

Cesar Dario: Deus acima de tudo, impunidade acima de todos

19/10/2022

Que o Brasil é o país da corrupção e da impunidade, todos sabem. Aqui, a lei não é igual para todos e, não raras vezes, é aplicada de acordo com a pessoa e não com o fato, o que viola o princípio da isonomia e a regra da generalidade, segundo a qual a lei penal é genérica e impessoal, devendo atingir a todos da mesma maneira, independentemente de qualidade ou condição pessoal. Infelizmente, no que tange aos crimes do colarinho branco, isso está longe de ser verdade. E os fatos estão a demonstrar essa assertiva, não merecendo maiores comentários, mas só lamentos. A Justiça será feita a posteriori, pós-túmulo, por Deus, que nunca falha.



Contudo, não é só quanto aos crimes da elite brasileira

que a Justiça anda para trás cada dia que passa. No que concerne ao tráfico de drogas, a situação é ainda mais calamitosa. Posso dar meu depoimento pessoal. Cerca de 50 a 60% dos processos que recebo são atinentes a tráfico de drogas. Por isso, a moda agora é dar um jeito para que o tráfico não mais "dê cadeia". Isso mesmo. A ideia é esvaziar as prisões, que têm na sua imensa maioria pessoas condenadas por tráfico de drogas, crime equiparado a hediondo em que a Constituição determina punição severa. Só que não é isso que ocorre. Quando se consegue identificar e acusar o traficante a jurisprudência dos tribunais superiores o trata com a maior leniência do planeta. A ele, se primário e de bons antecedentes, a pena normalmente será de um ano e oito meses de reclusão, que será substituída por prestação de serviços à comunidade e pagamento de um salário-mínimo como prestação pecuniária, além da multa, que quase nunca é paga, bastando alegar o traficante não ter condições financeiras de quitá-la. Reconhece-se, nesses casos, o incorretamente denominado "tráfico privilegiado", na realidade uma causa de redução de pena prevista no §4º, do artigo 33 da Lei de Drogas. O traficante receberá a mesma ou pena ainda menor do que o ladrão de galinha, trombadinha, sonegador de impostos, dentre outros crimes leves ou de médio potencial ofensivo.

Claro que tal leniência dos tribunais superiores implica o aumento da traficância, já que o marginal sabe que, se um dia for preso, o que só ocorre em cerca de 2% a 5% dos casos, será posto em liberdade na audiência de custódia, o que se dá na maioria das vezes, ou por meio de

habeas corpus concedido pelos tribunais de Brasília. No caso de condenação, a pena imposta é pífia, se reconhecido o "privilégio", não amedrontando a ninguém.

Para a mulher grávida ou mãe, ou para aquela responsável por criança ou pessoa portadora de deficiência, a situação é ainda mais esdrúxula. Por meio da Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018, passou a ser possível, em diversas hipóteses, dentre elas o tráfico de drogas, a progressão especial de regime prisional para a primária e de bom comportamento carcerário. Assim, poderá obter a progressão de regime ao cumprir apenas 1/8 da pena no regime anterior. Criou-se exército de grávidas e mães para a prática do tráfico, uma vez que, logo que autuadas em flagrante, lhe é substituída a prisão preventiva (regime fechado) pela domiciliar ou lhe é concedida a liberdade provisória, com ou sem imposição de medidas cautelares. Verdadeiro estímulo ao tráfico de drogas, já que, além de a pena prisional ser sistematicamente substituída por restritivas de direitos, mesmo que não seja, a progressão dar-se-á após o cumprimento de pequena parcela da reprimenda.

E vejam que, mesmo diante da escalada do crime organizado, operações policiais regulares foram proibidas pelo STF nas comunidades cariocas, enquanto durar a pandemia (ADPF 635), onde quem manda e desmanda, são as organizações criminosas, que têm como atividade principal o tráfico de drogas.

Caminhamos a passos largos para o direito penal simbólico, desprovido de uma das suas mais importantes finalidades, a prevenção.

Um direito penal em que a pena aplicada não amedronta e, por isso, não dissuade a prática de ilícitos.

Em dado processo, o ministro Gilmar Mendes, relator, concluiu que: *"Como já demonstrado na decisão ora agravada, trata-se de réu primário e de bons antecedentes. Embora efetivamente a quantidade de droga apreendida seja expressiva, nos termos da jurisprudência da Segunda Turma do STF, isso, por si só, não afasta a aplicação do redutor de tráfico privilegiado, se o caso caracterizar uma situação de 'mula', o que pode ser a hipótese dos autos. Assim, resta desproporcional a imposição de prisão preventiva"*. (STF: Ag.Reg no HC 195.990/SP, 2ª Turma, relator ministro Gilmar Mendes, v.u, j. em 24.02.2021).

Por se tratar do transportador, conhecido como "mula", decidiu-se que a conduta não é grave a ponto de ser fixada pena de prisão, mesmo sendo grande a quantidade de drogas apreendida (188 kg de cocaína).

Ocorre que o "mula" é um pequeno soldado de uma grande engrenagem, que só existe porque todas suas peças funcionam adequadamente.

Sem o intermediário, não haveria distribuição das drogas pelo Brasil afora.

Não se trata, assim, de conduta insignificante a ponto de a pena prisional ser substituída por meras restritivas de direitos.

Quantidade expressiva de drogas denota que o traficante possui a confiança da organização criminosa, dela fazendo parte, o que, por si só, afasta a possibilidade do reconhecimento do

incorretamente denominado "tráfico privilegiado".

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 6ª Turma, também entendeu que a apreensão de 354,6 kg de maconha não justifica a decretação da prisão preventiva, que pode ser substituída por outras medidas cautelares, isto é, decidiram que a prisão é desproporcional, já que o flagrado era apenas o "batedor", além de primário e sem antecedentes criminais (HC nº 612243/MS, relator ministro Sebastião Reis Júnior, v.u., j. em 27.04.2021).

O batedor, do mesmo modo que o "mula", faz parte da engrenagem que movimenta o tráfico de drogas, sendo o responsável pela segurança e alerta quando da aproximação da polícia. Não se trata, desse modo, de participação de somenos importância, mas essencial para o sucesso do transporte da droga.

Decisões desse tipo fomentam a prática do comércio ilícito de entorpecentes, uma vez que o traficante, primário e de bons antecedentes, sabe que, mesmo preso, cumprirá apenas sanções pífias, que não importarão restrição de sua liberdade.

E todo marginal perigoso um dia foi primário e de bons antecedentes criminais.

Com isso, cada vez mais aumenta o tráfico de drogas em nosso país.

Desconheço país no mundo em que o traficante seja tratado com igual ou maior benevolência do que no Brasil.

Infelizmente, a leniência de nossas cortes superiores com o tráfico de drogas fomenta esse delito, que tende a aumentar cada vez mais.

Tal leniência também é vista com a proibição de ações policiais regulares nas comunidades cariocas, igualmente determinada pela corte superior, o que criou um estado criminoso dentro do Estado legal, uma terra sem lei, onde imperam as regras do tráfico.

Tudo leva ao incremento do crime organizado, notadamente ligado ao tráfico de drogas, que também possui íntima ligação, direta ou indireta, com boa parte dos crimes violentos cometidos no Brasil.

Tornou-se comum anular-se a prova produzida porque, segundo as Cortes Superiores, para o ingresso do policial na casa do traficante ou de outro marginal deve ser demonstrado que havia fundadas razões que o autorizasse ou que haja prova concreta de que um dos moradores anuiu com a entrada, não bastando a palavra dos policiais, que estão a ser tratados como mentirosos e abusadores de direito. Para o STJ, a autorização deve ser documentada e gravada ou filmada; do contrário, a prova será considerada ilícita e contaminará todas as demais dela derivadas (prova ilícita por derivação).

A jurisprudência sempre foi no sentido de que a palavra dos policiais, por serem agentes públicos, possui fé pública e, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, cabe à defesa demonstrar que ocorreu abuso no ingresso na casa.



Lembro que o tráfico de drogas, na maioria de seus verbos, é crime permanente e, portanto, permitida a prisão em flagrante delito enquanto mantida a permanência. Por isso, havendo fundadas razões que autorizem o ingresso na casa, a posterior apreensão da droga as corrobora. O mesmo ocorre quando no interior da casa são apreendidas arma de fogo, moeda falsa e outros instrumentos do delito, que são a própria materialidade delitiva.

As fundadas razões para o ingresso na casa podem ocorrer, v.g, quando o próprio traficante admite lá haver droga, quando ele tenta fugir ou quando há notícias anônimas fundadas, isto é, comprovadas por outras provas, como ocorre com anterior campana e visualização de movimentação suspeita de pessoas na residência ou com outros fortes indícios da traficância (fotos, filmagens, declarações escritas ou tomadas por termo etc.).

Do mesmo modo, para facilitar ainda mais a vida dos marginais, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, para ser possível a revista pessoal pelas polícias em geral, há necessidade de ato concreto que leve o policial a crer que está ocorrendo flagrante delito ou que aquela pessoa traz consigo arma, instrumento ou produto de crime, que são a própria materialidade delitiva (STJ: RHC nº 158580/BA, 6ª Turma, relator ministro Rogério Schietti Cruz, v.u., j. em 19.04.2022).

A novidade é que não basta mais que o policial deduza em razão de sinais exteriores de que o suspeito se encontre em uma dessas situações e nem que a abordagem decorra de notícia anônima, que traga detalhes concretos acerca da prática delitiva.

Durante décadas, melhor dizendo, desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal em 1.940, mesmo após a promulgação da Carta Constitucional de 1.988, para que a polícia possa abordar um suspeito basta que existam fundadas suspeitas de que ele se encontre em flagrante delito ou de que tenha consigo objetos ou papéis que constituam corpo de delito, como droga, arma ilegal, produto roubado, contrafeito ou contrabandeado. É o que dispõe, aliás, o artigo 244 do Código de Processo Penal. Essas fundadas suspeitas podem decorrer de excessivo nervosismo, fuga ao ver a viatura policial, esconder ou lançar algo ao solo e outros sinais corporais que deem a entender que há algo errado. Os policiais são treinados para perceberem esses sinais e a prática do dia a dia melhora ainda mais a percepção deles de que algo está errado e, por isso, justifica-se a abordagem e a revista pessoal.

E, por incrível que pareça, não é só isso, o que já bastaria para assustar qualquer policial ou membro do Ministério Público de outro país de primeiro mundo.

No AREsp 1.936.393/RJ, o ministro Ribeiro Dantas, propôs a superação da tese que dá presunção de legitimidade e veracidade ao depoimento do policial, passando a considerar o contrário, por entender ser ingênua e irreal a ideia de que policiais nunca mentiriam ou que nunca teriam motivos para incriminar réus que não conhecem. Diz que tal presunção inverte em prejuízo da defesa o ônus que é exclusivo da acusação, passando a exigir a gravação em áudio e vídeo de toda abordagem ou operação para que o depoimento policial tenha validade ([aqui](#), entre os tempos 50min17 a 58min44).

O entendimento do ministro peca por razões de ordem lógica. É claro que nem todos os policiais agem de forma correta, do mesmo modo que nem todo magistrado ou membro do



Ministério Público também o fazem. O que não se faz possível é transformar a regra em exceção, partindo-se do pressuposto de que toda pessoa não presta e que os bons são a minoria ou mesmo inexistem.

O agente de segurança pública presta o compromisso de dizer a verdade, sob pena de processo criminal e até mesmo perda do cargo (artigo 203 do CPP), ao passo que os acusados e investigados, bem como seus familiares, podem mentir à vontade. Os primeiros por terem o direito constitucional de não se autoincriminarem (artigo 5º, LXIII, da CF) e os outros por poderem até mesmo se negar a depor em razão do parentesco, e, mesmo que deponham, não prestam o compromisso de dizer a verdade (artigos 206 e 208 do CPP).

Como nada está tão ruim que não possa piorar, além de flexibilizar as normas penais para o tráfico de drogas, tratando-o, em inúmeros casos, como crime de pequeno potencial ofensivo e, por outro lado, endurecendo sensivelmente as normas processuais, como nos casos de revista pessoal e busca domiciliar, o que já pude abordar em vários artigos, agora, para facilitar ainda mais a vida dos traficantes e dos ladrões em geral, e piorar a da sociedade ordeira, o STJ resolveu jogar duro com as guardas municipais.

A 6ª Turma, de onde se origina a maioria das decisões ultraliberais, decidiu que só em situações excepcionais a guarda civil pode realizar a abordagem de pessoas e a busca pessoal, quando a ação se mostrar diretamente relacionada à finalidade da corporação. Do contrário, a prova será considerada ilícita e a solução será a absolvição, se não houver outras provas independentes e lícitas, o que quase nunca haverá: ([REsp 1.977.119](#)).

Vejam bem. Às polícias em geral foi praticamente vedada a revista pessoal e o ingresso no domicílio sem ordem judicial, relegando o ato para hipóteses absolutamente excepcionais, equiparadas à visualização do crime, isto é, do flagrante delito.

A cada dia que passa o Brasil está mais perto de se tornar a nova Colômbia, Bolívia e Peru em que o narcotráfico domina a vida da nação, o que já ocorre nas comunidades cariocas por motivos que cansei de falar e escrever.

O cerco foi fechado. Ninguém mais pode prender traficantes, assaltantes, portadores de armas de fogo e outros marginais, exceto se estiverem em flagrante delito. Cabe às polícias apenas patrulhar, mas não abordar aquele que foge ao ver a viatura, corre para dentro de casa após ser visualizado em transação que tudo indica ser ilícita, que dá a volta ao perceber uma blitz e em outras situações que sempre foram consideradas fundadas suspeitas para a abordagem e revista.

Entrar na residência do suspeito então, praticamente só com ordem judicial, que só será obtida horas ou mesmo dias após, se ainda assim for deferida, enquanto a prova é literalmente jogada no esgoto e os marginais terem se evadido.

Os guardas civis, então, só deverão patrulhar praças, escolas municipais, parques e outros próprios municipais e só intervir quando o patrimônio municipal sofrer risco de ser danificado de algum modo, deixando para lá o combate ao tráfico de drogas, aos furtos, roubos e outros crimes, mesmo que não haja efetivo da Polícia Militar suficiente e que a população tenha seus

bens jurídicos, inclusive a vida, colocados em risco de dano, por não poder realizar patrulhamento preventivo, mesmo que a lei de regência da corporação (Lei nº 13.022/2014 — artigo 3º, inciso III) assim determine e possam prender como qualquer do povo, deixando a atuação de segurança pública só para casos excepcionais e em defesa do patrimônio municipal, sob pena de a prova produzida ser considerada ilícita e o bandido solto.

Por fim, contrariando o próprio artigo 226 do Código de Processo Penal, que diz textualmente que seu procedimento deve ser aplicado quando possível, o Superior Tribunal de Justiça, passou a entender, de modo diverso do que o fazia há décadas, que o dispositivo deve ser sempre observado (HC nº 760752/MS, 5ª Turma, relator ministro Ribeiro Dantas, v.u., j. em 27.09.2022). Imaginem um flagrante de roubo durante a madrugada. Onde o Delegado de Polícia vai arrumar pessoas semelhantes e dispostas a serem colocadas lado a lado com o assaltante para o reconhecimento? E em juízo, como fazê-lo do mesmo modo?

Óbvio, que se possível, dada as circunstâncias do caso concreto, o procedimento para o reconhecimento pessoal previsto no dispositivo deve ser observado. Para o caso de não ser possível observar o procedimento, há a válvula de escape prevista no próprio artigo 226 do Código de Processo Penal e este fato será levado em consideração pelo Magistrado na sentença, lembrando que o reconhecimento positivo realizado em juízo supre perfeitamente eventual vício existente no executado na fase policial.

Confesso que a desesperança com nosso sistema judicial, ou melhor, com várias decisões proferidas por alguns ministros da Cortes Superiores, é muito grande.

Depois de a 2ª Turma do STF firmar entendimento de que a quantidade da droga apreendida com o intermediário ("mula") não importa para a dosimetria da pena e conversão do flagrante em preventiva, não sendo óbice, ainda, para a aplicação do redutor, podendo ser condenado à penas alternativas, mesmo que flagrado com 188 quilos de cocaína (ou mais), e serem proibidas pela Corte ações policiais regulares nas comunidades cariocas, onde o crime organizado voltado ao tráfico de drogas montou um estado paralelo, sobrevêm decisões do STJ para dificultar, ainda mais, o combate ao comércio maldito de entorpecentes, um dos delitos mais deletérios para a sociedade, que está, direta ou indiretamente ligado, aos mais graves crimes existentes, inclusive homicídios, dificuldade estendida igualmente para outros delitos, como roubos e furtos, que tanto atormentam o cidadão brasileiro.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-out-19/cesar-dario-viva-pais-impunidade2/>