. A partir daí, amplia-se, em nível mundial, o número de substâncias controladas, a incluir a cocaína, a heroína e a maconha. Nesse sentido, Sebastian Scheerer denomina o gigantesco sistema de economia dirigida em termos de produção e comercialização, geradora de um não menor gigantesco mercado negro.<sup>34</sup>

Nos tempos atuais, assistimos à funcionalidade do sistema de drogas, onde a economia liberal impulsiona o mercado de drogas, e no qual a construção do mito da droga é pulverizada pela mídia, conforme os interesses dos países capitalistas centrais. Desse modo, constata-se, ao se examinar o contexto mundial, que os conflitos sociais se transmudam em conflitos criminais. Conforme argumenta Rosa Del Olmo; os países do sul do planeta, pobres, são os fornecedores de drogas, identificados com os traficantes, criminosos, os quais devem ser rigorosamente apenados. Já os países do norte do planeta, ricos,

33 CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 109-111.

34 SCHEERER, Sebastian. *Economia dirigida e perspectivas da política de drogas*. Revista *Discursos sediciosos*, nº 14, Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 104-115.



são consumidores de droga, compreendidos como vítimas, dependentes e doentes<sup>35</sup>.

Nesse contexto, a Lei nº 11.343/2006 apresenta-se como mais uma reforma simbólica, já que não diferenciou a figura do experimentador, ocasional consumidor ou usuário frequente de entorpecentes. O texto não deixou de criminalizar a conduta do porte para consumo pessoal, pois prevê como pena a prestação de serviços à comunidade, além de fixar medida educativa semelhante a castigo, imposta pelo juiz criminal, conforme já mencionado. Além disso, a presente legislação traz a figura duvidosa do usuário traficante, quando este divide gratuitamente o consumo do seu entorpecente com terceiro, ou na hipótese de o usuário cultivar o plantio de maconha para seu consumo próprio. Caberá, nesses casos, à polícia exercer a repressão penal sobre o usuário, decidindo sobre a capitulação inicial, permanecendo, assim, os problemas gerados pela corrupção, extorsão e truculência, inerentes à instituição.

A Lei vigente reproduz as mesmas normas que já constavam das legislações anteriores destinadas à prevenção de drogas, mas sequer chegaram a ser implantadas pelas autoridades federais ou estaduais de modo que pudessem resultar numa efetiva adoção de política educativa. Em virtude dessa omissão do Estado, seria oportuno que a matéria específica sobre o consumo próprio de drogas fosse examinada no âmbito do Ministério da Saúde e não como caso de polícia e muito menos da Justiça Criminal.

Assim, descriminalizar a conduta da posse para uso próprio é medida urgente. A proposta que faz é que se coloque em prática a concretização de uma política educacional responsável, que já consta da atual legislação penal (Lei nº 11.343/2006), com orientação, conscientização e tratamento psicológico, buscando-se investimentos em projetos ou cursos para recuperação dos usuários em drogas. É que ela seja efetivada pelo órgão do poder público competente, o Ministério da Saúde, afastando-se a atuação de uma polícia despreparada, bem como a imposição da justiça criminal inadequada e imprópria, para tratar essa questão.

Por outro lado, tramita no Senado Federal, o PL 7.663/2010, que pretende alterar a atual legislação; no seu texto original previa até cadeia ao viciado, propondo internação forçada (compulsória) do dependente químico. Esse procedimento é previsto como uma espécie de me-

didada de segurança decidida apenas por um médico, que não precisa ser perito judicial, nem mesmo psiquiatra, e sem qualquer controle do Poder Judiciário. Entretanto, a internação contra a vontade do dependente em drogas encontra-se prevista na Lei Antimanicomial (Lei Federal nº 10.216/2001), que dispõe sobre as várias modalidades de internação (voluntária, involuntária e compulsória). Ressalte-se que em todas elas há exigência de uma prévia avaliação multidisciplinar de profissionais de saúde e um laudo médico-psiquiátrico que justifique a necessidade da internação. Todavia, mesmo entre os psiquiatras e os profissionais de saúde, é grande a controvérsia sobre quando se deve ou não se promover a internação forçada do dependente. Como regra geral, somente é cabível esse tipo de expediente nos casos gravíssimos ou quando insuficientes os recursos anteriores empregados ou nos casos em que houver iminente risco de vida do dependente ou de terceiro (suicídio, abortamento, portador de esquizofrenia ou outra doença psiquiátrica). Logo, na atual legislação em vigência, a internação compulsória é medida extrema e adotada excepcionalmente, e que para tanto exige avaliação de uma junta médica, com avaliação de caso a caso, estabelecendo-se primordialmente uma política de saúde pública de prevenção e tratamento terapêutico.

Além disso, os defensores da imediata internação compulsória, partidários do PL 7.663/2010, afirmam que o consumo de drogas aumentou consideravelmente a criminalidade no país inteiro. E, ainda, que são poucos os resultados das ações de prevenção ao uso das drogas, trazendo ao debate argumentos que se adequam mais ao planejamento de uma política de segurança pública. Ademais, tal proposta apresenta uma abordagem ideológica semelhante ao modelo higienista, que foi empregada no início do século passado, na cidade do Rio de Janeiro, com o fim de afastar a população pobre e negra da cidade, principalmente, os vulneráveis.

Dessa forma, criou-se no imaginário popular a ideia equivocada de que o Brasil está afetado pela epidemia do uso do crack, mas o que existe, na realidade, é o uso dessa droga em pontos específicos que pode ser combatido com atendimento na rua por profissionais habilitados e não com o recolhimento forçado do dependente. Ademais, os estudos desenvolvidos em centros de pesquisa de várias partes do mundo demonstram que o conjunto das pessoas submetidas a tratamento para se livrar das drogas apenas o percentual de 30% consegue deixar a dependência. Contudo, o acompanhamento dos casos

35 OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p.69.



comprova ser imprescindível, além da vontade própria do viciado, o tratamento específico e o esforço da equipe. Por isso, segue a oportuna reflexão: a internação compulsória seria uma resposta eficaz e eficiente para solução do problema?

Na verdade, compete ao Poder Público providenciar ao viciado sem burocracias a viabilidade de imediato tratamento de drogas em rede pública, com incentivo à terapia individual e nas campanhas de prevenção, já que o único caminho possível é o da reabilitação dos dependentes. Uma vez adotada essa política de saúde pública, será possível evitar que o usuário em estágio inicial se torne um escravo do próprio vício, onde seu médico é o traficante, seu remédio é a droga e sua casa é a rua, bem como impedir o seu abandono social.

Por outro lado, a descriminalização do consumo é uma medida que já vem sendo adotada pela maior parte dos países ocidentais.<sup>36</sup> No Brasil, a descriminalização do consumo já é defendida até mesmo por várias autoridades, como ex-ministros da Justiça dos governos Fernando Henrique Cardoso (inclusive ele próprio) e Lula.<sup>37</sup> Caso não se proceda à descriminalização do porte para consumo próprio, permanecerá aberto o caminho para a criminalização da pobreza, a partir da seletividade do sistema penal. Na concreta atuação do poder punitivo, um sujeito pobre flagrado com dez gramas de cocaína é considerado traficante, ao passo que um sujeito de classe média ou alta flagrado com a mesma quantidade é considerado usuário. Assim, desde a visão político-criminal de redução de danos, a descriminalização do consumo é medida que contribuirá para se atacar o problema principal, que é interromper a guerra às drogas e o seu combate militarizado, por meio de tanques, armas, fuzis e helicópteros. Também constitui medida imposta para além de salvarmos vidas humanas, ou melhor, para que o Estado brasileiro cesse a política de extermínio e encarceramento da juventude pobre de nosso país.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de descriminalizar o porte de pequena quantidade de droga para consumo pessoal. Nesse contexto, o ministro Luís Roberto Barroso concedeu liminar para suspender ação penal ao conceder medida cautelar em *Habeas Corpus*,<sup>38</sup> impetrado pela Defensoria Pública da União

em favor de um homem preso por importar 14 sementes de maconha; nesse caso o impetrante sustenta que as sementes de maconha apreendidas “não podem ser consideradas matéria prima ou insumo destinado à preparação da droga, vez que delas não se extrai substância com efeitos entorpecentes, não caracterizando o delito previsto no art. 33, § 1º, da Lei de Drogas”.<sup>39</sup> Na decisão, o ministro Luís Roberto Barroso destaca que o Plenário do STF discute a constitucionalidade da criminalização do porte de pequenas quantidades de entorpecente para uso pessoal, no Recurso Extraordinário 635659<sup>40</sup> com repercussão geral, estabelecendo a posse para consumo próprio de até 25 gramas de *cannabis*, que afastaria a tipificação do tráfico de drogas. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. Esse julgamento foi suspenso por pedido de vista, havendo, até o momento, três votos proferidos pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que ainda criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal.<sup>41</sup>

Observe-se que o critério utilizado para determinar a tipificação do tráfico (artigo 33)<sup>42</sup> ou do consumo próprio

39 Ibidem.

40 STF, Recurso Extraordinário 635659, Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento iniciado em 28/08/2018 e suspenso 10/09/2015.

41 O Ministro Luís Roberto Barroso destaca, em seu voto de julgamento do referido RE, as razões práticas e também jurídicas pelas quais se reconhece o fracasso da atual política de drogas, o alto custo do encarceramento e os prejuízos da política de proibição para a saúde pública no Brasil. Por outro lado, argumenta que, juridicamente, a proibição fere o direito à privacidade, à autonomia individual e causa desproporcionalidade entre a severidade da punição e a conduta, que não afeta a esfera jurídica de terceiros. Dessa forma, ressalta as razões pragmáticas pelas quais a descriminalização do consumo é uma alternativa muito melhor: os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre a sociedade e, particularmente, sobre as comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelas drogas sobre os seus usuários. STF, Recurso Extraordinário 635659, Relator Ministro Gilmar Mendes. Iniciado o julgamento em 28/08/2018, após os votos do Relator e dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin pela inconstitucionalidade do artigo 28, o julgamento foi suspenso em 10/09/2015 por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI226686,81042-Ministros+Fachin+e+Barroso+votam+ela+descriminalizacao+do+porte+de>. Acesso em: 21 nov. 2018.

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

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

36 Portugal, Holanda, Uruguai.

37 Os ex-ministros Tarso Genro, Márcio Thomaz Bastos, Aloysio Nunes, Miguel Reale Júnior, José Carlos Dias, Nelson Jobim e José Gregori.

38 STF, Habeas Corpus 143.798/SP. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão 18/05/2018.



(artigo 28) permite todo tipo de arbitrariedades, sobretudo, porque essa análise está propensa à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atentarà, além da quantidade da droga, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como para a conduta e os antecedentes criminais. Desse modo, certos indivíduos estarão sempre mais propensos a serem eleitos pelo tipo penal do tráfico, em função de sua condição social, inserida em substratos mais baixos da população, portanto, são mais vulneráveis à captura seletiva da polícia e dos magistrados,<sup>43</sup> Segundo o artigo 28, § 2º, da Lei de Drogas, para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Embora o dispositivo em comento seja destinado ao juiz, sabe-se que o exercício inicial da criminalização passa pelo crivo policial. As guias normativas definem, pois, os critérios de interpretação dos agentes policiais e, posteriormente, judiciais. Logicamente, conforme se apresen-

ta na estrutura da persecução criminal brasileira, o primeiro filtro sempre será do policial, pois é quem avaliará se o sujeito, ao portar a droga (art. 28), o conduz com intuito de consumo pessoal (elemento subjetivo especial do tipo) ou para o tráfico. (art. 33).

Ressalte-se não ser necessária base criminológica em perspectiva crítica para perceber que os referidos dispositivos legais, ao invés de definirem precisamente critérios de imputação, proliferam determinadas imagens e representações sociais de quem são, onde vivem e onde circulam os *traficantes* e os *consumidores*. Os estereótipos do “elemento suspeito” ou da “atitude suspeita” acabam por definir os mecanismos de interpretação que, no exercício do poder de polícia, determinarão oportunamente o grupo social a ser atingido com as midiáticas operações policiais. Nesse sentido, Vera Malaguti Batista afirma que, para os consumidores de cocaína de classe média, aplica-se o estereótipo médico, mas ao jovem pobre aplica-se o estereótipo criminal, como a seguir detalha: “Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento aos adolescentes infratores.”<sup>44</sup>

Destaque-se que a transcrição dos dispositivos em relação às cinco *condutas objetivas* idênticas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo) impõem consequências jurídicas radicalmente diversas. O enquadramento no artigo 28 da Lei de Drogas submete o infrator às penas restritivas de direito (admoestação verbal, prestação de serviços e medida educativa); a imputação do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 impõe regime carcerário com pena privativa de liberdade variável entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos. Portanto, é fundamental que, numa proposta de revisão do texto legal quanto às drogas, que o legislador venha estabelecer um critério objetivo de quantidade, estabelecendo uma quantidade formadora de presunção relativa, para o porte de cada espécie de drogas, a fim de que se possa *servir de parâmetro* do caráter de quem conduz consigo a droga. Outros países assim o fizeram, variando numa escala de 20g de maconha até 200g da mesma droga.<sup>45</sup>

Por outro lado, o atual sistema brasileiro da Lei nº 11.343/2006 estabelece o tipo penal do tráfico como aberto, impondo penas desproporcionais, além de não distinguir as diversas categorias de comerciantes de dro-

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

§ 2o Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

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

§ 3o Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm/) Acesso em: 21 nov. 2018.

43 ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 19-20.

44 BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 134-135.

45 [www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas/](http://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas/)



gas que se encontram caracterizados na realidade social brasileira. Além disso, aos casos de comércio de drogas, o legislador estabeleceu o regime penal extremamente rigoroso e desproporcional, não apenas pela quantidade de pena aplicável – note-se que a pena prevista para o tráfico varia entre 05 e 15 anos de reclusão, enquanto a pena cominada ao estupro é modulada entre 06 e 10 anos de reclusão (art. 213, *caput*, do Código Penal) e a do homicídio simples entre 06 e 20 anos de reclusão (art. 121, *caput*, do Código Penal) –, mas, sobretudo, se destaca pela sua equiparação constitucional aos crimes hediondos. Como se sabe, o *status* “hediondo” impõe um regime jurídico diferenciado no processo de instrução (prisão preventiva, fiança)<sup>46</sup> e no de execução penal (regime inicial de cumprimento de pena, progressão de regime, livramento condicional, indulto), mas que foram alterados pelo STF.<sup>47</sup> Ainda, para o traficante financiador a Lei nº 11.343/2006 estabelece que a pena atinge 20 anos de prisão e o pagamento de multa de 1.500 a 4.000 dias-multa.

Em suma, a estrutura da Lei nº 11.343/2006 acaba gerando insegurança jurídica pelos vícios de legalidade (tipos abertos), na descrição das condutas nos seus dispositivos, já que como ficou estabelecido pelo legislador, não se determinou parâmetros para identificar quais as condutas previstas (adquirir, guardar, ter em depósito ou trazer consigo) que tanto poderá se enquadrar ao consumo pessoal ou ao tráfico. Ressalte-se: o que deveria fazer essa diferenciação é o elemento subjetivo do tipo, o dolo. No artigo 28 dispõe: “guardar, trazer consigo droga para uso pessoal”, que é o elemento subjetivo especial do tipo, que antigamente se chamava de dolo específico. Entretanto, o artigo 33 não possui nenhuma indicação do elemento subjetivo para fins de comércio, havendo apenas uma presunção. Assim, a mesma conduta de guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, bastará para imputação do artigo 33, a tipicidade do tráfico, desde que a finalidade não seja para consumo pessoal.

46 Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente Habeas Corpus para que um homem preso em flagrante por tráfico de drogas pudesse responder o processo em liberdade. Nesse sentido, a maioria dos ministros da Corte declarou a inconstitucionalidade de parte do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. (STF. RE 1.038.925/SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes (STF - HC: 104339 SP, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012).

47 Vide Súmula Vinculante 26.

Neste diapasão, o vício de legalidade pode ser identificado relativamente à conduta de “entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente”, prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Apesar de o § 3º do art. 33 prever pena de 6 meses a 1 ano às situações de “consumo compartilhado” – “oferecer droga, eventualmente sem objetivo de lucro, a pessoa do seu relacionamento, para juntos a consumirem” –, a hipótese narrada no *caput* introduz, como figura paritária ao tráfico (internacional e doméstico), uma conduta sem qualquer intuito de comércio. Por isso, se a entrega a consumo ou se o fornecimento da droga for destinado a uma pessoa, que não seja do relacionamento do autor do fato ou mesmo sendo do seu círculo não tiver como objetivo o consumo conjunto, haverá incidência do crime equiparado a hediondos. Da mesma forma, a conduta de plantar maconha, mesmo que seja para experimentação ou consumo do agente, sem que fique esclarecida a sua quantidade, figura essa que não está prevista na Lei, tem levado a vários equívocos de criminalização por tráfico ilícito de entorpecentes.

Também, de modo equivocadamente, o referido diploma penal apresenta a novidade legislativa, com a punição do indivíduo que oferece droga à pessoa de seu relacionamento, impondo pena privativa de liberdade de 6 meses a 1 ano e pagamento de multa de 700 a 1.500 dias-multa. Cabe ressaltar que a pena pode ainda aumentar, de 1/6 a 2/3, nos casos de transnacionalidade do delito, quando relacionada à função pública, educativa e familiar; em estabelecimentos prisionais, hospitalares, educativos, culturais, sociais, esportivos, militares, policiais, de transportes públicos; com violência, grave ameaça, intimidação coletiva, emprego de arma de fogo, tráfico entre estados; para atingir criança, adolescente ou pessoa com reduzida capacidade de entendimento; para custear o crime.

Ademais, a pena poderá ficar ainda maior no caso da associação de duas ou mais pessoas, com pena privativa de liberdade de 3 a 10 anos e pagamento de multa de 700 a 1.200 dias-multa. Divergindo, portanto, do artigo 288 do Código Penal (associação de 4 pessoas e prisão de 1 a 3 anos); do artigo 8 da Lei de Crimes Hediondos (associação de 4 pessoas e prisão de 3 a 6 anos); e do entendimento do Supremo Tribunal Federal (associação de 2 pessoas e pena de prisão de 3 a 6 anos). Entretanto, essa associação (para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06), tem algumas peculiaridades téc-



nicas. Trata-se de crime de concurso necessário, em que a associação pressupõe um vínculo associativo, estável e permanente entre 2 (duas) pessoas, o qual necessita nos moldes do entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, segundo a interpretação do revogado art. 14 da Lei nº 6.368/76, da estabilidade e/ou permanência da associação.

Logo, basta um exame perfunctório sobre o tema para se constatar que, a considerar mais de 95% dos casos de associação para o tráfico, não há uma investigação sobre o fato, tratando-se apenas de uma simples coautoria. Ao revés, as acusações costumam estar baseadas apenas em transcrições subjetivas da autoridade policial de escutas telefônicas e do auto de prisão em flagrante, imputando aos réus, que muitas vezes sequer possuem anotações em suas folhas de antecedentes criminais, a figura da associação criminosa (artigo 35 da Lei nº 11.343/2006) ou de uma suposta organização criminosa, para certamente tipificar o delito do tráfico de drogas, impedindo a diminuição da pena, por força do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, para efeito da aplicação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do artigo 44 do Código Penal.

Por essas razões, é indispensável que o legislador, no caso de revisão da Lei nº 11.343/2006, venha determinar um parâmetro, ou seja, o critério objetivo para formação de uma presunção relativa, servindo de limite ou base a fim de fundamentar a aplicação da causa de diminuição. Ademais, é de extrema relevância retirar a expressão “não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” do artigo 33, parágrafo 4º, 48

48 “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Observe-se que, em virtude do julgamento proferido pelo STF, considerou-se a vedação anterior inconstitucional de não aplicação de penas restritivas de direitos no crime de tráfico. Além disso, o Pretório Excelso autorizou a aplicação de qualquer regime para o traficante, embora a maioria fixe, sempre, o fechado. O STF autorizou o uso de penas alternativas, dentro do perfil estabelecido pelo artigo 44 do Código Penal, embora a maioria imponha pena privativa de liberdade. O Supremo Tribunal Federal autorizou a liberdade provisória para traficantes, quando preenchidos os requisitos para tanto, mas a maioria decreta ou mantém a prisão provisória. Súmula Vinculante 26: *Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>

pois, da forma como está inserida no texto atual da Lei nº 11.343/2006, tem-se dado margem a interpretações elásticas, a ponto de considerar que qualquer acusado enquadrado no artigo 33 seja traficante dedicado a atividades criminosas. Dessa forma, se o sujeito é primário e com bons antecedentes, a regra deve ser que ele não se dedique à vida criminosa, aplicando-se a redução da pena do tráfico privilegiado. Porém, se o indivíduo é integrante de “*organização criminosa*”, aplica-se o rigor da Lei nº 12.850/2013.

Além dos vácuos de legalidades identificáveis na Lei nº 11.343/2006, a criminalização do tráfico de droga e afins não protege bem jurídico algum, propiciando vícios de inconstitucionalidades. A alegação de que sua criminalização tutelaria a saúde pública constitui um simples pretexto para legitimar uma escolha político-criminal irracional, violenta e absolutamente fracassada do ponto de vista material e humano.

Conforme é sustentado pela doutrina, o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de droga e afins é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas, em princípio, prejudicaria a saúde pública. Basicamente, a preocupação do legislador é tutelar o dano causado à saúde do consumidor pelo uso das drogas. Logo, para a existência do delito, não haveria a necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do delito que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Entretanto, esta formulação carece de fundamentação. Vejamos:

Em primeiro, a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre a qualidade da droga produzida e consumida, inclusive porque as autoridades sanitárias nada podem fazer a esse respeito, em razão da sua clandestinidade. Por outro lado, os consumidores não têm, em geral, informação suficiente sobre os efeitos nocivos das substâncias psicoativas, já que não são implementadas pelo Estado políticas públicas de prevenção, com palestras educativas e outros recursos, para tratar sobre o tema. Ademais, o sistema de saúde (hospitais, médicos, planos de saúde etc.) não tem a menor capacidade para atender aos usuários e dependentes. Finalmente, o próprio usuário é ainda tratado como criminoso pela polícia, estando sujeito à ameaça de penas restritivas de direitos e outras violências.

Por outro lado, não são as drogas que geram a violência





e criminalidade, nem os consumidores são responsáveis pela violência dos 'traficantes'. "Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. O responsável pela violência é o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera a criminalidade e violência".<sup>49</sup>

É extraordinário que a política criminal contra as drogas pretenda resguardar a saúde pública e mate mais do que as próprias drogas. Se o direito busca proteger a saúde pública, como explicar que a violência criada pelo combate ao crime de tráfico no Rio de Janeiro mate mais que a guerra da Síria, ficando à frente da guerra de Bush contra o Iraque? Mais contraditório ainda é querer incriminar a preparação, produção, venda de substâncias ilícitas, sabendo que o álcool e o fumo, que são chamados de drogas lícitas, causam resultados muito mais lesivos. Segundo dados expostos pela OMS entre os fatores de risco de se adquirirem doenças evitáveis, o tabaco figura em quarto lugar, seguido pelo álcool, em quinto. Cigarros e bebidas alcoólicas contribuíram com 4,1% e 4%, respectivamente, para as causas de doença em 2000, enquanto substâncias ilícitas foram associadas a 0,8%.<sup>50</sup>

Logo, não existe por parte do Estado uma preocupação com a saúde pública. Ao contrário. Caso houvesse, a política criminal adequada não seria a criminalização da produção e consumo de droga, mas sua legalização pura e simples, à semelhança do que se passa com as drogas lícitas, mesmo porque a distinção entre umas e outras é uma questão absolutamente arbitrária. Nesse sentido, Salo de Carvalho<sup>51</sup> realizou o estudo sistemático criminológico e dogmático sobre a política criminal de drogas no Brasil, a que alude como "instrumento de diagnóstico e prognóstico das políticas criminais no campo das toxicomanias, ou seja, das ações repressivas e/ou preventivas realizadas pelas agências formais de controle". A criminologia crítica – que substitui a pergunta "por que as pessoas usam drogas" pelo questionamento a respeito de "por que determinadas substâncias que produzem dependência física ou psíquica são consideradas lícitas e outras ilícitas" – serviu de *lupa criminológica*, com o objetivo de "redimensionar a relação entre as esferas criminais (dogmática penal, dogmática processual penal

e política criminal), gestando discursos de integração entre os ramos penais e destes saberes com as demais ciências".<sup>52</sup>

Como já ressaltado anteriormente, o caminho sensato para tratar sobre o tema das drogas não seria como caso de polícia ou do âmbito da justiça criminal, mas sob a esfera da saúde pública. Até porque cabe ao indivíduo, sujeito de direitos e deveres, decidir sobre o que ou não consumir. E o que não pode ser proibido pela via direta, o consumo de droga, não pode ser vedado pela via indireta, ou seja, a produção e comercialização dela.

Ademais, nesta Lei nº 11.343/2006, o tipo de tráfico de drogas expressa condutas abstratas ou apenas presumivelmente perigosas sem que fiquem comprovadas as situações concretas de perigo para a aplicação da pena privativa de liberdade. Logo, o essencial não é o resultado, o delito consumado. Define Johannes Wessels o perigo concreto segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, é exigida a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso<sup>53</sup>, ressaltando que essencialmente ele se baseia num comportamento contrário à norma e que será punido assim que se apresente de modo palpável. O delito de perigo abstrato baseia-se numa presunção de que determinados comportamentos são perigosos para o bem jurídico protegido, havendo, assim, somente uma possibilidade de perigo.<sup>54</sup>

Logo, manter a tipicidade de condutas que sequer possa causar perigo algum ao bem jurídico alheio protegido viola o princípio da intervenção mínima, da lesividade e, sobretudo, da ofensividade, por não se chegar a colocar em perigo o valor tutelado<sup>55</sup>, e da mesma forma não há proporcionalidade ao incriminar essas condutas. Nesse sentido, Claus Roxin revigora o conceito de bem jurídico a partir de uma política criminal baseada nos ditames da Constituição Federal, como ressalva ao poder de punir. Sustenta, ainda, que o conceito de bem jurídico não pode ser separado do pressuposto de liberdade que cerca o indivíduo e, por isso, conclui que é necessário impedir criminalizações que, em verdade, afetem postulados constitucionais, tais como a liberdade e autonomia do indivíduo.<sup>56</sup>

49 KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41.

50 ZACCONE Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 38.

51 SALO, Carvalho de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

52 Ibidem.

53 WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976. p. 8-9.

54 Ibidem.

55 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 111.

56 Ibidem.



Finalmente, a concepção do bem jurídico que foi desenvolvida pelo jurista alemão Winfried Hassemer, se apresenta como uma contribuição particular à teoria do delito. Segundo o professor de Frankfurt, a ideia de proteção do bem jurídico é um limite à política criminal, na medida em que somente pode ser objeto de lei penal bens palpáveis, concretos e delimitáveis, exigindo que o bem jurídico *seja solidamente descrito* com precisão e deva guardar estrita relação com a pessoa humana.<sup>57</sup>

A formulação proposta por Hassemer também engloba a estrutura dos delitos que atinjam a coletividade desde que se possa proceder à redução do bem jurídico e *que ele funcionalize a partir da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos*.<sup>58</sup> Assim, a partir do conceito de bem jurídico como objeto real, relacionado à pessoa, condiciona-se a validade da norma e subordina-se sua eficácia à demonstração de lesão ou colocação em risco do bem jurídico, o qual passa a ser um elemento primário da estrutura do tipo. Nesse contexto, a tipicidade deixa de ser uma mera subsunção da norma ao fato e passa a abarcar um conflito de elevada relevância social.<sup>59</sup>

Dessa perspectiva, ao Direito Penal somente interessam os conflitos que não são solucionáveis por outras esferas de controle, por exemplo, o caso de furto em que é possível a composição do conflito pelo direito civil ou por meio de um acordo entre as partes, deixando de ser um fato típico. Assim, pode-se entender que o bem jurídico-penal é colocado em perigo apenas quando o conflito social manifesto no crime não tiver outra solução que não pela intervenção jurídico-penal.<sup>60</sup>

Tal posicionamento pode ser estendido a toda espécie de delito, já que sempre haverá a necessidade da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, inclusive para os crimes de perigo abstrato. Por isso, defende que a exposição do bem jurídico ao perigo é o critério de avaliação

da relevância penal, propondo, assim, uma espécie de construção material dos delitos de perigo abstrato.<sup>61</sup> É exatamente o caso do tráfico de drogas que não tenha o potencial para lesionar de forma efetiva a saúde da pessoa concreta e muito menos possa afetar o direito de outrem. Nessa situação não se justifica a intervenção do direito penal na esfera de liberdade da pessoa, existindo formas mais brandas de solução do conflito.

Como já assinalado anteriormente, o sistema brasileiro da Lei nº 11.343/2006 estabelece o tipo penal do tráfico como aberto, impondo penas desproporcionais, porquanto o aumento das penas em abstrato do delito de tráfico de drogas é superior a outros delitos de maior gravidade, mesmo aqueles praticados mediante violência e, conseqüentemente, mostram ser mais rigorosamente apenado do que crimes como estupro e corrupção passiva e até o homicídio. Além do mais, no delito de tráfico de drogas, o aumento das penas ocorreu de forma mais consistente no tempo da história legislativa, e mais acentuado do que em todos os demais crimes analisados, incluindo alguns associados à violência geral e à sensação de insegurança na sociedade, como homicídio e estupro. Da mesma forma, teve maior aumento de pena do que o crime de corrupção passiva, em que deveria haver uma preocupação maior da sociedade com a moralidade, transparência e um controle dos agentes públicos, além de ser, em tese, potencialmente mais danoso para a sociedade, visto que os resultados poderiam ser muito mais desastrosos de longo prazo nas políticas públicas em geral e na atividade fiscalizadora do Estado.

Essa constatação descrita apresenta fundamento no teste de adequação imposto às normas penais com base no princípio da proporcionalidade.<sup>62</sup> A análise comparativa das normas penais incriminadoras para condutas relacionadas a drogas em cortejo com outros delitos mostra que não há um critério ou parâmetro identificável na edição da Lei nº 11.343/2006. O excesso de gravidade normativa dada ao crime de tráfico de drogas contrasta com a pouca relevância normativa vislumbrada com relação aos outros crimes, que mais geram danos sociais em concreto, com vítimas diretas atingidas nos seus direitos e bens jurídicos (como no homicídio e no es-

57 HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

58 *Ibidem*.

59 TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: O que se desvenda a partir da presunção de evidência*. p. 11. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Juarez-Tavarez.pdf> Acesso em: 21 nov. 2018.

60 HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luíz; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

61 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

62 BOITEUX, Luciana; PÁDUA João Pedro. *A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil*. Disponível em: [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a\\_desproporcionalidade\\_da\\_lei\\_de\\_drogas\\_os\\_custos\\_humanos\\_e.pdf](http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e.pdf). Acesso em: 20 nov. 2018.



tupro), ou com outras mais numerosas e diversificadas, no tempo e no espaço (como na corrupção).<sup>63</sup>

Dessa forma, a essa inadequação normativa dos crimes previstos na Lei nº 11.343/2006, especialmente do tráfico de drogas – isto é, desproporcionalidade em seu aspecto abstrato – se liga a análise da desproporcionalidade em seu contexto mais concreto, gerando enormes custos financeiros e humanos criados com a aplicação da atual legislação. É relevante verificar como essa política apresenta impacto no sistema penitenciário brasileiro, ou seja, se a aplicação na prática das penas cominadas é, ou não, proporcional concretamente. Para tanto, deve ser constatado, em primeiro lugar, o impacto das condenações por tráfico na realidade das instituições carcerárias brasileiras.<sup>64</sup>

Nesse contexto, é certo admitir que essas aberturas (lacunas ou vazios de legalidade e inconstitucionalidades) e os excessos apresentados por se empregar uma “política criminal com derramamento de sangue”, inegavelmente, ativam a máquina persecutória, habilitando as agências punitivas aos processos de criminalização que, na atualidade, se refletem no cenário nacional de hiperencarceramento, diante dos assustadores índices, consequência da política criminal bélica. O Brasil é o terceiro país com maior número de pessoas presas, atrás dos Estados Unidos e China. O total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016. Houve um crescimento de mais de 104.000 pessoas desde dezembro de 2014. Cerca de 40% são presos provisórios, ou seja, ainda não possuem condenação judicial. Mais da metade dessa população compreende jovens de 18 a 29 anos, sendo cerca de 70% negros. Os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais levam pessoas às prisões, mais de 30% da população carcerária total, enquanto o homicídio representa 11% dos crimes que causaram a prisão<sup>65</sup>.

Por outro lado, a Diretoria de Estudo e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) apresentou, em 27/02/2018 um estudo de pesquisa “Tráfico e Sentenças Judiciais – Uma Análise das Justificativas na Aplicação de Lei de Drogas no Rio de Janeiro”, coordenada por Carolina Haber. A pesquisa teve como objetivo verificar o tratamento conferido pelo sistema de Justiça às pessoas acusadas por esses crimes,

tendo em vista o aumento expressivo da população carcerária após a entrada em vigor da Lei de Drogas, em 2006. A pesquisa identificou as 14 justificativas mais utilizadas pelos juízes na aplicação da referida Lei. Além disso, levantou os motivos que levam os juízes fluminenses a condenar pelos crimes previstos na Lei de Drogas, em especial nos artigos 33 (tráfico) e 35 (associação para o tráfico)<sup>66</sup>.

Nessa pesquisa, foi avaliado o perfil da maioria das pessoas que são condenadas pelos crimes de tráfico e associação ao tráfico na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Dessa forma, verifica que mais de 70% dos réus presos em flagrantes por tráfico de drogas são primários, sem antecedentes criminais, e estavam sozinhos, desarmados e com pouca quantidade de droga. Ainda, mostra a pesquisa que 82,13% das prisões decorrem de flagrantes nas operações realizadas pela polícia, seja nas ruas ou em unidades prisionais. Entretanto, apenas 6% das prisões resultam do trabalho de investigação. A pesquisa confirma, ainda, que a política de segurança pública é o varejo do tráfico, que constitui e define a própria política criminal de drogas em seu regular e cotidiano funcionamento, que permite a manutenção do controle repressivo sobre as populações vulneráveis e territórios instáveis, geridos por meio do monopólio da violência por parte do Estado.<sup>67</sup>

A pesquisa ainda analisou 2.591 sentenças proferidas entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, envolvendo 3.745 acusados de infringir a Lei nº 11.343/2006, que instituiu a Política Nacional Antidrogas. E concluiu: 53,79% das condenações baseiam-se apenas nos depoimentos dos agentes de segurança que efetuaram a prisão. Ainda, 91,16% das decisões não levaram em consideração as condições socioeconômicas e pessoais dos acusados. Contudo, poucas foram as sentenças em que os juízes adotaram esses critérios para diferenciar as condutas de tráfico e porte de drogas para uso pessoal.<sup>68</sup>

Finalmente, revela esse valioso estudo que 53,30% das condenações referem-se ao crime de “tráfico”, previs-

63 Ibidem, p. 4-6.

64 Ibidem, p. 8-11.

65 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

66 Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4e-5dc1e0cfbe4c59a6976057c42d0fd1.pdf>/. Acesso em: 20 nov. 2018.

67 Ainda, segundo o referido estudo, 91,06% das pessoas acusadas pelos crimes descritos na pesquisa são do sexo masculino e 59,39% estavam sozinhas no momento da prisão. Em 48,04% dos casos analisados, os acusados foram presos com uma única droga: a cocaína (47,25% das apreensões foram de até 50 gramas) e a maconha (49,72% de apreensões foram de até 100 gramas). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.

68 Ibidem.



to no artigo 33 da Lei de Drogas, constatando que, em 26,33% dos casos, os juízes condenaram os réus também por “associação para o tráfico” (artigo 35 da Lei), sob a presunção utilizada de que eles integrassem a associação criminosa, em razão do local da prisão. A pesquisadora sustenta que esse argumento foi apresentado em 40,92% das sentenças analisadas. Em 65,85% das vezes em que o local é citado como ponto de venda de drogas, há menção à ocorrência em favelas, morros ou comunidades.<sup>69</sup> A pesquisa também identificou outras razões, todas elas irrísórias do ponto de vista racional, que contribuíram para a condenação: comportamento suspeito (apontado em 31,07% das sentenças), modo de acondicionamento da droga (44,57%), dinheiro encontrado com o réu (22,40%), quantidade não condizente com uso pessoal (11,10%), tentativa de fuga (25,81%), droga na posse direta do réu (47,34%), droga na casa do réu (13,70%), droga encontrada com terceiros próximos ao réu (7,17%), droga encontrada próxima ao réu (15,46%), encontrado material para endolação (3,87%), drogas com identificação de facção criminosa (16,24%) e outras (15,95%)<sup>70</sup>.

Nesse sentido, observa-se a seletividade do sistema penal, porquanto em relação à atual legislação de drogas é aplicada uma política criminal legitimadora de criminalização da pobreza. Logo, a questão subjacente é muito mais a desigualdade social do que efetivamente a proteção da saúde pública. A criminalização das drogas tem sido usada enquanto estratégia de poder, para o controle de classes ditas “perigosas”, os pobres. Desse modo, o traficante de drogas foi escolhido como inimigo público através de estereótipos para ações do sistema penal.<sup>71</sup> Da mesma forma, pessoas com baixo nível de escolaridade, deficiências de socialização familiar e posição precária no mercado já possuem características desfavoráveis e podem ser identificadas como candidatas ao sistema penal. Normalmente na distinção entre consumidor e traficante, se a pessoa é surpreendida com a droga e estiver desempregada, será vista como traficante, porque em tese não possuiria dinheiro para adquirir a droga para uso pessoal<sup>72</sup>.

69 Ibidem.

70 Ibidem.

71 Ibidem.

72 Orlando Zaccone, em seu livro *Acionistas do nada*, questiona essa criminalização e a diferenciação entre traficante e consumidor, usando o Estado do Rio de Janeiro como base; diz que apesar da Secretaria de Segurança admitir diferentes níveis de delinquência quando se trata do tráfico, a conduta de quem dispara fogos de artifício para avisar da chegada da polícia é tratada da mesma forma para quem tem o comando da produção e comércio de drogas, respondendo dessa forma pelo mesmo crime.

Em suma, no Brasil a guerra contra as drogas passou a ter como principal alvo a criminalização da pobreza, através do discurso disseminado numa cruzada moralizante e bélica contra as drogas, especificamente contra a pessoa do traficante, cujo respaldo encontra ressonância na Lei e Ordem. Essa guerra contra as drogas abriu caminho para que as pessoas vulneráveis, supostamente “perigosas”, fossem rotuladas como inimigos da sociedade. Portanto, a atual política de drogas revela-se um verdadeiro fracasso, pois ao pretensamente proteger a saúde pública, como ela se propõe, ao revés, oculta sua real função que é controlar as classes ditas “perigosas”: os vulneráveis.

#### 4 - CONCLUSÃO PARCIAL

Ao longo deste estudo, procuramos tratar daquilo que chamamos os efeitos perversos da proibição, os custos e os danos propiciados pela atual política criminal de guerra às drogas, responsável atualmente pelo genocídio de nossa juventude pobre e pelo encarceramento massivo da população do nosso sistema prisional em todo o Brasil, do que decorrem diversos outros efeitos nefandos do ponto de vista da segurança pública.

A análise conjuntural da legislação especial brasileira em matéria de drogas sinaliza que as reflexões suscitadas reclamam uma nova edição que não deve se esgotar no exame de suas repetidas regras. As ponderações devem avançar e colocar em pauta o repúdio à repressão que revela os riscos, os danos e os enganos globalmente reproduzidos pelo proibicionismo, questionando o discurso ideológico que oculta fatos, demoniza substâncias e seres humanos vulneráveis, molda opiniões conformistas e imobilizadoras, censura e desinforma, entorpecendo a razão.

Esse discurso ideológico é tão preconceituoso que as primeiras manifestações antiproibicionistas surgidas no Brasil, como a Marcha da Maconha, foram duramente reprimidas, sob o pretexto do delito de apologia ao cri-

Outra consideração importante é relacionada ao mapa de ocorrências do delito de tráfico, no Rio de Janeiro. No ano de 2005, todas as delegacias da zona sul reunidas, incluindo Botafogo, Copacabana, Ipanema, Leblon e Gávea, somadas à Barra da Tijuca, atingiram um terço dos registros realizados na 34ª DP de Bangu ou a mesma quantidade que os registros realizados na 17ª DP de São Cristóvão. Essa informação só deixa ainda mais claro que o Estado seleciona quem são as pessoas que quer manter sobre sua coação, porque é óbvio que os vulneráveis são sempre mais visados pela polícia e o traficante já tem um estereótipo penal, que quase sempre é um jovem negro, pobre, funkeiro, vestido com tênis, cordões, boné, e morador da favela. (ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de droga. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 14-15).



me. Após diversas prisões ilegítimas, e inúmeros exemplos de violência policial contra o evento, além de vários *Habeas Corpus* preventivos impetrados em diversos Estados do país, o Supremo Tribunal Federal, a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 187), proposta pela Procuradora da República Débora Duprat, decidiu que protestar por alterações legislativas não configura a hipótese de crime, mas sim o pleno exercício da liberdade de expressão<sup>73</sup>.

*Ressalte-se que o proibicionismo dissimula outra questão - o fato de que a proteção da saúde pública, que formalmente justifica a criminalização das condutas relacionadas às drogas qualificadas de ilícitas, é da mesma forma afetada por esta criminalização, pois impede um controle de qualidade das substâncias entregues ao consumo. Ainda, impõem-se obstáculos a seu uso medicinal, dificulta a informação e assistência, criam-se circunstâncias de reaproveitamento da substância para que o consumo desenfreado não seja descoberto e, assim, incentiva a ingestão de drogas de forma descuidada e anti-higiênica, propagando-se doenças como o vírus HIV, hepatite, entre outras.*

Além de ocultar os riscos e danos à saúde pública, o proibicionismo enfraquece a democracia, considerando as violações de postulados constitucionais, e promove, ainda, a violência diante da intervenção do sistema penal sobre as condutas de produtores e distribuidores das substâncias e matérias-primas proibidas. Não restam dúvidas de que não são as drogas que provocam a violência. Ao contrário, a violência só é gerada exatamente porque as atividades econômicas de produção e distribuição das drogas qualificadas de ilícitas são ilegais.

Portanto, deve-se romper com o proibicionismo para promover uma mobilização completa que conduza a ampla reformulação das legislações internas dos Estados nacionais, a fim de legalizar a produção, a distribuição e o consumo de todas as substâncias psicoativas e matérias-primas, regulando-se tais atividades de forma racional e com controle que, necessariamente, estejam comprometidas com a saúde pública, os princípios constitucionais, em consonância com o valor supremo da dignidade e o bem-estar de todos os indivíduos, livres da nociva intervenção do sistema penal.

Em mais de um século de proibição ao mercado de dro-

gas, não houve diminuição em relação à oferta, nem tampouco quanto à demanda. A marca registrada do modelo atual de venda de drogas é de total descontrole. Na maioria das vezes, o acesso a alguma substância, considerada proibida, é mais facilmente disponibilizado por qualquer pessoa do que um psicofármaco tarja preta cuja aquisição exige receita médica. Por isso, o caminho mais sensato e razoável é a legalização das drogas, que não significa o descontrole. Ao contrário, legalizar significa controlar com maior eficácia, buscando regimes de controle e de circulação específicos, para substâncias particulares, como já se faz com o álcool, cigarro e os psicofármacos, que também são considerados drogas.

É necessário finalizar sem antes retomar a pergunta de Loïc Wacquant citada no pórtico deste texto “para que serve, afinal, a prisão no século XXI?”. O autor francês questiona na evolução da história do ocidente a emergência do Estado Penal, nas Américas, e principalmente nos Estados Unidos e no Brasil, que surpreende pelo potencial aumento do número de encarcerados a partir dos anos oitenta, além da *criminalização da população pobre que seletivamente povoa o sistema prisional*<sup>74</sup>. As constantes rebeliões nos presídios, causadas pelas condições insalubres e desumanas reveladas pelas cadeias brasileiras, em especial pela esmagadora superlotação nos estabelecimentos, propiciada por uma guerra irracional às drogas, e conjugada à ação letal das organizações policiais, fazem com que reconheçamos as dimensões dos “guetos”, no nosso caso, das favelas como campos de extermínio da população pobre.

*Quem se atreve a prever o futuro? Quem tem coragem de levar tudo isso em conta para transformar o modelo de legislação brasileira em relação às drogas e de sua política criminal que inegavelmente fracassou?*

Nos tempos atuais, poderia faltar esperança para se pensar no futuro, até porque há muitos dados que apontam para *diversas catástrofes ambientais, financeiras, sociais e políticas. Entretanto, há uma tendência geral na Europa para legalização da produção do comércio de drogas e do seu consumo, desde a Holanda, Alemanha, Inglaterra, Portugal, República Tcheca e, em vários outros países, como no Uruguai, Canadá e em oito estados norte-americanos, nos quais outrora as drogas eram combatidas através de uma política criminal bélica, mas que mudaram*

73 STF. ADPF 187/DF. Relator Celso de Mello. Data de Julgamento: 15/06/2011. Tribunal Pleno. Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102, Publicado em 29/05/2014.

74 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. Cf. Conferência de 21 de Outubro de 2016, com o título *The puzzling return of prisons in the 21st Century* (O estranho retorno das prisões no século XXI) na Ordem dos Advogados, em Lisboa.



*sa legislação penal, adotando a concepção de redução de riscos ou de uma política alternativa à declarada guerra de drogas.*

*Cabe, assim, concluir com a seguinte reflexão: que tipo de sociedade almejamos construir para o futuro, em especial, quando nos posicionamos diante de projetos de reforma da legislação brasileira no tocante às drogas? Optamos por combater os pobres ou lutar contra a pobreza, enfrentando a desigualdade social? Enxergar a possibilidade de tal questionamento é, sem dúvida, o principal desafio do nosso trabalho produzido pela Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.*

### PARTE III

#### PROCESSO PENAL

Por Renato Neves Tonini<sup>75\*</sup>

##### 1 - INTRODUÇÃO

Em continuidade ao trabalho até aqui desenvolvido atinentemente aos estudos realizados pela comissão de juristas designada pelo Presidente da Câmara dos Deputados para a atualização da Lei de Drogas (nº 11.343/2006), apresentamos algumas ideias que poderão subsidiar tal iniciativa legislativa.

Segundo a divisão de tarefas estabelecida entre os colegas que compõem esse grupo, coube ao signatário a proposição de diretrizes relacionadas ao procedimento a ser adotado para apurar a prática de infrações penais concernentes à produção não autorizada e ao comércio ilícito de drogas.

Em relação às condutas envolvendo o consumo pessoal de drogas, como a nossa proposta prestigia a sua descriminalização, seria incoerente sugerir a adoção de um procedimento criminal para algo atípico.

Assim, aqui nos cingiremos a formular propostas legislativas atinentes ao procedimento das condutas típicas não abrangidas pela ideia abolicionista acima exposta.

##### 2 – RITO PROCESSUAL

No que se refere ao estabelecimento de um rito processual próprio para a apuração e o julgamento dos crimes relacionados ao tráfico de droga e demais infrações penais correlatas, cremos que não há justificativa doutrinária ou conclusão advinda da experiência forense que

recomende a adoção de um procedimento especial, particular, específico para tratar dessas condutas penais.

Salvo a necessidade do laudo de constatação da natureza e da quantidade da droga para fundamentar a prisão em flagrante, bem como a previsão de instauração do incidente de dependência de drogas, não há qualquer razão lógica para que se proceda de forma diferente na apuração dos crimes de droga daquela estabelecida para os outros delitos de igual gravidade prevista pela legislação processual penal ordinária.

Assim, entendemos que o procedimento a ser adotado nos crimes de droga deva ser o mesmo que é imposto às demais infrações penais, ou seja, o procedimento comum ordinário, sumário ou sumaríssimo, levando-se em conta a pena máxima cominada a cada um desses delitos para ser definido o rito processual a ser cumprido.

A medida aqui preconizada simplifica a legislação, uniformiza os trabalhos cartorários e, ainda, assegura os mais amplos meios de defesa ao acusado, cumprindo o papel de garantia, próprio da legislação processual penal.

Ademais, deve ser registrado que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados o PL 8.045/2010, o qual trata do novo Código de Processo Penal. Esse Projeto de Lei foi objeto de amplo estudo realizado neste instituto cujo resultado final foi encaminhado ao deputado Miro Teixeira, sendo por esse último apensado à referida proposta legislativa.

O Projeto de Lei acima referido está em vias de ser concluído pela Câmara dos Deputados, tendo sido apresentado o voto do seu relator, Deputado João Campos.

Não obstante o retrocesso existente em determinadas formulações contidas da referida iniciativa legislativa, como, por exemplo, a disciplina do *Habeas Corpus* e a previsão de o cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da decisão proferida pela segunda instância, auspiciosamente foram incorporados ao texto final apresentado pelo referido deputado os institutos da audiência de custódia e do juízo de garantias, tal como se vê no artigo 14 do substituto apresentado pelo relator do projeto de lei.

Como a audiência de custódia e o juízo de garantias tendem a ser adotados pela legislação processual penal ordinária, na medida em que se encontram inseridos no capítulo destinado a disciplinar a investigação criminal no projeto de lei precedentemente referido, não vemos

75 \* O autor é mestre em ciências penais (UCAM) e Conselheiro da OAB/RJ



motivo para incluir esses institutos na lei especial em gestação, sobretudo pelo estágio avançado em que se encontra o PL 8045/10.

### 3 – CONCLUSÃO PARCIAL

Desse modo, entendemos que não há razão técnica ou doutrinária para que se estabeleça um rito diferente para apuração dos delitos de produção não autorizada e de comércio ilícito de drogas, bem como dos demais crimes a eles correlatos, devendo ser adotadas as regras procedimentais gerais também para essas hipóteses, ressaltando-se apenas a inclusão da obrigatoriedade do laudo de constatação positivo para autorizar a prisão em flagrante, bem como a possibilidade de instauração do incidente de dependência de drogas.

### CONCLUSÕES

As conclusões a que chegaram os autores deste Parecer, aprovado por aclamação pela Comissão de Direito Penal e pelo Plenário do INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, e que servem como contribuições e propostas concretas desta Casa para uma nova e mais eficiente legislação sobre drogas, são as seguintes:

**1ª.** A política criminal para drogas deve ser radicalmente alterada, substituindo-se o modelo bélico até então adotado, calcado no enfrentamento militar comércio varejista de substâncias atualmente proibidas, por medidas de redução de danos e de saúde pública, bem como com investigações inteligentes que tenham por escopo impedir o ingresso no Brasil de drogas e armas. Estudos revelam serem superlativos os *números* de pessoas mortas ou feridas em operações realizadas na zona urbana, seja de policiais, suspeitos ou de quaisquer indivíduos que residam nas proximidades, não sendo aceitável a continuidade desse estado de coisas.

**2ª.** Deve ser descriminalizado e despenalizado o uso pessoal de qualquer substância psicoativa, em atenção ao princípio universal do livre arbítrio.

**3ª.** A *cannabis* deve ser retirada da lista de substâncias proibidas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), devendo ser regulamentada sua produção, comércio e consumo, em moldes semelhantes ao que ocorre em outras nações, como na Holanda, por exemplo. Estudos noticiam que as consequências do seu uso, ainda que contínuo, não interferem na saúde física e mental de indivíduos adultos, não havendo, assim, razões de saúde pública que autorizem a continuidade de sua proibição, tanto mais porque outras drogas, como o álcool e o tabaco, por exemplo, comprovadamente mais nocivas que a maconha, são normalmente comercializadas.

**4ª.** As penas para o tráfico de drogas e delitos assemelhados devem ser reduzidas, uma vez que seu incremento não mostrou resultados como forma de prevenção geral deste delito. Desatende ao princípio da proporcionalidade que as sanções sejam impostas tanto ao pequeno varejista como ao comerciante de grandes quantidades.

**5ª.** Não deve haver restrições específicas à concessão de benefícios legais previstos no Código Penal e na Lei de Execuções Penais relativamente aos crimes de tráfico e condutas afins, posto que isto fere o princípio da isonomia.

**6ª.** Deve ser excluída da futura legislação o crime de “associação para o tráfico”, inserindo-se tão somente uma circunstância agravante pela coautoria no tipo fundamental. Para os casos em que se verifiquem a formação de quadrilha ou de organização criminosa há na legislação em vigor tipificações específicas, que podem perfeitamente serem cumuladas com o tráfico.

**7ª.** Devem ser estabelecidos critérios objetivos para a classificação típica da conduta, preferencialmente estabelecendo uma quantidade mínima para caracterização do uso pessoal.

**8ª.** Deve ser estabelecido o rito processual ordinário para o julgamento dos crimes de tráfico e afins. Trata-se de delito punível com severidade, devendo-se, assim, conferir ao acusado meios efetivos de exercer com amplitude sua defesa.

**9ª.** Devem ser criadas e mantidas por órgãos da administração pública da área da saúde instituições para recepção de dependentes químicos, facultando-lhes condições favoráveis para que se submetam tratamento, seja fornecendo cuidados higiênicos imediatos, ou com distribuição de seringas e preservativos, tudo visando à redução de danos, assegurando-lhes, incondicionalmente, o anonimato. Idêntico serviço deve ser implementado em todas as instituições prisionais.

**10ª.** Devem ser desenvolvidos programas educativos a serem implementados nas redes públicas e privadas de ensino de modo a que as crianças e adolescentes sejam didaticamente orientados relativamente ao uso de drogas e suas consequências para a saúde.

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2018.

KÁTIA RUBINSTEIN TAVARES

JOÃO CARLOS CASTELLAR

RENATO NEVES TONINI



## LITERATURA

### O PROMOTOR E O GATO

Por Marcelo Câmara Py<sup>1</sup>\*

No ano de 1996, iniciei estágio na área que sempre tive maior interesse de atuação, advocacia criminal. O escritório onde fui estagiar contava com um advogado experiente e outro recém formado.

Ainda em uma das minhas primeiras semanas de trabalho, surge uma causa, indicada por um advogado de São Paulo, que consistia em uma acusação de tráfico ilícito de substância entorpecente em face de um jovem estudante paulista, contra quem havia um mandado de prisão expedido, processo que corria em uma comarca litorânea do interior do Estado do Rio de Janeiro.

Após a obtenção de cópia integral e a análise do processo, verificou-se que se tratava de uma ação penal decorrente de uma denúncia, no mínimo, exagerada, eis que o mencionado estudante havia sido preso em flagrante com a posse de cerca de vinte e cinco gramas de maconha, quantidade absolutamente razoável para a caracterização do porte para fins de uso pessoal, ainda mais diante dos demais elementos fáticos constante dos autos.

Com efeito, tratava-se de um jovem estudante paulista que estava passando de carro pela estrada naquela cidade, a caminho de outra próxima onde passaria as férias e afirmara, quando de sua prisão, ser exclusivamente para seu consumo a droga encontrada pelos policiais, tendo, inclusive, sido arbitrada fiança pelo delegado, que entendeu pela capitulação inicial do crime como de porte de drogas para fins de consumo próprio.

Diante dessa situação, foi elaborada petição pedindo ao Juízo que reconsiderasse a decisão que determinou a sua prisão, tendo em vista a provável desclassificação da acusação de tráfico para a de simples porte de drogas, sendo ainda totalmente desnecessário e injusto o encarceramento cautelar daquele jovem.

Feita a petição, fui convidado a acompanhar o advogado em viagem àquela cidade do interior, onde iríamos despachar o pedido com o Juiz e o representante do Ministério Público, tendo ele me informado que o Promotor

daquela comarca era reconhecidamente bastante rigoroso com crimes envolvendo usuários de drogas. Sem dúvida, era importante acompanhar este tipo de trabalho para minha formação profissional.

Ao chegarmos na cidade, descobrimos que o Juiz morava, literalmente, em um apartamento dentro do próprio Fórum e que era velho conhecido do advogado a quem eu acompanhava, razão pela qual nos convidou a entrar em seu apartamento para despachar a petição. O curioso foi que o Juiz voltava de um *copeer* e nos atendeu trajando unicamente uma bermuda e tênis de corrida, fato de todo incomum nos meios forenses.

De qualquer forma, após escutar atenciosamente os argumentos do pedido, o Juiz disse, com absoluta sinceridade, que ouviria primeiro o Promotor e que dificilmente discordaria do mesmo.

Fomos então ao gabinete do Promotor e, antes mesmo de lá chegar, o advogado já havia sentenciado que teríamos que recorrer da decisão através de um *habeas corpus*, prevendo que dificilmente haveria uma concordância com o pedido, vez que fora aquele mesmo Promotor quem havia pedido a prisão de nosso cliente.

Chegando ao gabinete do Promotor, localizado no 2º andar do fórum, fomos informados que o mesmo ainda não havia chegado. Pouco após, observei, e muito me impressionou, a difícil subida dos degraus por aquele que esperávamos, vestindo seus prováveis 150 Kg com um terno preto. Era uma figura extremamente impressionante, não só por suas expressões corpóreas e faciais, mas também pelo jeito absolutamente rápido de cortar assuntos na conversa. Após as apresentações, o advogado começou a esclarecer as razões do pedido, ponderando que não se mostrava necessária a prisão do jovem naquele momento, quando foi interrompido pelo Promotor, com a seguinte afirmativa:

-Doutor, com esta quantidade de droga dá pra fazer mais de setenta cigarros de maconha... Então, eu entendo que é tráfico.

Eu, na condição de espectador atento, imaginei: seria mesmo possível?

O advogado, ainda tentando uma reconsideração, argumentou que o jovem estava indo passar as férias e que não fazia sentido, diante de suas condições pessoais, prendê-lo naquele momento, requerendo que lhe fosse permitido responder ao processo em liberdade. Novamente, antes mesmo de terminar sua argumen-

1 \*O autor é advogado criminal





tação, foi abruptamente interrompido pelo Promotor:

-Doutor, eu tinha um gato.

Nesse momento, houve um silêncio, um choque pela mudança inusitada de assunto, seguido de uma atenção voltada ao Promotor, que prosseguiu:

-Isso mesmo Doutor, um gatinho, bonito, vacinado e que comia ração todo dia.

Ficamos atônitos e continuamos com a atenção ao que dizia o Promotor, sem ter a menor ideia da razão de tal estória:

-Pois é Doutor. Meu gato gostava de andar pelos telhados e eu sei que tem uns maconheiros que andam matando gatos por aí na cidade. Então Doutor, eu tenho certeza que meu gato entrou na casa de algum maconheiro que matou meu gato. Entendeu Doutor? Foram

os maconheiros que mataram meu gato!!!

Qualquer argumentação se mostrava inócua, mesmo diante do esclarecimento de que o jovem sequer era da cidade e estava apenas passando pela estrada com outro destino.

“Dr. Promotor, muito obrigado pela sua atenção”, foi tudo o que pôde o advogado dizer.

E seguimos de volta ao Rio, e o advogado já minutando o *habeas corpus* enquanto observávamos a paisagem.

Por fim, logrou-se junto ao Tribunal de Justiça, através do *habeas corpus*, a correção daquela injustiça, garantindo-se a liberdade do jovem acusado, que acabou por ter o processo suspenso, mediante o cumprimento de determinadas condições.

## POEMAS DO COSTÃO

Por Ranieri Mazzili Neto\*

### Versos coxos

*talvez eu escreva –sem o menor esforço–  
um baita poema pra você  
ou pra ninguém  
talvez eu silencie na metade do caminho  
e não consiga parir  
uma linha mais sequer  
a poesia é uma coisa infernal  
como a paixão  
e sempre deixa seqüelas  
principalmente quando interrompida.*

### Largo da Carioca

*A praça está cheia  
anônimos e artistas  
Ao batuque e berimbau dos capoeiristas  
Soma-se um coral de crentes desafinados  
Além de um par de repentistas.  
Registre-se a presença de dois mágicos (concorrentes entre si)  
e um cantor aleijado acompanhado por um tecladista  
Pivetes há também –prontos para dar o bote–  
Ambulantes e camelôs aos montes.  
Pedintes hoje são poucos.  
Lá de cima, muito belo –com absoluto domínio da cena– o Convento nos abençoa a todos.  
E segue o dia.*

## A pipa estancou na tarde de ventania

*a maldição  
a hidra  
o tudo ou nada de uma vida  
sem perspectiva  
- a fina linha prestes a romper-se  
até que se rompe mesmo e deixa irromper a luz maligna de um pacto satânico  
- tudo perdido –*

## HABEAS CORPUS

*a estrada para o nada  
que são todos os caminhos  
pelos quais um homem segue sozinho  
e arrasta sua sina  
de alcançar o lugar nenhum  
onde as paralelas devem se cruzar  
quando o coração parar de bater  
e tudo deixa de importar  
- a última clarividência repousa  
tranqüila  
desde o primeiro choro  
até a chegada do tempo ausente  
e, então, a pergunta  
foi a própria resposta  
pela memória turva revelada:  
luz?*

1 \* O autor é advogado criminal e Mestre em Direito (UFRJ) e poeta



## ENTREVISTAS

- Entrevista com o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sebastião Reis

[Link para entrevista - parte 1](#)

[Link para entrevista - parte 2](#)

- Entrevista com o Ministro da Corte Interamericana de Direitos Humanos Eugenio Raúl Zaffaroni

[Link para entrevista](#)

- Entrevista com o Ministro Sepúlveda Pertence

[Link para entrevista](#)

[Link para entrevista](#)



Assista à entrevista com Mauro Couto

[Link para entrevista](#)

VISITE NOSSO CANAL NO YOUTUBE:

[Link para o canal](#)