



Aspectos procedimentos da nova lei de combate às drogas

24/10/2006

“Talvez o caminho seja mais árduo. A fantasia é sempre mais fácil e mais cômoda. Com certeza é mais simples para os pais de um menino drogado culpar o fantasma do traficante, que supostamente induziu seu filho ao vício, do que perceber e tratar dos conflitos familiares latentes que, mais provavelmente, motivaram o vício. Como, certamente, é mais simples para a sociedade permitir a desapropriação do conflito e transferi-lo para o Estado, esperando a enganosamente salvadora intervenção do sistema penal.”¹

No dia 7 de outubro do ano de 2006 ² entrou em vigor em nosso país a Lei 11.343/06 que institui o Sisnad — Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes, além do respectivo procedimento criminal. Para fins da Lei, consideram-se como drogas³ as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Até que seja atualizada a terminologia destas listas, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, especificadas na Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66).

Do procedimento penal

O capítulo III do título IV trata do procedimento penal, estabelecendo inicialmente que o “procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal”.

Quando se tratar da prática das condutas previstas no artigo 28 da lei ⁴ e, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos artigos 33 a 37⁵, “será processado e julgado na forma dos artigos. 60 e seguintes da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais”.⁶

Tal como ocorre com as infrações penais de menor potencial ofensivo⁷, nas condutas previstas no artigo 28 (porte ou plantação para consumo próprio⁸, “não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.” Exatamente como está previsto no artigo 69 da Lei 9.099/95. Caso ausente a autoridade judicial, tais providências “serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.” Aqui, diversamente do que ocorre nas infrações penais de menor potencial ofensivo, não deve ser lavrado, em nenhuma hipótese, o auto de prisão em flagrante, ainda que o autor do fato não assine o referido termo de compromisso. Está vedada

expressamente a detenção do agente.

Após tais providências, deve “o agente ser submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado”.

Já no Juizado Especial Criminal, o Ministério Público deverá propor a transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95); a proposta terá como objeto uma das medidas educativas (como define a própria lei) previstas no artigo 28 desta lei, a saber: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Diz a lei que quando se tratar das condutas tipificadas nos artigos. 33, *caput* e parágrafos 1º, e 34 a 37, “o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei 9.807, de 13 de julho de 1999.” A propósito, o artigo 41 dispõe que o “indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” É a chamada delação premiada ou colaboração processual.⁹

Diz a lei que “ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado”, tal como determina o artigo 5º, LXII da Constituição Federal. A novidade é que se exige, também, que seja “dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 horas.”¹⁰ Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea (laudo provisório). O perito que subscrever este laudo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo. Observa-se que, diferentemente do que ocorre com a feitura do laudo definitivo, para este provisório laudo de constatação não é necessária a participação de dois peritos, como exige o artigo 159 e seu parágrafo 1º., CPP, além de se dispensar o diploma de curso superior para o perito não oficial. Aliás, temos aqui uma clara exceção ao disposto no artigo 279, II do Código de Processo Penal, segundo o qual não pode ser perito quem “tiver opinado anteriormente sobre o objeto da perícia”, pois mesmo aquele perito que assinou o primeiro laudo poderá também atestar o segundo e definitivo documento. Relembre-se que o laudo definitivo continua sendo imprescindível para subsidiar um decreto condenatório, sendo “francamente majoritária a jurisprudência que reputa imprescindível para a condenação nos artigos. 12 e 16 da Lei 6.368/76 o exame toxicológico definitivo, não o suprimindo o laudo de constatação preliminar.” (TJSP – Rev. 28.417 – Rel. Álvaro Cury – RT 594/304 e RJTJSP 92/482).

Continua a lei:

“Artigo. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 dias, quando solto. Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da

autoridade de polícia judiciária.” Ressalta-se que pelo Código de Processo Penal a dilação de prazo para a conclusão do inquérito policial só está permitida quando o indiciado estiver solto (art. 10, parágrafo 3º.). Como se percebe, quanto ao indiciado preso aumentou-se o prazo para o término do inquérito policial, em relação àquele estabelecido genericamente no artigo. 10 do Código de Processo Penal. É evidente que apenas quando demonstrada efetivamente a necessidade da dilação o Juiz, também fundamentadamente, deferirá o pedido feito pela autoridade policial. Estando preso o indiciado, esta duplicação do prazo deve ser feita com bastante cautela, a fim que não se prolongue demasiado a conclusão da peça informativa (não esqueçamos do disposto no art. 5º., LXXVIII da Carta Constitucional¹¹).

Diz o artigo 52: “Findos os prazos a que se refere o artigo 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo”:

“I – relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.” Excepcionalmente a lei determina que o relatório do inquérito policial indique, expressa e justificadamente, a qualificação jurídica do fato, evitando-se, assim, que arbitrariamente sejam indiciados meros usuários como traficantes, com todas as conseqüências daí decorrentes, como, por exemplo, a impossibilidade de prestar fiança ou mesmo de se livrar solto. Deverá o Delegado de Polícia explicitar em suas conclusões o que o levou ao indiciamento por este ou aquele crime, regra interessante e inovadora em relação ao nosso Código de Processo Penal, pois, como diz Tourinho Filho, tradicionalmente “esse relatório não encerra, não deve nem pode encerrar qualquer juízo de valor.”¹² Como bem anotaram Gilberto Thums e Vilmar Velho Pacheco Filho, buscou-se “evitar que continuassem sendo adotados alguns critérios abstratos, absurdamente subjetivos em que a autoridade policial usava a ‘experiência’ e até mesmo o pressentimento para classificar um crime de tóxico, ou ainda, o procedimento da qualificação pelo delito mais grave uma vez que pairasse qualquer dúvida sobre o realmente ocorrido, contrariando o básico princípio do favor rei ou *in dubio pro reo*, basilar da melhor justiça penal.”¹³

“II – requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias. Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I – necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até três dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II – necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até três dias antes da audiência de instrução e julgamento.”

No artigo 53 a lei permite, “em qualquer fase da persecução criminal”, “além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios (grifamos):

“I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;” este procedimento é amplamente usado, e desde há muito, nos

Estados Unidos (operação *undercover*). É o também chamado agente encoberto, que pode ser conceituado como um *funcionario policial o de las fuerzas de seguridad que hace una investigación dentro de una organización criminal, muchas veces, bajo una identidad modificada, a fin de tomar conocimiento de la comisión de delitos, su preparación e informar sobre dichas circunstancias para así proceder a su descubrimiento, e algunos casos se encuentra autorizado también a participar de la actividad ilícita*.¹⁴ Ocorre que, como bem anotou Isaac Sabbá Guimarães, “não há previsão expressa sobre a conduta a ser seguida pelo agente infiltrado, especificamente sobre atos que eventualmente possam configurar crimes, fato este que inapelavelmente terá de ser tratado pela doutrina e jurisprudência dos tribunais, pois, em inúmeras situações a infiltração levará a alguma conduta criminosa que não poderá ser recusada sob pena de malograr as investigações.”¹⁵ cremos, sob este aspecto e a depender evidentemente de cada caso concreto, que, nada obstante a conduta típica, estaríamos diante de um estrito cumprimento do dever legal se o ato praticado fosse “rigorosamente necessário”¹⁶, a excluir a ilicitude.

De toda maneira, resta-nos (para quem acredita) pedir proteção aos deuses! (aliás, deus, é o que não falta à minha terra, Bahia¹⁷). Vários são os países que adotam a figura do agente infiltrado, senão vejamos: Portugal (Lei 101/2001, exigindo-se observância ao princípio da proporcionalidade); Argentina (*si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo* – Lei 24.424/94, prevendo-se, também, uma escusa absolutória para o agente infiltrado que vier a praticar, nesta condição, um delito, salvo se o crime colocar em grave risco a vida ou integridade física de uma pessoa ou impuser grave sofrimento físico ou moral a outrem); Alemanha (desde 1992); França (art. 706-32 do Code de Procédure Pénale); México (Ley Federal contra la Delicuencia Organizada de 1996); Chile (Lei 19.366/95) e Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Criminal* – artigo 282 – bis).

“II – a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único.” Nesta hipótese, “a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.” Trata-se, aqui, de mais uma hipótese de flagrante diferido ou protelado, cuja previsão legal já existe na chamada Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95 – artigo 2º., II). Permite-se, por exemplo, que não se prenda os agentes desde logo, ainda que em estado de flagrância, quando há possibilidade que o deferimento da medida possa ensejar uma situação ainda melhor do ponto de vista repressivo. Exemplo: a Polícia monitora um porto à espera da chegada de um grande carregamento de cocaína, quando, em determinado momento, atraca um pequeno bote com dois dos integrantes da quadrilha ou bando (já conhecidos) portando um saco plástico transparente contendo um pó branco, a indicar ser cocaína. Pois bem: os agentes policiais, ao invés de efetuarem a prisão em flagrante, pois há um crime visto, procrastinam o ato, esperando que a “grande carga” seja desembarcada em um navio que se sabe virá entro em breve. É o chamado flagrante diferido ou protelado. Em suma, evita-se a prisão em flagrante no momento da prática do delito, a fim que em um momento posterior, possa ser efetuada com maior eficácia a prisão de todos os participantes da

quadrilha ou bando, bem como se permita a apreensão da droga em maior quantidade.

Observamos que, ao contrário da previsão existente na lei revogada (Lei 10.409/02) a atual não mais permite expressamente o uso dos meios investigatórios previstos na Lei 9.034/95, razão pela qual não será mais possível a utilização dos demais atos de investigação disciplinados no artigo. da Lei do “Crime Organizado”, como, por exemplo, a captação e a interceptação ambiental. Tais “procedimentos de investigação e formação de provas” são autorizados, apenas e tão-somente, quando se tratar de “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.”¹⁸ Como se trata de uma lei especial, bem como de atos investigatórios que atingem direitos e garantias constitucionais (como a intimidade e a vida privada), devem ser reservados apenas para a hipótese de quadrilha ou bando (art. 288, Código Penal), “associações” ou “organizações criminosas”.

É bem verdade que o *caput* do artigo 53 permite a utilização de outros procedimentos investigatórios previstos em lei; tal disposição, no entanto, não pode ser interpretada no sentido de abarcar a Lei 9.034/95 (que é especial e mais gravosa). O que se permite, por exemplo, é o uso de atos de investigação previstos no próprio Código de Processo Penal (o que é óbvio) e em leis extravagantes, como a interceptação telefônica, que pode ser determinada em relação à investigação de qualquer delito (desde que sejam observados, evidentemente, os três incisos do artigo 2º. da Lei 9.296/96).

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que os atos investigatórios previstos na lei especial “só podem incidir ‘sobre ação praticada por organizações’”. Não são meios persecutórios válidos em relação a qualquer crime. Só em relação à organização criminosa em si e aos crimes resultantes dela (estes por força do art. 1º. da lei) é que possuem eficácia tais meios persecutórios (o autor não admite em relação a quadrilha ou bando). Nisso reside o âmbito de incidência da lei e dos meios operacionais que ela prevê.”¹⁹

Em reforço à nossa tese, lembramos que a lei anterior, expressamente, previa a utilização dos procedimentos investigatórios da Lei 9.034/95 (art. 33, *caput*, Lei 10.409/02), o que agora não se repetiu.

Em seguida, os artigos 54 a 59 tratam da instrução Criminal, nestes termos:

“Artigo. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 dias, adotar uma das seguintes providências:

I – requerer o arquivamento; (artigo 28, CPP)

II – requisitar as diligências que entender necessárias; (art. 13, II do Código de Processo Penal);

III – oferecer denúncia, arrolar até 5 testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.”

O prazo, como se lê, é de 10 dias; caso, porém, o indiciado esteja preso, entendemos que este prazo será de 5 dias, atendendo-se à regra geral estabelecida no artigo 46 do Código de Processo Penal, mais favorável e aqui utilizada subsidiariamente. Neste prazo não se conta o primeiro dia se o indiciado estiver solto (art. 798, parágrafo 1º, CPP). Se preso, inclui-se o primeiro dia, na forma do artigo 10 do Código Penal (STF, RTJ, 58/81). Já o número de testemunhas não foi alterado em relação ao antigo procedimento. Neste número não são computadas as que não prestaram compromisso, as referidas, as judiciais e as que nada souberem que interesse à decisão da causa (arts. 209 e 398 do Código de Processo Penal).

A nova lei não mais possibilita ao Ministério Público “deixar, justificadamente, de propor ação penal contra os agentes ou partícipes de delitos”, como constava do artigo 37, IV da revogada Lei 10.409/02. Era, aliás, uma clara mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal²⁰ (que já havia sido mitigado pela possibilidade da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/95²¹). Observa-se que esta hipótese era diversa do pedido de arquivamento. Com efeito, o arquivamento pode ser requerido em razão da atipicidade do fato, extinção da punibilidade, falta de justa causa, autoria desconhecida, ausência de interesse de agir, etc, já que “o legislador não tratou expressamente das hipóteses de arquivamento, mas sim dos casos em que a ação não deve ser exercitada (art. 43).”²² Permitir-se-ia, além do arquivamento, que o Ministério Público deixasse justificadamente (art. 129, VIII, *in fine* da Constituição Federal) de propor a ação penal, inclusive fundamentando o seu pedido em razões de política criminal. Tratava-se, às escâncaras, da consagração (ainda que tímida) em nosso sistema do princípio da oportunidade, antes apenas presente nas ações penais de iniciativa privada²³. Achávamos que tinha sido uma excelente inovação, agora revogada. Assim, por exemplo, caso o indiciado tivesse colaborado com as investigações, poderia o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia em relação a ele, acusando os demais autores cujas participações puderam ser efetivamente esclarecidas com a colaboração processual deste primeiro indiciado. Poderia, igualmente, deixar de ser oferecida a denúncia atendendo às circunstâncias do fato, à insignificância participação no crime ou à condição de que o agente, ao tempo da ação, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de dependência grave, comprovada por peritos.

Oferecida a peça acusatória, diz o artigo 55 que “o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 dias parágrafo 1o Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5, arrolar testemunhas. parágrafo 2o. As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos artigos. 95 a 113 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, parágrafo 3o. Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação. § 4o Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 dias. parágrafo 5o. Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.”

Temos uma disposição absolutamente salutar, já prevista em nosso ordenamento jurídico (artigo 514 do CPP, artigo 4o. da Lei 8.038/90, art. 43, parágrafo 1º. da Lei de Imprensa e artigo 81 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, além do artigo 395 do Projeto de Lei 4.201/01

²⁴) e também na lei revogada (Lei 10.409/02). Há, efetivamente, uma defesa prévia, anterior ao recebimento da peça acusatória, dando-se oportunidade ao denunciado de contrariar a imputação feita pelo Ministério Público, rechaçando-a e tentando obstaculizar a instauração da ação penal.

O dispositivo determina, desde logo, que se efetive a notificação do denunciado; não se trata de citação, mesmo porque ainda não se pode falar, nesta fase, em acusado ou processo. Renato de Oliveira Furtado assevera que a “citação não pode ser confundida com notificação e não é possível se falar já em citação quando a denúncia nem mesmo foi ainda recebida.”²⁵

A notificação deverá ser feita pessoalmente ao denunciado e, se tiver, ao seu defensor constituído. A resposta deve ser dada em 10 dias, atentando-se para a Súmula 710 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem.” Logo, o prazo conta-se da data da intimação e não do da juntada do respectivo mandado aos autos.

Esta resposta preliminar consiste na defesa prévia propriamente dita, bem como na argüição de exceções. Como ensina José Frederico Marques, nesta hipótese “estabelece-se um contraditório prévio, para que o Juiz profira, com o despacho liminar, decisão semelhante ao *judicium accusationis*.”²⁶ O denunciado poderá argüir em sua defesa qualquer matéria, seja de natureza estritamente processual (ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação, por exemplo), como adentrar o próprio mérito da acusação, inclusive postulando a produção de provas que serão realizadas a critério do Juiz. Evidentemente que deve ser dada a esta disposição uma correta interpretação, a fim que não se lhe restrinja o alcance (prejudicando a defesa e o juízo de admissibilidade a ser feito pelo Magistrado), nem, tampouco, elasteça-se-lhe de tal forma o significado que se permita uma verdadeira antecipação da instrução criminal, nos moldes do Juizado de Instrução, preconizado na lei processual penal francesa (sistema bifásico ou misto) que, segundo Hélie (Traité, I, 178, parágrafo 539), é *la loi procédure criminelle la moins imparfaite du monde*.²⁷

Será nesta resposta prévia que o denunciado deverá, sob pena de preclusão, arrolar as suas cinco testemunhas. Esta resposta é obrigatória e deverá ser necessariamente subscrita por um advogado (constituído ou nomeado, ou pelo Defensor Público). Entendemos, inclusive, tratar-se de uma nulidade absoluta a sua ausência. Observa-se que em relação ao art. 514 do Código de Processo Penal (que contém disposição idêntica²⁸), a jurisprudência, apesar de vacilante, assim já decidiu, inclusive o Supremo Tribunal Federal:

“Artigo 514 do CPP. Formalidade da resposta por escrito em crime afiançável. Nulidade alegada oportunamente e, como tal, irrecusável, causando a recusa prejuízo à parte e ferindo o princípio fundamental da ampla defesa.” (RT 601/409).

“Artigo 514 do CPP. Falta de notificação do acusado para responder, por escrito, em caso de crime afiançável, apresentada a denúncia. Relevância da falta, importando nulidade do processo, porque atinge o princípio fundamental da ampla defesa. Evidência do prejuízo.” (RT 572/412).

O Superior Tribunal de Justiça da mesma forma:

“Recurso de *habeas corpus* Crime de responsabilidade de funcionário público. Sua notificação para apresentar defesa preliminar (art. 514, CPP). Omissão. Causa de nulidade absoluta e insanável do processo. Ofensa à Constituição Federal (art. 5º, LV). Nos presentes autos, conheceu-se do recurso e deu-se-lhe provimento, para se anular o processo criminal a que respondeu o paciente, pelo crime do artigo 317 do CP, a partir do recebimento da denúncia (inclusive), a fim de que se cumpra o estabelecido no artigo 514 do CPP.” (RSTJ 34/64-5).

Em decisão proferida no dia 13 de dezembro de 2005, a 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, “deu provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por condenado pela prática do crime tráfico de entorpecentes (Lei 6.368/76, art. 12), cuja citação para oferecimento de defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 dias, não fora realizada. Entendeu-se que não se assegurara ao recorrente o exercício do contraditório prévio determinado pelo aludido dispositivo legal (Lei 10.409/2002: “Artigo 38. Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias. Vencida a Ministra Ellen Gracie, que negava provimento ao recurso por considerar não demonstrado o prejuízo à defesa, uma vez que a matéria que se pretendia alegar naquela fase fora deduzida em outros momentos processuais. RHC concedido para invalidar o procedimento penal, desde o recebimento da denúncia, inclusive, determinando a expedição de alvará de soltura” (STF, RHC 86680/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 13.12.2005. Informativo 413).

A 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal também vem entendendo tratar-se de nulidade absoluta:

“Defesa - Entorpecentes - Nulidade por falta de oportunidade para a defesa preliminar prevista no art. 38 da L. 10.409/02: demonstração de prejuízo: prova impossível (HC 69.142, 1.ª T., 11.2.92, Pertence, RTJ 140/926; HC 85.443, 1.ª T., 19.4.05, Pertence, DJ 13.5.05). Não bastassem o recebimento da denúncia e a superveniente condenação do paciente, não cabe reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida.” (STF, HC 84.835/SP, 1.ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 9.8.2005, DJ 26.8.2005, página.28, Ementário Vol. 02202-2, p. 00366).

Repetimos: se o denunciado tem advogado constituído (e o fez, por exemplo, na fase inquisitorial), além de sua notificação, deverá também ser notificado este profissional contratado (afinal de contas, como se sabe, a ampla defesa inclui, além da autodefesa, a chamada defesa técnica ou processual,²⁹). A notificação deste advogado constituído obedecerá ao artigo 370 do CPP. Ainda nesta hipótese, não sendo apresentada a defesa preliminar pelo profissional contratado urge que se notifique o denunciado para contratar outro advogado; caso não o faça, que se nomeie, então, um defensor dativo para o mister.

Também em cinco dias deve ser proferida a respectiva decisão, não recebendo, rejeitando³⁰ ou aceitando a denúncia. Se não se sentir suficientemente preparado, do ponto de vista probatório,

para proferir esta decisão, o Juiz, poderá proceder à “realização de diligências, exames e perícias.”³¹.

Em seguida, dispõe o artigo 56 que, “recebida a denúncia³², o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado³³, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.” Se se tratar dos crimes tipificados nos artigos 33, *caput* e parágrafo 1o, e 34 a 37, “o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.”³⁴ Inicialmente, observamos que mais uma vez o legislador descuroou-se da diferença entre intimação e notificação³⁵.

Por outro lado, como se trata de crime contra a saúde pública³⁶, a coletividade é o sujeito passivo da infração, podendo ser considerados prejudicados, secundariamente, e em alguns casos, as pessoas que recebem a droga para o consumo que, então, poderão se habilitar como assistentes da acusação, na forma do artigo 268 do Código de Processo Penal.³⁷ Neste sentido, *mutatis mutandis*, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mesmo tratando-se de delito contra a fé pública, em que o sujeito passivo é, primariamente, o Estado, secundariamente será sujeito passivo aquele em prejuízo de quem a falsidade tenha sido praticada, tendo legitimidade, pois, para figurar nos autos como assistente do Ministério Público.” (RT 552/308).

Esta audiência de instrução e julgamento “será realizada dentro dos 30 dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 dias.” Entendemos que se tratando de acusado preso, em nenhuma hipótese deve ser adiada a audiência de instrução e julgamento que deverá ser realizada na data marcada, salvo se o réu for posto em liberdade. Como se disse acima, o acusado tem direito a um julgamento rápido (nada obstante seguro³⁸) e sem dilações indevidas³⁹. A recente “Reforma do Judiciário” (Emenda Constitucional 45/04), acrescentou mais um inciso ao artigo 5º. da Constituição Federal, estabelecendo expressamente que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (inciso LXXVIII).

“Artigo 57. Na audiência de instrução e julgamento⁴⁰, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 minutos para cada um, prorrogável por mais 10, a critério do juiz. Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.” Aqui, repetiu-se a disposição contida no artigo 188 do Código de Processo Penal. Nos debates orais, havendo assistente, entendemos que o seu advogado terá a palavra após o Promotor de Justiça pelo mesmo período de tempo (art. 271, CPP), aplicando-se analogicamente o artigo 539, parágrafo 2º. do Código de Processo Penal.

A lei certamente descuroou-se de uma tendência moderna em considerar o interrogatório, também e principalmente, como um meio de defesa, realizando-o apenas ao final da colheita de toda a prova, como o fez a Lei 9.099/95 e o Projeto de Lei 4.204/01 que visa a reformar o Código de Processo Penal⁴¹. No interrogatório, deverá o Juiz questionar ao acusado sobre eventual dependência⁴². Neste aspecto, note-se que o Superior Tribunal de Justiça decidiu: “O texto do artigo 19 da Lei 6.368/76 é expresse no sentido de aplicar a isenção ou redução de pena, qualquer que seja o crime cometido, ao agente que o praticar em razão da dependência ou sob efeito de substância entorpecente. Comprovado mediante perícia médica que o réu, na data em que cometeu o crime de furto, tinha sua capacidade de autodeterminação diminuída por ser viciado em tóxico, deve sua pena ser reduzida de um a dois terços. A Turma, prosseguindo no julgamento, negou provimento ao recurso.” (REsp 343.600-DF, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 19/8/2003).

“Artigo 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos. parágrafo 1o. Ao proferir sentença, o juiz, não tendo havido controvérsia, no curso do processo, sobre a natureza ou quantidade da substância ou do produto, ou sobre a regularidade do respectivo laudo, determinará que se proceda na forma do artigo. 32, parágrafo 1o, desta Lei⁴³, preservando-se, para eventual contraprova, a fração que fixar parágrafo 2o. Igual procedimento poderá adotar o juiz, em decisão motivada e, ouvido o Ministério Público, quando a quantidade ou valor da substância ou do produto o indicar, precedendo a medida a elaboração e juntada aos autos do laudo toxicológico.”

“Art. 59. Nos crimes previstos nos artigos. 33, *caput* e parágrafo 1o, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.” Obviamente que esta disposição fere a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição⁴⁴ e o postulado constitucional da presunção de inocência; sobre este assunto, remetemos ao nosso trabalho intitulado “O Direito de Apelar em Liberdade”.⁴⁵

Observa-se que com o advento da Lei 10.259/01 (e da Lei 11.313/06), o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo restou ampliado, fazendo com que dois dos tipos penais elencados na Lei 11.343/06⁴⁶ passassem a ser considerados crimes de menor potencial ofensivo, cuja competência para o julgamento é indiscutivelmente dos Juizados Especiais Criminais, afastando-se, inclusive, o procedimento especial da nova Lei de Tóxicos. Neste caso, deverá ser tentada, antes da denúncia, a transação penal⁴⁷.

Portanto, tratando-se de crimes de menor potencial ofensivo, e tendo em vista que a competência para o respectivo processo é dos Juizados Especiais Criminais (art. 98, I da Constituição), indeclinável que em tais casos haverá, ao invés de inquérito policial, um termo circunstanciado, impossibilitando-se, a princípio, a lavratura do auto de prisão em flagrante (art. 69 da Lei 9.099/95).⁴⁸

Segundo o artigo 44, “os crimes previstos nos artigos. 33, *caput* e parágrafo 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada à conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes

previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”

Sobre a (inconstitucional) proibição da liberdade provisória, veja-se o que escrevemos no trabalho “O Processo Penal como instrumento da democracia”.⁴⁹ Ademais, também é inconstitucional a proibição peremptória da suspensão condicional da pena e do indulto, pois nem a Constituição Federal o fez (art. 5º. XLIII).

“Artigo 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos artigos. 125 a 144 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Parágrafo 1º – Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de cinco dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.” No 2º deste artigo 60 estabelece-se que “provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.”

Ora, temos aqui indiscutivelmente uma odiosa inversão do ônus da prova, o que já havia acontecido no art. 4º, parágrafo 2º. da Lei 9.613/98 (“lavagem de dinheiro”). Observa-se que a ilicitude deve ser provada pelo órgão acusador⁵¹, a teor, inclusive, do artigo 156 do CPP, pois “à parte acusadora incumbe fornecer os necessários meios de prova para a demonstração da existência do *corpus delicti* e da autoria”, como já ensinava o mestre José Frederico Marques⁵². No dispositivo ora comentado há uma presunção de ilicitude absolutamente estranha aos postulados constitucionais consubstanciados no princípio maior da presunção de inocência. Aliás, comentando aquele dispositivo da Lei de Lavagem de Capitais, Luiz Flávio Gomes advertia que a “sua literalidade poderia dar ensejo a uma interpretação completamente absurda e inconstitucional, além de autoritária e seriamente perigosa, e que consistiria na exigência, em todos os casos, de inversão do ônus da prova (com flagrante violação ao princípio da presunção de inocência).” Para salvá-lo (e a lição é válida para nosso estudo), o jurista propõe a seguinte interpretação: “durante o curso do processo, tendo havido apreensão ou seqüestro de bens, se o acusado, desde logo, espontaneamente (*sponte sua*, sublinhe-se), já comprovar sua licitude, serão liberados imediatamente, sem necessidade de se esperar a decisão final.” Do contrário, diz ele, estaríamos diante de uma “inconstitucionalidade e arbitrariedade. Ninguém está autorizado a fazer ruir um princípio constitucional conquistado depois de uma luta secular.”⁵³

Continua o artigo 60:

“Parágrafo 3º – Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores. Parágrafo 4º – A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução

imediatamente possa comprometer as investigações.”

Concordamos com William Terra de Oliveira, ao afirmar que tais medidas assecuratórias “somente podem vir à luz mediante a presença de requisitos autorizadores, dentre eles a presença de indícios (elementos de prova que indiquem a ocorrência do fato ilícito) e de que tais circunstâncias estão relacionadas com a prática do narcotráfico (*ratio legis* do dispositivo). Tais indícios devem ser suficientes, ou seja, capazes de dar fundamento lógico e embasamento fático ao despacho que determinar a constrição. Na ausência desse pressuposto material o juiz poderá indeferir a medida.”⁵⁴

Vejamos os demais dispositivos deste capítulo:

“Artigo 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no artigo 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a SENAD, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades. Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União”.

“Artigo 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

Parágrafo 1º – Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Parágrafo 2º – Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público. Parágrafo

3º – Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

Parágrafo 4o – Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da SENAD, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo 5o – Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no parágrafo 4o deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

Parágrafo 6o – Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

Parágrafo 7o – Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a SENAD e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 dias.

Parágrafo 8o – Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

Parágrafo 9o – Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao FUNAD, juntamente com os valores de que trata o parágrafo 3o deste artigo.”

No parágrafo 10º. afirma-se que “terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.” Observa-se, contudo, que em sede de Mandado de Segurança ⁵⁵ pode-se perfeitamente ser concedida, liminarmente, uma ordem para cassar ou sustar as medidas apontadas nestes parágrafos. Ada, Scarance e Gomes Filho esclarecem que “no curso da demanda surgem com bastante frequência atos jurisdicionais ilegais, cuja execução é apta a provocar dano irreparável a uma das partes. E a existência de recurso contra esse ato pode não ser suficiente para evitar o dano, quando a impugnação não tiver efeito suspensivo. Nesses casos, o único meio capaz de evitar o dano é o Mandado de Segurança, notadamente pela suspensão liminar do ato impugnado. Pode-se afirmar, portanto, que, se o *writ* não pretendia, inicialmente, ser instrumento de controle de atos jurisdicionais, as necessidades da vida judiciária acabaram levando-o a preencher essa finalidade.”⁵⁶

“Parágrafo 11. – Quanto aos bens indicados na forma do parágrafo 4o deste artigo, recaiando a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido

o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.”

“Artigo 63 – Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível. Parágrafo 1o Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao FUNAD. Parágrafo 2o Compete à SENAD a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União. Parágrafo 3o A SENAD poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no parágrafo 2o deste artigo. Parágrafo 4o Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à SENAD relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.”

“Artigo 64 – A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.”

“Artigo 65 – A conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I – intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II – intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III – intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.”

“Artigo 66 – Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1o desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998.”

“Artigo 67 – A liberação dos recursos previstos na Lei 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de estados e do distrito federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.”

“Artigo 68 – União, os estados, o distrito federal e os municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.”

“Artigo 69 – No caso de falência ou liquidação extrajudicial ⁵⁷ de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito: I – determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações; II – ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas; III – dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito. Parágrafo 1o – Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não prosritos referidos no inciso II do caput deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado. Parágrafo 2o – Ressalvada a hipótese de que trata o parágrafo 3o deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público. parágrafo 3o Figurando entre o praxeado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.”

O artigo 70 estabelece que “o processo e o julgamento dos crimes previstos nos artigos. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.” Neste sentido é o Enunciado 522 do Supremo Tribunal Federal (“Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando então a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes”), além do artigo 109, V da Constituição Federal.

Porém, nos “crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.” Portanto, pela nova lei, não pode a Justiça Comum Estadual julgar o tráfico internacional de drogas, como podia sob a égide da Lei 6.368/76 (o artigo 109, parágrafo 3º. da Constituição Federal exige expressamente, nas causas criminais, que esta permissão seja dada por lei).

Assim, não mais prevalecerá o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu (quando já em vigor a Lei 10.409/02) estar o Juiz estadual investido de jurisdição federal quando o município onde o crime ocorreu não é sede de vara da Justiça Federal. Com esse entendimento a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou *habeas corpus* a um nigeriano preso por tráfico internacional de drogas em uma cidade do interior paulista, onde

não existe vara federal. O estrangeiro pretendia a nulidade da sentença que o condenou, porque foi interrogado por juiz estadual e sentenciado por juiz federal. A condenação do nigeriano veio da 4ª Vara Criminal Federal de São Paulo. A ele foi imputado o crime de tráfico internacional de entorpecentes. Inconformada, sua defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, em São Paulo, argumentando ser nula a sentença que o condenou em razão da incompetência da Justiça Federal e por ausência de interrogatório feito pelo juiz natural. O *habeas corpus* foi negado. Em nova tentativa de *habeas corpus*, dessa vez no Superior Tribunal de Justiça, a defesa sustentou os mesmos motivos para a nulidade da sentença. A relatora, Ministra Laurita Vaz, ressaltou que a lei permite a delegação da competência para o Juiz estadual em se tratando de crime praticado em município que não seja sede de vara da Justiça Federal. Isso não transmuda a natureza da competência em razão da matéria (esta absoluta) para territorial (por sua vez relativa), já que o Juiz estadual atua investido de jurisdição federal. No caso em questão, a Ministra afirma que o Juiz estadual era o competente para julgar o feito, já que a cidade de Itapeverica da Serra (SP), onde ocorreu o crime, não é sede de vara da Justiça Federal. Quanto à hipótese de cerceamento de defesa por não ter sido o condenado interrogado pelo Juiz federal, a Ministra afirmou que o Juiz estadual detinha ambas as competências (pela matéria e pelo local) e seu ato foi ratificado pelo Juiz que sentenciou o estrangeiro. Ressaltou que, no processo penal brasileiro, não vigora o princípio da identidade física do Juiz. A Ministra citou ainda precedentes da Quinta Turma no mesmo sentido. Seu entendimento foi seguido por unanimidade pelos demais Ministros do órgão julgador. (HC 38922).

Continua este título:

“Artigo 72 – Sempre que conveniente ou necessário, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará que se proceda, nos limites de sua jurisdição e na forma prevista no parágrafo 1o do artigo 32 desta Lei, à destruição de drogas em processos já encerrados.”

“Art. 73 – A União poderá celebrar convênios com os estados visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas.”

Notas de rodapé

1. De Crimes, Penas e Fantasias, Rio de Janeiro: LUAM, 1991, p. 67.
2. A lei foi publicada no Diário Oficial da União do dia 24 de agosto, entrando em vigor 45 dias depois de oficialmente publicada, na forma do art. 74 da mesma lei.
3. A utilização da expressão “drogas”, ao invés da anterior “substância entorpecente”, atende a uma antiga orientação da Organização Mundial de Saúde (Rogério Sanches Cunha, “Nova Lei de Drogas Comentada”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 304).
4. “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

5. “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação,

produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei. Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.”

6. Observa-se que a Lei nº. 11.313/06, dando nova redação aos arts. 60 da Lei nº. 9.099/95 e 2º. da Lei nº. 10.259/01, determina a aplicação das regras de conexão e continência quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo e outras mais graves. Esta lei, ao menos neste aspecto, sofre a mácula da inconstitucionalidade (formal e material). Neste sentido, escrevemos no nosso livro “Juizados Especiais Criminais”, Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

7. A respeito, conferir o nosso “Juizados Especiais Criminais”, Editora Juspodivm, Salvador, 2006.

8. Segundo Luiz Flávio Gomes tais condutas deixaram de ser crimes, foram, portanto, descriminalizadas, em razão do que dispõe o art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal. Ocorreu uma abolitio criminis. Esta matéria suscita forte divergência doutrinária, entendendo a maioria que não houve a descriminalização. A nosso ver, sem adentrar profundamente o tema (mesmo porque não é o objeto deste estudo), estamos com a posição do referido penalista. Com efeito, os conceitos de crime e contravenção são dados pela Lei de Introdução ao Código Penal que define crime como sendo “a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” (art. 1o. do Decreto-Lei n. 3.914/41). Como se sabe, há dois critérios utilizados pela doutrina e pelo Direito Positivo para distinguir o crime da contravenção: critérios substanciais (que, por sua vez, subdividem-se em conceituais, teleológicos e éticos) e formais, como o nosso e o Código Francês. O Código Penal da Suíça, no art. 9º. disciplina igualmente: “sont réputées crimes les infractions passibles de la réclusion. Sont réputées délits les infractions passibles de l’emprisonnement comme peine la plus grave.” Em França a classificação é tripartida: crimes, delitos e contravenções (art. 1º.). Evidentemente que mesmo os critérios formais “pressupõem naturalmente atrás deles critérios substanciais de avaliação a que o legislador tenha atendido para efeitos de ameaçar uma certa infracção com esta ou aquela pena”, como anota o mestre português Eduardo Correia (Direito Criminal, Coimbra: Almedina, 1971, p. 214). Estas definições, por se encontrarem na Lei de Introdução ao Código Penal, evidentemente regem e são válidas para todo o sistema jurídico-penal brasileiro,

ou seja, do ponto de vista do nosso Direito Positivo quando se quer saber o que seja crime ou contravenção, deve-se ler o disposto no art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal. O mestre Hungria já se perguntava e ele próprio respondia: “Como se pode, então, identificar o crime ou a contravenção, quando se trate de ilícito penal encontrado em legislação esparsa, isto é, não contemplado no Código Penal (reservado aos crimes) ou na Lei das Contravenções Penais? O critério prático adotado pelo legislador brasileiro é o da “*distinctio delictorum ex poena*” (segundo o sistema dos direitos francês e italiano): a reclusão e a detenção são as penas privativas de liberdade correspondentes ao crime, e a prisão simples a correspondente à contravenção, enquanto a pena de multa não é jamais cominada isoladamente ao crime.” (Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., p. 39). Por sua vez, Tourinho Filho afirma: “Não cremos, data venia, que o art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal seja uma *lex specialis*. Trata-se, no nosso entendimento, de regra elucidativa sobre o critério adotado pelo sistema jurídico brasileiro e que tem sido preferido pelas mais avançadas legislações.” (Processo Penal, Vol. 4, São Paulo: Saraiva, 20ª. ed., p.p. 212-213). Manoel Carlos da Costa Leite também trilha na mesma linha, afirmando: “No Direito brasileiro, as penas cominadas separam as duas espécies de infração. Pena de reclusão ou detenção: crime. Pena de prisão simples ou de multa ou ambas cumulativamente: contravenção.” (Manual das Contravenções Penais, São Paulo: Saraiva, 1962, p. 03). Eis outro ensinamento doutrinário: “Como é sabido, o Brasil adotou o sistema dicotômico de distinção das infrações penais, ou seja, dividem-se elas em crimes e contravenções penais. No Direito pátrio o método diferenciador das duas categorias de infrações é o normativo e não o ontológico, valendo dizer, não se questiona a essência da infração ou a quantidade da sanção cominada, mas sim a espécie de punição.” (Eduardo Reale Ferrari e Christiano Jorge Santos, “As Infrações Penais Previstas na Lei Pelé”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, n. 109, dezembro/2001). Comentando sobre a teoria do fato jurídico, o Professor Marcos Bernardes de Mello, assevera que a “distinção entre crime e contravenção penal, espécies do ilícito criminal, é valorativa, em razão da importância e gravidade do fato delituoso. Os fatos ilícitos de maior relevância são classificados como crimes, reservando-se as contravenções para os casos menos graves. Em decorrência disso, as penas mais enérgicas (reclusão e detenção) são imputadas aos crimes, enquanto as mais leves (prisão simples e multa) são atribuídas às contravenções.” (Teoria do Fato Jurídico -Plano da Existência), São Paulo: Saraiva, 10ª. ed., 2000, p. 222).

9. Sobre delação premiada, remeto o leitor ao nosso “Direito Processual Penal”, Editora Juspodivm, Salvador, 2006.

10. A respeito da comunicação ao Ministério Público da prisão em flagrante, veja-se o que escrevemos na obra acima indicada.

11. Sobre o assunto, indispensável a leitura da obra de Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, “Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Também conferir o excelente “O Tempo como Pena”, de Ana Messuti, São Paulo: RT, 2003.

12. Processo Penal, Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2000, 22ª. ed., p. 279.

13. Leis Antitóxicos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 120.
14. Cláudia B. Moscato de Santamaría, “El Agente Encubierto”, Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 1. Nesta excelente monografia sobre o assunto, a autora portenha distingue claramente o agente encoberto de outras figuras afins, como os informantes (não policiais), arrependidos (criminosos delatores) e os agentes provocadores (policiais que instigam outrem a praticar o delito).
15. Tóxicos – Comentários, Jurisprudência e Prática, Curitiba: Juruá, 2002, p. 207.
16. Cezar Roberto Bitencourt, Manual de Direito Penal, Parte Geral, 5ª. ed., 1999.
17. A propósito, e para ilustrar o texto com uma boa poesia, vejam-se estes versos de Caetano Veloso, na canção “Milagres do Povo”: “Quem é ateu / E viu milagres como eu / Sabe que os deuses sem Deus / Não cessam de brotar / Nem cansam de esperar / E o coração que é soberano e que é senhor / Não cabe na escravidão / Não cabe no seu não / Não cabe em si de tanto sim / É pura dança e sexo e glória / E paira para além da história / Ojuobá ia lá e via / Ojuobahia / Xangô manda chamar / Obatalá guia / Mamãe Oxum chora / Lágrimaalegria / Pétala de Iemanjá / Iansã-Oiá ia / Ojuobá ia lá e via / Ojuobahia / Obá”.
18. Veja-se a crítica absolutamente pertinente feita por Gamil Föppel El Hireche, no livro “Análise Criminológica das Organizações Criminosas”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
19. Crime Organizado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 116.
20. Sobre ação penal e o princípio da obrigatoriedade indicamos: Da Ação Penal – Jorge Alberto Romeiro – Forense; Ação Penal – José Antonio Paganella Boshi – AIDE; Ação Penal Pública – Afrânio Silva Jardim – Forense; Ação Penal Pública – Eduardo Araújo da Silva – Atlas; Ação Penal Condenatória – Paula Bajer Fernandes Martins da Costa – Saraiva; Da Natureza Jurídica da Ação – Benedicto de Siqueira Ferreira – RT; Ação Penal – Joaquim Canuto Mendes de Almeida – RT; Tratado das Ações, Tomo 5 – Pontes de Miranda – Bookseller; Ministério Público e Persecução Criminal – Marcellus Polastri Lima – Lumen Juris; As condições da ação penal – Ada Pellegrini Grinover – José Bushatsky, Editor; Justa Causa para a ação penal – Maria Theresa Rocha de Assis Moura – Editora Revista dos Tribunais; Apontamentos e Guia Prático sobre a Denúncia no Processo Penal – Paulo Cláudio Tovo – Sergio Antonio Fabris Editor; Princípio da Oportunidade – Carlos Adérito Teixeira – Almedina; e Teoria do Direito Processual Penal, de Rogério Lauria Tucci, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
21. A respeito do assunto, confira-se o nosso “Direito Processual Penal”, Salvador: Editora JusPodivm, 2006.
22. Afrânio Silva Jardim, “Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade”, Rio de Janeiro: Forense, 3ª. ed., p. 46.
23. Sobre ação penal de iniciativa privada no Direito espanhol, conferir “El Proceso por Delito Privado”, de J. M. Martinez-Pereda, Barcelona, Bosch, 1976.

24. Sobre este projeto de lei veja os nossos comentários no “Direito Processual Penal”, Salvador: Editora JusPodivm, 2006.
25. “Nova Lei de Tóxicos” – Revista Jurídica 295 – Maio/2002.
26. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. III, Campinas, Bookseller, 1998, p. 342.
27. Apud Aury Lopes Jr., in Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista), Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, p. 165.
28. Atente-se, tão-somente, para a Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.”
29. O defensor exerce a chamada defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa. A propósito, veja-se a definição de Miguel Fenech: “Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituídos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya”. Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, “que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo” (Derecho Procesal Penal, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457). Sobre o assunto, conferir o nosso “Direito Processual Penal”, Forense, 2003.
30. Sobre a diferença entre rejeição e não-recebimento da denúncia, remetemos o leitor a José Antonio Paganella Boschi (Ação Penal, Rio de Janeiro: AIDE, 3ª. ed., 2002, p. 233). Tratam do assunto também Cezar Roberto Bitencourt (Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 109), Marcellus Polastri Lima (Ministério Público e Persecução Criminal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 235) e Eduardo Mahon (Rejeição e Não Recebimento de Denúncia – Diferenças Fundamentais, in www.ibccrim.com.br, 27/01/2003).
31. Nunca é demais lembrar a incoerência na permissibilidade de atividade instrutória pelo Juiz em um sistema que se diz acusatório. Como se sabe, neste sistema estão divididas claramente as três funções básicas, quais sejam: o Ministério Público acusa, o advogado defende e o Juiz



apenas julga, em conformidade com as provas produzidas pelas partes. “Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales”, como bem acentua Alberto Binder (“Iniciación al Proceso Penal Acusatorio”, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43).

32. Apesar do posicionamento amplamente majoritário na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, entendemos que o recebimento da peça acusatória trata-se de um ato decisório (não um mero despacho) e, como tal, deve ser fundamentado (art. 93, IX da Constituição Federal).

33. Observar os arts. 366 e 367 do Código de Processo Penal.

34. Como medida cautelar, esta decisão deverá ser fundamentada, demonstrando-se a sua imperiosa necessidade e o *fumus commissi delicti*.

35. Tratamos deste tema no “Direito Processual Penal”, Editora Juspodivm, Salvador, 2007.

36. Aliás, exatamente em virtude do bem jurídico tutelado é que se mostra “inadmissível a punição da posse de drogas para uso pessoal, seja pela inafetação do bem jurídico protegido (a saúde pública), seja por sua contrariedade com um ordenamento jurídico garantidor da não intervenção do Direito em condutas que não afetem a terceiros”, como explica Maria Lúcia Karam, em sua excelente obra “De Crimes, Penas e Fantasias”, Rio de Janeiro: LUAM, 1991. Karam complementa afirmando com absoluta propriedade que a “aquisição ou posse de drogas para uso pessoal, da mesma forma que a autolesão ou a tentativa de suicídio, situa-se na esfera de privacidade de cada um, não podendo o Direito nela intervir.” (pp. 60 e 128)

37. Comentando a Lei de Tóxicos anterior, Vicente Greco Filho afirma textualmente que “não se admite assistente de acusação em ações penais pelos delitos desta lei”, por entender que, no máximo, poder-se-ia “determinar-se a figura de um prejudicado, como por exemplo na hipótese de alguém ministrar entorpecente a um menor imputável”, alertando que no sentido técnico não se pode confundir prejudicado com ofendido (Tóxicos, São Paulo: Saraiva, 9ª. ed., 1993, p. 84). Na figura típica do art. 38, por exemplo, o paciente que teve a substância entorpecente ministrada culposamente pelo médico poderia se habilitar como assistente do Ministério Público.

38. Atentemos, porém, para a lição de Cernelutti, segundo a qual “se la giustizia è sicura non è rápida, se è rapida non è sicura...”, apud Tourinho Filho, Processo Penal, Vol. 03, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94.

39. A propósito, conferir o art. 7º., 5 do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e art. 14, 3, c do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, assinado em 19 de dezembro de 1966, ambos já incorporados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992 e do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Mais uma vez, indicamos a obra de Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, “Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, além do “O Tempo como Pena”,

de Ana Messuti, São Paulo: RT, 2003.

Esta audiência observará as regras da imediatidade e da concentração dos atos processuais. Ainda não foi adotado em nosso sistema processual penal o princípio da identidade física do Juiz, segundo o qual o Magistrado “que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.” (art. 132 do CPC). Por ele, o Juiz que colher a prova deve julgar o processo, podendo, desta forma, “apreciar melhor a credibilidade dos depoimentos; e a decisão deve ser dada enquanto essas impressões ainda estão vivas no espírito do julgador.” (Barbi, Celso Agrícola, Comentários ao CPC, Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, p. 327). Seria extremamente salutar a adoção deste princípio, pois “a ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com lamentável frequência, seres humanos que desconhece.” (René Ariel Dotti, “O interrogatório à distância”, Brasília: Revista Consulex, nº. 29, p. 23).

40. Sobre o assunto, conferir o nosso “Direito Processual Penal”, já referido.

41. Mesmo porque, segundo preconiza o art. 45, “é isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado. Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.”

42. “Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova. § 1º A destruição de drogas far-se-á por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova.”

43. A Constituição Federal prevê o duplo grau de jurisdição, não somente no art. 5º., LV (“ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), como também no seu art. 93, III (“acesso aos tribunais de segundo grau”). Há anos, o jurista baiano Calmon de Passos mostrava a sua preocupação com “a tendência, bem visível entre nós, em virtude da grave crise que atinge o Judiciário, de se restringir a admissibilidade de recursos, de modo assistemático e simplório, em detrimento do que entendemos como garantia do devido processo legal, incluída entre as que são asseguradas pela nossa Constituição.” Neste mesmo trabalho, nota o eminente

Mestre que “o estudo do duplo grau como garantia constitucional desmereceu, da parte dos estudiosos, em nosso meio, considerações maiores. Ou ele é simplesmente negado como tal ou, embora considerado como ínsito ao sistema, fica sem fundamentação mais acurada, em que pese ao alto saber dos que o afirmam, certamente por força da larga admissibilidade dos recursos em nosso sistema processual, tradicionalmente, sem esquecer sua multiplicidade.” (Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 88). Não esqueçamos que a “adoção do duplo grau de jurisdição deixa de ser uma escolha eminentemente técnica e jurídica e passa a ser, num primeiro instante, uma opção política do legislador.” (Moraes, Maurício Zanoide de, Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29). O duplo grau de jurisdição tem caráter de norma materialmente constitucional, mormente porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê em seu art. 8º., 2, h, que todo acusado de delito tem “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, e tendo-se em vista o estatuído no § 2º., do art. 5º., da CF/88, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Ratificamos, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque que no seu art. 14, 5, estatui que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”

44. “Direito Processual Penal”, Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

45. “Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa. Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.” “Art. 33. (...) § 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.”

46. Quanto à composição civil dos danos, ficaria na dependência em se admitir ou não a figura de um ofendido em tais delitos, o que é controverso (ver acima quando tratamos sobre a possibilidade do assistente de acusação).

47. A respeito, conferir o nosso “Juizados Especiais Criminais”, Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

48. “Estudos de Direito Processual Penal – Temas Atuais”, São Paulo: BH Editora, 2006.

49. Aliás, a ilicitude e tudo o mais; no processo penal o ônus da prova cabe, com exclusividade, ao órgão acusatório. Neste sentido, por todos, indicamos o livro de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “Ônus da Prova no Processo Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Confira-se, igualmente, Aury Lopes Jr., in Introdução Crítica ao Processo Penal

(Fundamentos da Instrumentalidade Garantista), Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, pp. 179/181.

50. Elementos de Direito Processual Penal, Vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 265.

51. Lei de Lavagem de Capitais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 366.

52. Nova Lei de Drogas Comentada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 249.

54. Sobre a utilização do Mandado de Segurança em matéria criminal, conferir o nosso “Direito Processual Penal”, já referido.

55. Recursos no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª. ed., 2001, p. 393.

56. Ver a Lei nº. 11.101/05.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-out-24/aspectos_procedimentos_lei_combate_drogas/