

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.3.1 Aspectos processuais e instrutórios da Nova Lei Antidrogas: limitações de garantias

Érico de Oliveira Della Torres

Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Uberlândia

Ex-estagiário do MPMG e do MPF

1. A verdade real como mito

Antes da análise específica dos procedimentos previstos na atual Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006), necessária se faz a desmistificação do conceito de verdade real, causa justificante da busca de meios de provas que, cada

vez mais, limitam liberdades e garantias individuais sob o argumento de que, em processo penal, para evitar qualquer dúvida, deve o juiz analisar o processo diante de fatos efetivamente comprovados. São os dizeres de CAPEZ:

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade não se conformando com a verdade formal constante nos autos (...). Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas (*vide* art. 130 do CPC).¹

Ocorre que a mente humana, muitas das vezes, maior produtora de provas no processo penal, não é uma máquina perfeita e que guarda as informações tais como ocorreram, por estar sujeita às paixões e aos lapsos, o que faz com que o

¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26-27.

Informações Variadas

conteúdo constante nos depoimentos prestados em juízo, em várias oportunidades, não represente, de forma fidedigna, os fatos da forma que ocorreram. Ferrajoli ressalta nesse sentido:

A verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato julgado, é o resultado de uma ilação dos fatos 'comprovados' do passado com os fatos probatórios do presente. Esta ilação – realizada por um historiador, um juiz ou detetive – pode ser representada como uma inferência *indutiva* que contém nas premissas a descrição do fato que se tem de explicar e as provas praticadas, além das generalidades habitualmente subentendidas (entimemáticas) no atendimento de experiências análogas, e que contém na conclusão a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale à sua hipótese de explicação.²

O mesmo autor, em momento anterior, relembra que nem no que tange às ciências empíricas as “verdades” podem ser tidas como dogmas, dado que representam apenas probabilidade, consequência da experiência que demonstra que os fatos ocorrem sempre naquela ordem, numa relação de causa e efeito. São as palavras do doutrinador italiano:

A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que dela possuímos.³

A idéia de uma representação fidedigna dos fatos como ocorreram (verdade real), que, muitas das vezes, legitima eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso sistema processual penal, deve ser desmistificada e analisada à luz da Carta Magna de 1988, que, segundo entendimento de Oliveira,

(...) desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e ampla defesa bem como a imparcialidade, de *convicção* e de *atuação*, do juiz, impedem-no. Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*.⁴

Após tal digressão, torna-se possível a análise crítica de alguns dos meios de prova referidos na atual legislação antidrogas, bem como a ligação desses meios com uma política criminal repressiva.

2. Da possibilidade de infiltração de agentes policiais

Prescreve o art. 53, I, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;⁵

A possibilidade de infiltração de agentes policiais já era prevista na Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95) e, com a promulgação da nova lei antidrogas, fez-se novamente presente, demonstrando a intenção de repressão total às verdadeiras organizações criminosas.

Ocorre que a adoção de institutos alienígenas, sem a competente regulamentação, mostra-se incompatível com os princípios reitores do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, totalmente ineficaz. São as críticas da doutrina especializada:

O primeiro problema que se apresenta é o seguinte: quais crimes o infiltrado está autorizado a praticar? Toda pessoa que se apresenta ao crime organizado submete-se a ordens e é obrigado a praticar alguns crimes. O infiltrado estaria isento de qualquer pena nesse caso? Quais crimes ele poderia praticar sem ter problemas legais? O infiltrado deve mudar sua identidade, de sua família etc. Quando descoberto é aposentado compulsoriamente. Nada foi regulado pela nova Lei. A eficácia do instituto está seriamente comprometida. Vejamos sua eficiência. O tempo dirá se esse meio investigativo é realmente útil.⁶

O objetivo da novel legislação, no campo material como no processual, foi reprimir o tráfico de drogas, mediante a utilização de mecanismos gravosos e que permitam a punição dos líderes das organizações criminosas. Ocorre que, prematuramente, criou-se um instituto incapaz de atender aos objetivos colimados por ausência de regulamentação legal, configurando verdadeira *atecna* legislativa.

As críticas não cessam nesse ponto, principalmente quando se observa a tendência legislativa brasileira na seara criminal. São expressivas as críticas de Bitencourt:

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de *exacerbação e ampliação* dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governos utilizam o *Direito Penal* como panacéia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrária e simbolicamente o direito penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 55.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 291.

⁵ BRASIL. **Lei 11.343**. Publicada em 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 5 mai. 2009.

⁶ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 264.

imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade.⁷

Ora, antes da criação de qualquer instituto, principalmente quando acarrete restrições às liberdades constitucionais⁸, necessária se faz a esmerada regulamentação para que, no caso concreto, possa o magistrado, ponderando os direitos fundamentais em conflito, decidir pela viabilidade ou não da medida, sob pena de instituição de mera demagogia de eficácia no âmbito penal.

Percebe-se, pois, que:

Todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como 'discurso legitimador' do *abandono progressivo* das garantias fundamentais do *direito penal da culpabilidade*, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, (...). Na linha de 'lei e ordem', sustentando-se a validade de um *Direito Penal Funcional*, adota-se um moderno *utilitarismo penal*, isto é, um *utilitarismo dividido*, parcial, que visa somente à *máxima utilidade da minoria*, expondo-se, conseqüentemente, às tentações de *autolegitimação* e a retrocessos autoritários, bem ao gosto de um *Direito Penal máximo*, cujos fins justificam os meios e a sanção, como afirma Ferrajoli, deixa de ser 'pena' e passa a ser 'taxa'.⁹

3. Da delação premiada

Não bastasse a permissão de infiltração de agentes policiais, totalmente sem regulamentação e, por conseguinte, ineficaz, a nova lei antidrogas ainda previu, no art. 41, a possibilidade de benefício ao co-réu ou indiciado que colabore com as investigações criminais. *In verbis*:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.¹⁰

A mera leitura do dispositivo denota que o legislador, antes de se preocupar com princípios morais e éticos, procurou, mais uma vez, reprimir o tráfico de entorpecentes com a garantia de um direito subjetivo¹¹ àquele que coopera com a instrução criminal, permitindo uma ação mais efetiva da polícia e do Judiciário.

Assim, buscando minimizar, emergencialmente, os problemas estruturais investigatórios, que, desde longínqua

data se demonstram ineficientes, o novel diploma legislativo, mediante a colaboração daqueles que, diuturnamente, encontram-se envolvidos com o tráfico de drogas, permitiu a redução de pena, mesmo que tal ação seja pautada em valores contrários aos preceitos do grupo¹² criminoso, demonstrando, inescrupulosamente, que:

A delação premiada, com efeito, assenta-se na traição. A Lei não é pedagogicamente correta quando ensina que trair traz benefícios. Sendo eticamente reprovável (ou, no mínimo, discutível), deve a delação premiada ser restringida o máximo possível. Só teria cabimento em situações muito especiais. E, de qualquer modo, requer muita cautela porque pode haver incriminação puramente vingativa.¹³

Não bastasse tal fato, a lei é peremptória ao exigir que, além da identificação dos demais co-autores e partícipes, o investigado deve, com sua ação, permitir a recuperação dos produtos do crime.

Ocorre que, em delitos de drogas, a prova da origem dos bens oriundos da ação criminosa nem sempre é fácil e, muitas das vezes, não é de conhecimento do delator. Por conseguinte, difícil será a aplicação do instituto caso a interpretação literal prevaleça. Assim, para que a benesse não se torne letra morta, deve-se interpretá-la com prudência. Nos dizeres de Oliveira:

(...) pensamos que a recuperação do produto do crime somente há de ser exigida, também como condição, se houver efetiva possibilidade fática da medida. Ou seja, não é porque não se conseguiu a recuperação (total ou parcial) do produto que não se poderá aplicar a redução da pena. A identificação dos co-autores e partícipes e a citada recuperação do produto do crime, na realidade, constituem os elementos definidores da *colaboração* do acusado. É dizer: será efetiva a colaboração, se com ela se puder apontar os demais envolvidos. Em relação à recuperação do produto, todavia, nem sempre será possível, porque eventualmente poderá estar fora do alcance do acusado. E nem por isso, pensamos, se deverá afastar a diminuição da pena.¹⁴

Em sentido oposto, os socalícios nacionais, desde a égide da legislação anterior, têm-se mostrado renitentes na aplicação do dispositivo mencionado, garantindo ao réu o benefício somente quando preenchidos, de forma cabal, os requisitos legais, o que, mais uma vez, confirma que o intuito colaborador do legislador é mera aparência e, em realidade, o que se busca é a repressão de um maior número de criminosos. Nesse sentido, tem decidido o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MANUTENÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ART. 14 DA LEI 6.368/76. CARÁTER ESTÁVEL E PERMANENTE DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPROVAÇÃO. AUTONOMIA DOS ILÍCITOS TIPIFICADOS NOS ARTIGOS 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76. ART. 13 DA LEI 6.368/76. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELO DO ACUSADO PARCIALMENTE PROVIDO. INAPLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial: dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública. v. 4. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

⁸ Nessa categoria se insere a "infiltração de agentes policiais", uma vez que o sigilo de comunicações dos investigados é quebrado, com o conseqüente monitoramento de todas as suas ações.

⁹ BITENCOURT, op. cit. p. 241.

¹⁰ BRASIL. **Lei 11.343**. Publicada em 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 5 mai. 2009.

¹¹ É a posição de GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹² Utiliza-se a terminologia "grupo", uma vez que nem todas as organizações criminosas ligadas ao tráfico de drogas são quadrilhas e, em não tendo a legislação nacional restringido a benesse aos bandos, a melhor interpretação do dispositivo é aquela que permite a sua aplicação a todos os indiciados ou réus que, conforme a lei, dele se utilizem.

¹³ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 229.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.630.

AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 32 DA LEI Nº 10.409/2002. QUANTIDADE DE DROGA. CONSIDERAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM RELAÇÃO AOS APELADOS. NÃO CONCRETIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DA NORMA PENAL INCRIMINADORA (LEI 6.368/76). APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA OS CRIMES HEDIONDOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. É de rigor a manutenção da sentença que condenou um dos acusados como incurso nas penas do art. 14 da Lei 6.368/76, em restando comprovado o caráter estável e permanente da associação para o tráfico.

2. Os ilícitos tipificados nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, são autônomos e puníveis na forma do art. 69 do CP.

3. Não configuração do delito previsto no art. 13 da Lei 6.368/76.

4. Inaplicação do benefício da delação premiada em face da ausência dos requisitos previstos no art. 32 da Lei nº 10.409/2002.

5. A expressiva quantidade de droga apreendida deve ser considerada na fixação da resposta penal.

6. É de rigor a manutenção da sentença absolutória se no decorrer da instrução criminal não restar demonstrado, em relação aos apelados, que os mesmos concretizaram os elementos da norma penal incriminadora (Lei 6.368/76).

7. A vedação à progressão do regime de cumprimento da pena para os crimes hediondos é inconstitucional.

8. Apelo do Ministério Público improvido. Parcial provimento ao apelo do réu.¹⁵

Demonstra-se, novamente, que o legislador, sem se preocupar com a escoreita técnica, regulou o instituto de forma parca, o que o torna quase impraticável, servindo, tão-somente, de “meio de barganha” do investigado para que colabore com a instrução criminal, sem lhe garantir o mínimo: sua proteção.

Não bastassem tais críticas, deve-se lembrar que, hodiernamente, a incorporação de diretrizes do movimento “lei e ordem”, principalmente com a utilização da mídia de massa para a justificação da repressão a delitos, a delação premiada deve ser repensada, uma vez que “(...) tudo isso vem a público imediatamente, porque o tempo da mídia não é o mesmo da Justiça. A presunção de inocência, em regra, não vale para a mídia”.¹⁶

Assim, a cautela deve imperar na utilização do instituto, garantindo-se, principalmente, proteção ao delator, uma vez que a diminuição de pena àquele que delata verdadeira e poderosa organização criminosa, sem a correspondente proteção estatal não representa benefício em face da “pena capital” que lhe seria imputada pelos demais co-autores e/ou partícipes caso seu depoimento fosse descoberto.

É factível que neste ponto, novamente, a legislação brasileira adotou instituto alienígena sem se preocupar com sua efetiva regulamentação ou seus limites, visando, tão-somente, à repressão dos inculcados.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública**. v. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Lei 11.343**. Publicada em 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 5 mai. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Quarta Turma. **Apelação Criminal 2006.01.99.022502-9/MT**. *Justiça Pública e Joilson Paulo dos Anjos Martins versus Justiça Pública, Juliana Aparecida Fazio e Reginaldo Gorgonho de Oliveira*. Rel. Des. Hilton Queiroz. Julgado em 21/06/2007, DJ p.29.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Quarta Turma. **Apelação Criminal 2006.01.99.022502-9/MT**. *Justiça Pública e Joilson Paulo dos Anjos Martins versus Justiça Pública, Juliana Aparecida Fazio e Reginaldo Gorgonho de Oliveira*. Rel. Des. Hilton Queiroz. Julgado em 21/06/2007, DJ p.29.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada: Lei 11.343 de 23.08.2006**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 229.