

## PRÁTICA PENAL NA LEI DE DROGAS

**Material Complementar – Prof. Pedro Magalhães Ganem**

# Módulo 4

## PRISÃO EM FLAGRANTE: NECESSIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO; FLAGRANTE PREPARADO

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso XI, estabelece que:

a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Vemos, portanto, que a inviolabilidade de domicílio é a regra, a qual somente poderá ser quebrada em 04 (quatro) hipóteses:

- flagrante delito;
- desastre;
- para prestar socorro;
- por determinação judicial, desde que durante o dia.

No caso do tráfico de drogas, não estamos diante de desastre ou de prestação de socorro. Portanto, a entrada não autorizada na residência somente poderia ocorrer em caso de flagrante delito ou por determinação judicial, desde que durante o dia.

Um dos argumentos utilizados para possibilitar a entrada na residência sem mandado de busca e apreensão, em evidente violação de domicílio, é o de que o tráfico, principalmente nas modalidades de guarda e ter em depósito, é permanente, fazendo com que a sua consumação se prolongue no tempo.

Com esse argumento, o STJ tem, infelizmente, entendido de forma majoritária que “é permitida a realização da prisão em flagrante no interior da residência onde está o entorpecente, inclusive no período noturno, independentemente de mandado judicial”.

Vejamos, por exemplo, a decisão no habeas corpus número 457.368, de 2018, segundo a qual:

O entendimento manifestado pela Corte estadual está em consonância com a orientação desta Corte, segundo a qual, diante da ocorrência de crime de natureza permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender os objetos que se fizerem necessários para a elucidação do crime, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão.

O STF também já decidiu em sentido parecido, ao julgar o Recurso Extraordinário número 603.616/RR, ou seja, de ser válida a apreensão de drogas mantidas em depósito no interior de residência invadida por policiais, mesmo que essa invasão seja realizada sem autorização judicial.

O fundamento para isso é que se trata de crime permanente e, além disso, que as circunstâncias do caso concreto permitiam aos agentes públicos concluírem, antes do ingresso no imóvel, que a situação de flagrante estava ocorrendo.

Percebe-se, então, que o STF foi além do que entendido pelo STJ, trazendo um elemento a mais para possibilitar a entrada não autorizada no domicílio alheio, que é a existência de fundadas suspeitas, que devem ser anteriores à ocorrência, de que no local estava sendo praticado crime.

Desse modo, o STF passou a entender que somente serão admitidas as provas obtidas por meio de entrada forçada em domicílio, sem autorização judicial, na hipótese de existir fundadas razões, desde que constatadas antes da realização da diligência e passíveis de demonstração a posteriori, para a realização da busca.

Esse posicionamento, inclusive, apesar de não ser o majoritário do STJ, foi adotado pelo STJ em outras decisões, como na proferida no Recurso Especial número 1.574.681 do Rio Grande do Sul, ao afirmar que

O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, a existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

Importante destacar, ainda, que o Ministro do STJ ROGERIO SCHIETTI CRUZ, ao votar no Recurso no Habeas Corpus número 83.501/SP, foi além do simplório pensamento comum, afirmando que

espera-se que a autoridade policial proceda a investigações preliminares que a levem a descobrir que a residência de determinado indivíduo serve de depósito ou de comercialização de substâncias entorpecentes, de maneira a autorizar o ingresso na casa, a qualquer hora do dia ou da noite, dada a natureza permanente do tráfico de drogas.

Prossegue afirmado que

é de particular importância (re)pensar em que medida o ingresso na esfera domiciliar para apreensão de drogas em determinadas circunstâncias representa uma intervenção restritiva legítima do ponto de vista constitucional, e não uma violação do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Isso porque a ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode

acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental.

Não se há de admitir, portanto, que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique a medida.

Ora, se o próprio juiz (um "terceiro neutro e desinteressado") só pode determinar a busca e apreensão durante o dia e, mesmo assim, mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, a partir de mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente.

Ainda sobre o Recurso Especial número 1.574.681/RS, mencionado anteriormente, o STJ entendeu que

Se é verdade que o artigo 5º, inciso 11, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial – ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro –, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência.

A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial.

Diante desse raciocínio, sequer se mostra acertado o posicionamento majoritário das Supremas Cortes em exigir uma prévia ciência por parte dos policiais acerca da ocorrência de um flagrante (como a guarda de drogas no interior da

residência) para autorizar a entrada no domicílio alheio, pois por mais que se trate de um crime permanente o tráfico de drogas não se enquadra na hipótese constitucional.

Assim, a entrada de policiais em domicílio alheio sem a devida autorização, apenas em razão de supostos indícios de traficância na localidade, se demonstra indevida.

Sendo indevida, é capaz de ensejar o relaxamento da prisão em flagrante para fins de imediata soltura do indivíduo.

Consequentemente, os meios de prova obtidos em razão desta violação indevida de domicílio também serão eivados de vício, tanto os colhidos no local quanto os decorrentes deles.

Aplica-se, nesta situação, a teoria dos frutos da árvore envenenada, prevista no artigo 157, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, devendo tais conteúdos serem imediatamente desentranhados dos autos para evitar qualquer contaminação subjetiva do julgado e assim macular seu pronunciamento final.

E, caso esses elementos de prova sejam utilizados para fins de condenação, a sentença deverá ser anulada, pois baseada em provas nulas.

Outra questão tormentosa para a prática penal em processos de tráfico de drogas é a realização de prisão em flagrante, quando o flagrante é preparado.

Flagrante preparado ou provocado é aquele em que a prática criminosa somente ocorre devido à indução ou instigação, feitas com o objetivo de efetuar a prisão, ou seja, sem a provocação o crime não ocorreria.

O STF, inclusive, editou a Súmula número 145, a qual estabelece que: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. fecha aspas

Tal fato se dá pois, quando a pessoa provoca a situação de flagrante, o crime se torna impossível de ser cometido, nos termos do artigo 17 do Código Penal, ou seja, aquele ilícito somente foi praticado em decorrência da provocação, indução ou instigação.

Caso o infrator não tivesse sido provocado, induzido ou instigado à delinquir, o crime não teria ocorrido, logo, se trata de crime impossível.

Segundo posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, no caso do tráfico de drogas (e de outros crimes de múltiplas ações) a situação muda.

Como o agente criminoso, ao vender a droga para o policial que finge ser usuário de drogas para prendê-lo, praticou outra conduta criminosa antes da venda (como guardar, transportar ou ter em depósito, por exemplo), entende-se que ele incorreu no ilícito antes do ato forjado.

É necessário ressaltar que o crime de tráfico de drogas, como já vimos, se consuma com a prática de qualquer uma das 18 (dezoito) ações estabelecidas no artigo 33 da Lei 11.343/06.

Portanto, tendo o agente praticado uma das 18 condutas antes do ato provocado, estará caracterizado o ilícito.

No caso de policiais que se passam por usuários para realizar a prisão do traficante, não há dúvida de que, em relação à compra, a consumação era impossível, já que os policiais não queriam realmente efetuá-la.

Acontece que como mencionado, o flagrante não será nulo porque o traficante, na hipótese, deverá ser autuado pela conduta anterior — ter a guarda —, que constitui crime permanente e, conforme já estudado, admite o flagrante em qualquer momento, sendo, assim, típica a conduta.

A encenação feita pelos policiais constitui, portanto, meio de prova a respeito da intenção de traficância do agente.

Vejamos o que o STJ decidiu sobre o assunto, no Agravo Regimental, no Agravo Regimental, no Recurso Especial número 1, 455, 188 de São Paulo. Abre aspas

Em se tratando o tráfico de drogas, na condutas de "guardar", "transportar" e "trazer consigo", de delito de natureza permanente, a prática criminosa, in casu, se consumou antes mesmo da atuação policial ("compra fictícia"), o que afasta a alegação de flagrante preparado.

Percebe-se, então, que o tipo penal descrito no artigo 33 da Lei de Drogas é de ação múltipla e de natureza permanente, razão pela qual a prática criminosa se consuma, por exemplo, a depender do caso concreto, nas condutas de "ter em depósito", "guardar", "transportar" e "trazer consigo", antes mesmo da atuação provocadora da polícia, o que afasta a tese defensiva de flagrante preparado.

Saliente-se, por outro lado, que haverá flagrante provocado e, por consequência, o fato será considerado atípico quando policiais à paisana abordarem alguém — que não possua qualquer quantidade de droga, nem consigo ou guardada — e oferecerem a ele um bom valor por certa quantidade de cocaína, fazendo com que o sujeito se interesse pela proposta e vá adquirir o entorpecente para depois revendê-lo a maior preço aos policiais.

Nesse caso específico, o sujeito foi induzido a realizar a conduta por pessoas que, em nenhum momento, iriam efetivamente comprar a droga, tratando-se, desde o início, de uma encenação.

## **COMO ATUAR NA AUTUAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE?**

Conforme o artigo 304 do Código de Processo Penal, o delegado ouvirá o condutor, que é a pessoa que conduziu o preso à delegacia, além de ouvir eventuais testemunhas (quase sempre serão apenas os policiais) e realizar o interrogatório do réu.

O primeiro passo, ao ter contato com o cliente, deverá ser buscar se entrevistar com ele, entender o que aconteceu, procurar saber sobre eventual ilegalidade no ato, bem como a versão dele para os fatos.

Além do mais, deverá lhe orientar sobre o que dizer durante o interrogatório.

Instrua ele sobre eventual confissão ou negativa dos fatos relacionados ao tráfico de drogas, bem como sobre eventual confissão da condição de usuário, visando desde já trazer a tese de desclassificação da conduta.

Se for para instruí-lo a dizer algo, que seja algo ao menos verossímil, para não ficar nítido que se trata de uma mentira.

A minha dica é: oriente ele a responder a todas as perguntas que forem feitas.

Mas é claro que responder a todas as perguntas não significa assumir ou inventar respostas para as perguntas. Quando digo para responder a todas as perguntas é para se mostrar solícito e colaborador.

E, caso não saiba o que responder ou não queira responder, a melhor saída é dizer que não sabe.

Por exemplo: No caso do seu cliente confessar a prática do tráfico e o Delegado perguntar de quem a droga foi adquirida: caso não queira dizer ou não saiba, a melhor resposta é: “não sei o nome da pessoa, não a conheço, só estive com ela quando comprei a droga e foi tudo muito rápido”.

Veja que essa é uma resposta que, na verdade, não respondeu diretamente ao questionamento, mas não deixou o Delegado sem uma resposta.

É muito melhor do que permanecer em silêncio.

Se a tese for de negativa de autoria, por exemplo, e as drogas não foram apreendidas com o seu cliente, mas próximo a ele, caso perguntem onde as drogas foram apreendidas, ele deverá responder que não estavam com ele e foram apreendidas em um local próximo.

Se perguntarem, nesse mesmo caso, de quem eram as drogas, a resposta deverá ser “não sei, nem mesmo vi onde elas foram encontradas”.

Um dos principais papéis do advogado na fase policial, muito além de produzir provas, é garantir a legalidade do ato e evitar que o acusado seja pressionado a confessar o que efetivamente não fez, ou seja torturado para isso.

Mas é claro que deverá, também, fazer constar no termo de depoimento tudo aquilo que for importante para a tese defensiva que será construída.

Assim, se a tese é de caracterização do consumo pessoal de drogas, é importante que desde o primeiro depoimento, realizado na fase policial, conste no termo de depoimento que se trata de um usuário e que os entorpecentes apreendidos se destinam ao consumo pessoal.

Com isso, você já começa a semear o terreno desde os primeiros momentos, visando a instrução processual.

Nesse ponto, é importante lembrar que o artigo 7º, inciso XXI, do estatuto da OAB garante a participação do advogado nos interrogatórios ou depoimentos do cliente, sob pena de nulidade.

O referido texto legal estabelece que:

art. 7º. São direitos do advogado:

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos.

Portanto, além de ser um direito do réu, assegurado pela Constituição, a participação do advogado no interrogatório do preso é direito do próprio advogado, sendo causa de nulidade a sua inobservância.

Esse momento, do interrogatório na fase policial, é um dos mais importantes e é preciso ter todo o cuidado para que nele não conste informações que não queira e que, principalmente, contenha os fatos e detalhes que você utilizará durante a instrução processual em Juízo.

## **LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO E LAUDO DEFINITIVO – ART. 50, § 1º, E 56 - NECESSIDADE PARA A LAVRATURA DO APFD - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE MATERIAL ENTORPECENTE**

O artigo 50, parágrafo 1º, da Lei de Drogas estabelece que

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

Além do mais, o parágrafo 2º do referido artigo determina que

O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1.º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

Assim, de acordo com esses textos legais, é necessária a elaboração de dois laudos: o primeiro, chamado laudo de constatação, deve indicar se o material apreendido, efetivamente, é uma droga incluída em lista da Anvisa, apontando, ainda, sua quantidade.

Trata-se, portanto, de um exame provisório, que tem a capacidade, ainda que sem maior aprofundamento, de comprovar a materialidade do delito e, como tal, autorizar a prisão do agente ou a instauração do respectivo inquérito policial, se não for uma das hipóteses da prisão em flagrante.

Além do mais, o laudo provisório deve ser firmado por um perito oficial ou, em sua falta, por pessoa idônea, como os próprios policiais, sendo uma condição de procedibilidade da Polícia Judiciária para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

O mesmo pode ser dito para que o Ministério Público ofereça a denúncia e para que o Juiz possa recebê-la e dar andamento aos demais atos processuais, com exceção da sentença, em que é exigido o laudo de exame químico toxicológico.

O segundo laudo é o definitivo, que é mais mais complexo e que, como o nome indica, traz a certeza quanto à materialidade do delito, definindo se o material efetivamente se refere a uma substância ilícita constante na Portaria da ANVISA.

Apesar de existir posicionamento jurisprudencial que considera o laudo dispensável, esse é um entendimento que é totalmente contrário ao que estabelece as normas processuais, em especial o artigo 158 do Código de Processo Penal, artigo que determina a necessidade do laudo em crimes que deixam vestígio, como no caso do tráfico de drogas.

E mais, não basta a elaboração de um laudo com a descrição das características exteriores da substância, é necessário conter o reconhecimento do princípio ativo da droga, como, por exemplo, o THC para a maconha, sob pena de se tornar uma prova imprestável para a comprovação da materialidade do crime.

#### **4) Conclusão do inquérito policial – Art. 51 - Prazo e prorrogação**

O prazo no direito, de uma forma geral, é algo muito importante e a sua observância deve ser a regra, inclusive para a investigação policial e conclusão do inquérito policial.

E o interessante é que o CPP estabelece o prazo de 10 dias para a conclusão do inquérito relacionado a réu preso e 30 dias quando solto; Enquanto a Lei de Drogas, em seu artigo 51, de forma diversa, concede o prazo de 30 dias para investigado preso e 90 dias quando solto.

Segundo o artigo 51, parágrafo único, os prazos de 30 ou 90 dias podem ser prorrogados.

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.

Ou seja, constatada a complexidade das investigações, a autoridade policial deverá encaminhar os autos ao Juízo competente, antes do vencimento do prazo, é claro, e, de forma justificada, solicitar seja o prazo duplicado.

É preciso destacar que a oitiva do Ministério Público sobre a duplicação, ou não, dos prazos para a conclusão do inquérito é imprescindível, principalmente pelo fato de que, como é o titular da ação penal, possa entender ser possível oferecer a denúncia com base nas provas já produzidas, sem ter que duplicar o prazo para realizar novas diligências.

Após a manifestação do MP, o juiz, avaliando a necessidade ou não, decidirá sobre a duplicação dos prazos conforme a solicitação.

É preciso te lembrar que a duplicação do prazo, em se tratando de investigado preso, somente pode ocorrer uma vez, eis que a própria Constituição, no artigo 5º, LXXVIII, estabelece que a pessoa presa tem o direito a ser julgada em prazo razoável.

Além do mais, para a duplicação do prazo é exigido motivo concreto e razoável, já que ocorre cerceamento do direito à liberdade de locomoção.

Mas, a partir do momento em que a prisão for relaxada ou revogada, o prazo para a conclusão do inquérito será de 90 dias.

Por fim, como estamos falando sobre prazo, é preciso falar um pouco sobre a forma de contagem dos prazos processuais penais, o que se aplica não somente ao prazo para conclusão do inquérito mas aos prazos em geral.

Assim, por se tratar de prazo processual, a sua contagem seguirá a regra do artigo 798 do CPP, isto é, serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou feriado.

Outrossim, temos que analisar o artigo 798 do Código de Processo Penal, o qual, em seus §§ 1º e 3º, estabelece que “Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento”; bem como que “O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato”.

## **FIANÇA EM TRÁFICO DE DROGAS?**

Tem sido comum decisões arbitrando fiança em tráfico de drogas, principalmente durante a audiência de custódia.

O fundamento utilizado para o arbitramento é uma decisão do STJ, a qual trata sobre o "tráfico privilegiado" e que afirma que nessa hipótese, de tráfico privilegiado, está afastada a hediondez do crime e, consequentemente, possibilita a fiança.

A decisão do STJ foi proferida no HC 372.492 de Santa Catarina, e foi no seguinte sentido:

Interpretando-se as disposições contidas no parágrafo 4º do artigo 33 e no artigo 44, ambos da Lei de Drogas, constata-se a intenção do legislador em diferenciar o tratamento do traficante eventual, tanto concedendo-lhe a redução do privilégio, quanto permitindo-lhe a concessão da fiança, do sursis, da graça, do indulto, da anistia e da liberdade provisória, benefícios negados aos que se enquadram no caput e parágrafo primeiro do artigo 33 do mencionado diploma.

Imperioso afastar a natureza hedionda da Lei 8.072/90 ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes quando reconhecida a sua forma privilegiada, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Como já vimos no módulo anterior, o "tráfico privilegiado" não é considerado crime hediondo, pois o STF, no Habeas Corpus 118, 533, afirmou que, diferentemente do tráfico estabelecido no artigo 33, tanto no *caput* quanto no § 1º, o reconhecimento da forma privilegiado do tráfico afasta a natureza hedionda.

Inclusive, em razão dessa decisão, o STJ cancelou a Súmula 512 de 2014, que tinha o seguinte teor:

A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

Desse modo, não sendo hediondo, haveria, em tese, a possibilidade de se arbitrar fiança a quem é acusado de praticar o crime de tráfico de drogas.

Ocorre que o arbitramento de fiança em audiência de custódia, como tenho visto, é incompatível com o momento processual, pois averiguar naquele juízo de cognição sumária a existência ou não do "tráfico privilegiado" é questão complexa, praticamente impossível de ser realizada e sequer deveria ser feita.

Inclusive, vejamos o que as normas constitucionais e legais dizem sobre o tema.

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, afirma expressamente que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática, dentre outros crimes, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Já o artigo 323, inciso II, do Código de Processo Penal, também estabelece de forma expressa que não será concedida fiança no crime de tráfico de drogas.

Do mesmo modo, o artigo 2º, inciso II, da Lei de Crimes Hediondos determina que esse é um crime insuscetível de fiança.

O mesmo pode ser extraído do artigo 44 da Lei 11.343/2006, dizendo que “Os crimes previstos nos artigos 33, caput e parágrafo 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis [...].

Portanto, a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, a Lei de Crimes Hediondos e a própria Lei de drogas preveem a impossibilidade de arbitramento de fiança nos crimes de tráfico de drogas.

Deve ficar claro que dizer que o crime de tráfico de drogas é inafiançável não é o mesmo que afirmar ser impossível a concessão de liberdade provisória, ou seja, não se trata de dizer que é incabível a liberdade provisória.

É plenamente cabível a liberdade provisória, inclusive com a fixação de medidas cautelares diversas à prisão, desde que não seja a fiança, é claro.

O próprio STF já se manifestou nesse sentido, no HC 108.345/SP, segundo o qual:

A inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significa óbice à liberdade provisória.

No que se refere à crítica ao arbitramento de fiança nos crimes de tráfico de drogas, especialmente quando realizado em audiência de custódia, entendo que o fundamento de que o STJ teria firmado o entendimento de ser possível arbitrar fiança em casos de tráfico privilegiado, não pode ser utilizado para o fim de, em audiência de custódia, arbitrar fiança.

Trata-se de uma audiência de custódia, em que não há análise do mérito da demanda, sendo impossível, naquele momento, verificar se a conduta praticada se amolda à causa de diminuição de pena estabelecida no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343 de 2006.

Como nós já sabemos, o "tráfico privilegiado" nada mais é do que uma causa de diminuição de pena e, por essa razão, deve ser avaliada apenas em sentença, na terceira fase da dosimetria da pena, sendo impossível que tais fatores sejam levados em consideração quando da análise de um Auto de Prisão em Flagrante.

Como que uma fiança será arbitrada em uma audiência que sequer entre no mérito dos fatos e não colhe nenhum tipo de prova?

Ao meu ver, para o arbitramento de fiança em tráfico de drogas é necessário que seja evidente a ocorrência do "tráfico privilegiado", ou seja, depois da sentença, pois somente após o reconhecimento dessa causa de diminuição de pena é possível afastar a hediondez do crime.

Assim, como a fiança, conforme artigo 334 do Código de Processo Penal, "poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória", é plenamente possível que o magistrado, com a prolação da sentença, reconhecendo a causa de diminuição de pena, mesmo que ainda não seja uma decisão definitiva, ao analisar o direito do réu recorrer em liberdade, verifique que outras medidas cautelares diversas da prisão são suficientes e arbitre fiança em favor do réu.

Mas antes disso, principalmente em audiência de custódia, o arbitramento de fiança é medida, ao meu sentir, desajustada, sendo que, se não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, deve ser concedida liberdade provisória ao réu com ou sem medidas cautelares diversas, desde que não se trate de fiança.

Condicionar a liberdade ao pagamento de fiança é fazer uma analogia *in malam partem*, o que não é possível no Direito Penal moderno.

Como disse, se o magistrado entende que não estão preenchidos os requisitos para a decretação da prisão preventiva, sendo suficiente a aplicação de medidas alternativas diversas da prisão, que se conceda a liberdade sem o arbitramento de fiança, pois totalmente contrário ao que estabelece a legislação, e fixe outras medidas diversas da fiança.

## DEFESA PRÉVIA X RESPOSTA À ACUSAÇÃO

A prática penal tem as suas peculiaridades e devemos nos atentar aos detalhes para uma boa atuação e demonstração de domínio técnico.

Por isso, é preciso ter muita atenção na hora de elaborar a peça defensiva, principalmente quando for nomear a petição.

É muito comum, na prática, ver que muitas pessoas se confundem sobre o que vem a ser Defesa Prévia e Resposta à Acusação.

No Direito Penal, via de regra, vemos o termo Defesa Prévia na Legislação de Tóxicos e o termo Resposta à Acusação no Código de Processo Penal.

Mas há alguma diferença entre elas ou apenas possuem nomes diferentes?

Para responder essa pergunta temos que analisar os dois ritos mencionados (o especial da Lei de Tóxicos – Lei 11.343/06 – e o comum do Código de Processo Penal).

No rito comum, do CPP, a petição defensiva é realizada após a denúncia já ter sido recebida, conforme artigo 396 do CPP.

Assim, o Ministério Público oferece a denúncia; seu recebimento ou não é analisado pelo Judiciário; e, caso seja recebida, o réu será citado para oferecer resposta à acusação, nos termos dos artigos 396 e 396-A, ambos do CPP.

Perceba que, nesse caso, o indivíduo que figura no polo passivo da demanda, ao ser citado para oferecer resposta à acusação, já é formalmente acusado de praticar um crime, visto já ter sido oferecida a denúncia em seu desfavor e a denúncia já ter sido recebida.

Logo, a peça de defesa será uma resposta à acusação, ou seja, uma resposta a uma acusação formalmente aceita e válida.

Já há uma acusação devidamente recebida e o já podemos falar na existência de um réu.

De outro lado, no rito especial de tóxico, o Ministério Público oferece a denúncia e, antes da análise sobre o seu recebimento ou não, a parte do polo passivo é notificada para apresentar a sua Defesa Prévia, conforme estabelece o artigo 55 da Lei de Drogas.

Assim, a gente pode perceber que a denúncia ainda não foi recebida e que, portanto, a acusação ainda não foi formalizada, de modo que a defesa será prévia ao recebimento da denúncia, de modo a possibilitar, inclusive, que seja requerido o não recebimento da peça acusatória, nos termos do artigo 395 do Código de Processo Penal.

No caso da Resposta à Acusação, como a denúncia já foi recebida, fica um pouco mais complicado requerer o seu não recebimento, sendo que o pedido, nesse caso, seria o de absolvição sumária, conforme artigo 397 do Código de Processo Penal.

Por fim, ao meu ver, a grande diferença entre ambas as “defesas” reside na matéria a ser abordada.

Enquanto na resposta à acusação o principal seria a absolvição sumária do acusado; na defesa prévia, a rejeição da denúncia.

Esse, ao menos, é o objetivo que entendo que o legislador quis dar às peças, principalmente em decorrência dos respectivos ritos.

Mas com isso não quero dizer que não existam outros pedidos que possam ser feitos em sede de defesa, ou afirmar que não é possível requerer a rejeição da denúncia em sede de resposta à acusação. O objetivo, na verdade, é apenas trazer algumas das principais diferenças entre as peças.

Para encerrar, preciso te falar que há o entendimento de que nos processos de tráfico de drogas, mesmo que a legislação específica não fale nada sobre o assunto, seria possível apresentar a defesa prévia e, após o recebimento da denúncia, caso suas teses não tenham sido acolhidas, seja possível apresentar resposta à acusação, requerendo, por exemplo, a absolvição sumária ou outras questões não alegadas na defesa prévia.

É claro que para isso ocorrer é preciso que você tenha o que alegar tanto em defesa prévia quanto em resposta à acusação, de modo que apresentar as duas peças apenas por apresentar apenas serve para tumultuar o processo.

Do mesmo modo, é possível apresentar na própria defesa prévia todas as teses que sustentaria em eventual resposta à acusação. Assim, é possível requerer na defesa prévia o não recebimento da denúncia e, subsidiariamente, caso ela seja recebida, a absolvição sumária do réu, principalmente se se tratar de réu preso e queira dar mais celeridade ao processo.

## COMO ELABORAR A DEFESA PRÉVIA - O QUE ALEGAR E O QUE REQUERER

Antes de abordar o conteúdo da petição, vamos falar um pouco sobre a forma da sua peça.

O primeiro ponto que eu acho crucial é: seja direto. Evite parágrafos muito longos e tente não ficar dando voltas no assunto. Vá direto ao ponto.

Isso não significa que você deva deixar de abordar os pontos importantes, mas que deve fazer isso de uma forma sucinta. Petições muito longas são vistas com maus olhos e provavelmente não serão lidas.

Inclusive, evite colocar vários precedentes e jurisprudências na íntegra, isso alonga a petição e também tira o interesse do leitor.

Além do mais, é importante você adotar uma formatação padrão para as suas petições. Não precisa seguir as regras da ABNT, mas é importante que você tenha uma formatação limpa e organizada, além de usar uma boa fonte. Isso faz com que o texto fique fácil de ser lido, sem se tornar cansativo para a visão.

Outra questão interessante é separar a petição em tópicos. Isso faz com que a leitura e compreensão do texto sejam feitas de uma forma melhor.

Ah! Tome cuidado com o excesso de negrito e sublinhado. Às vezes a gente quer destacar os pontos que julgamos importantes, mas acabamos por negritar e sublinhar muita coisa, fazendo com que o texto tenha mais partes marcadas do que sem marcação.

Ao escrever, você precisa se lembrar que está escrevendo para que outra pessoa leia e é por isso que precisa escrever (e formatar) de forma a tornar a leitura mais leve e prazerosa. Quando o leitor, antes de ler, tem uma má impressão do texto, ele vai ler de forma displicente, com um preconceito do conteúdo.

Agora, vamos passar para o conteúdo em si. A dúvida de muitos advogados é se na defesa prévia já devem lançar todas as teses defensivas ou se devem aguardar para lançá-las apenas nas alegações finais.

Quanto a esse ponto, eu entendo que a defesa prévia não é o momento ideal para já mostrar quais são as suas teses defensivas, porque desse jeito você acaba antecipando para o Ministério Pùblico tudo aquilo que sustentará, ficando sem cartas na manga.

Lembre-se que o processo é um jogo e por isso você deve adotar estratégias para ganhar a batalha. Manter cartas na manga faz parte da estratégia necessária para se ganhar esse jogo.

Mas isso não significa que a sua defesa prévia deve sempre ser genérica e sucinta. Você apenas deve se atentar para fazer os requerimentos pertinentes, sem entregar o jogo para o adversário. Ou seja, se atenha mais às questões processuais e menos às questões materiais.

Se possível, questões relacionadas ao mérito, como desclassificação, autoria delitiva, dentre outras, devem ser guardadas para as alegações finais, fazendo com que a defesa prévia se destine a atacar mais as questões processuais dos autos.

O primeiro ponto que considero relevante é analisar a questão relativa ao pedido de revogação da prisão preventiva. Esse, inclusive, é um dos melhores momentos para requerer a liberdade do cliente, visto que a prisão em flagrante já foi homologada e convertida em preventiva, o inquérito já foi concluído, a denúncia já foi oferecida e o juiz tem mais elementos para apreciar o pedido.

Além do pedido de revogação da prisão, esse é o momento para atacar a denúncia, alegando eventual inépcia e requerer a rejeição da denúncia, nos termos do artigo 395 do Código de Processo Penal. Para isso, é preciso saber que o artigo 41 do Código de Processo Penal estabelece que:

A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Portanto, é possível perceber que o artigo 41 do Código de Processo Penal exige que o fato criminoso seja exposto com todas as suas circunstâncias.

No caso do tráfico de drogas, para a denúncia ser válida, é necessário que o Ministério Público indique algum indício concreto de que a pessoa denunciada estivesse com drogas destinadas a terceiros. Não basta apenas narrar a apreensão das drogas sem dizer qual era a sua destinação.

Do mesmo modo, é imprescindível que esteja narrado na denúncia qual foi o verbo efetivamente praticado pelo réu, dentre os dezoitos verbos contidos do artigo 33.

Esses dois casos são exemplos clássicos de inépcia da denúncia, impedindo o réu de se defender, principalmente diante da incerteza quanto a acusação, que foi realizada de forma genérica.

A denúncia precisa oferecer todos os elementos necessários para que o réu possa se defender dos fatos a ele imputados. Logo, caso a denúncia seja genérica ou deixe de conter informações importantes sobre os fatos, deverá ser reconhecida sua inépcia.

Um outro ponto interessante de se abordar na defesa prévia é a rejeição da denúncia quando ausente o laudo de constatação provisório. Como vimos na aula específica sobre laudo pericial, o laudo de constatação é condicionante para o oferecimento da denúncia. Ou seja, se inexistente o laudo de constatação a denúncia não poderá ser recebida.

É possível alegar, ainda, nulidades relacionadas à prisão em flagrante, quando decorrentes de violação de domicílio sem mandado de busca e apreensão, por exemplo. Nós já vimos que a entrada não autorizada na residência é ilegal, fazendo com que as provas decorrentes dessa invasão sejam ilícitas e contaminem todas as demais provas dos autos. Portanto, esse é um bom momento para requerer o reconhecimento da nulidade da invasão e das provas decorrentes dela.

Veja, como disse anteriormente, os seus requerimentos em sede de defesa prévia devem se restringir às questões processuais e não ao mérito em si, o que deverá ser guardado para as alegações finais.

Como mencionado na aula passada, também há possibilidade de, desde já, caso um dos requisitos esteja preenchido, requerer a absolvição sumária do réu, nos termos do artigo 397 do CPP.

Para isso, é preciso constatar a existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato; ou a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, com exceção da inimputabilidade; que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou, então, se estiver extinta a punibilidade do agente.

## PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA – ART. 56, § 2º - ANÁLISE DA LEI E DA JURISPRUDÊNCIA

Segundo o artigo 56, § 2º, com o recebimento da denúncia o juiz deverá marcar a audiência para uma data que esteja dentro do prazo de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias, contados a partir da decisão que recebe a denúncia:

Audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Como sabemos, no processo sob o rito de drogas, o momento do recebimento da denúncia é diferente, ou seja, enquanto no rito ordinário do CPP a denúncia é recebida ou não logo após o seu oferecimento pelo MP, com a determinação da citação do réu para oferecer resposta à acusação, na Lei de Drogas a denúncia somente será recebida após o acusado ter sido notificado e apresentado a defesa preliminar.

Finda a fase preliminar e afastadas as alegações da defesa, presentes os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, o juiz receberá a denúncia. A decisão, é claro, deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, que, no caso, é relativa, dependendo de prova de prejuízo para a defesa.

Neste mesmo momento processual, o Magistrado designará a audiência de instrução e julgamento, determinará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público e do assistente, se houver, e requisitará os laudos periciais faltantes, requeridos pelas partes ou determinados de ofício pelo juízo.

Todavia, segundo a legislação específica, o magistrado não está livre para designar a audiência quando bem quiser, devendo marcá-la, em se tratando de réu preso, no prazo máximo de 30 dias após a decisão que recebeu a denúncia,

como vimos da leitura do artigo 56, parágrafo segundo, podendo ser de 90 dias se realizado exame de dependência química.

Ocorre que esses prazos quase nunca são obedecidos, sempre encontrando-se motivos e justificativas para o seu descumprimento, dentre elas a falta de recursos materiais e humanos para um célere trâmite processual, a sobrecarga de processos, dentre outros que quase nunca dizem respeito ao réu ou à sua defesa.

O STJ, inclusive, já decidiu que o excesso de prazo não pode ser contado apenas por soma dos prazos processuais, de modo que a configuração de constrangimento ilegal por excesso de prazo, capaz de autorizar o relaxamento da prisão cautelar, exige a demora em razão da ofensa ao princípio da razoabilidade pela desídia do Poder Judiciário ou da acusação, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais. Como no caso do Recurso em HC 86.651/RS).

Quanto ao prazo de 30 dias para a designação da audiência, apesar do meu entendimento de que é necessário o seu cumprimento, sob pena de esvaziar o seu objetivo, que é nortear o rumo processual e controlar o tempo da ação, o entendimento jurisprudencial que tem predominado é no sentido de que se trata de um prazo impróprio e a sua inobservância, dentro de limites razoáveis, não configura constrangimento ilegal.

De qualquer modo, independentemente do entendimento que vier a ser pacificado por nossos Tribunais, relevante lembrar que os prazos legais não são peremptórios, admitindo dilações quando assim exigirem as peculiaridades do caso concreto, como a complexidade da ação penal, a pluralidade de acusados ou a necessidade de se deprecar a realização de atos da instrução.

Mas se torna indispensável a observância aos limites da razoabilidade, em atenção ao artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, além, é claro aos princípios da necessidade e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, em que pese o entendimento predominante seja no sentido de não ser possível seguir apenas um critério matemático, é certo que tais prazos devem ser, se não cumpridos, respeitados ao máximo e servem de parâmetro para a duração do processo.

Essa regra deve ser observada principalmente em processos que envolvem réus presos, por se tratar de um direito assegurado de ter uma razoável duração do processo, com prazos fixos e expressamente constantes na lei.

## **LIBERDADE PROVISÓRIA, REVOGAÇÃO E RELAXAMENTO DA PRISÃO - CONCEITO DE CADA UMA E MOMENTO ADEQUADO PARA REALIZAÇÃO**

Um outro tema importantíssimo para ter uma boa atuação prática é saber diferenciar os pedidos de relaxamento, de revogação da prisão e de liberdade provisória, bem como identificar qual o momento ideal para realizar o pedido.

O primeiro que analisaremos é o relaxamento da prisão, o qual se dá quando a prisão é ilegal. Segundo o artigo 5º, inciso 65, da Constituição:

a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

Ao contrário do que muitos pensam, não se trata apenas de ilegalidade na prisão em flagrante, conforme pode dar a entender o artigo 310, inciso I, do CPP, que estabelece que (Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal).

Trata-se de ilegalidade em qualquer prisão e não apenas na decorrente de flagrante delito, como no caso da prisão preventiva que possui algum tipo de ilegalidade ou que não preencheu os requisitos para a sua decretação.

No que se refere a liberdade provisória, importante destacar que ela pode ser concedida com ou sem o pagamento de fiança, em regra na prisão em flagrante (artigo 310, inciso III, do CPP).

Caso não exista ilegalidade na prisão em flagrante, apta a gerar o relaxamento da prisão, a Autoridade Judiciária, entendendo não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, concederá liberdade provisória ao indiciado, mediante a substituição (ou não) por medidas cautelares diversas da prisão (conforme artigo 319 do CPP), como a fiança, por exemplo.

Já a revogação da prisão é a medida adequada para os casos de prisão decretada pela Autoridade Judiciária, seja ela uma prisão preventiva ou uma prisão temporária.

Inclusive, em caso de prisão em flagrante, enquanto ela não for convertida em prisão preventiva, o pedido correto é o de liberdade provisória.

Após a homologação do flagrante e a sua conversão em prisão preventiva, o ideal é o pedido de revogação da prisão (que não é mais em flagrante, pois já foi decretada a preventiva).

Em resumo, podemos dizer que o relaxamento é para prisões ilegais; a liberdade provisória para as prisões em flagrante; e a revogação para prisões (preventivas ou temporárias) decretadas pelo juiz.

Com relação ao momento para se requerer a liberdade, em se tratando de buscar garantir o direito à liberdade, é claro que não existe um momento certo para isso. Mas, estrategicamente falando, é possível visualizar algumas situações mais adequadas.

Eu sei que uma das tarefas mais exigidas dos advogados criminalistas é fazer o pedido de liberdade do réu, seja relaxamento, liberdade provisória ou revogação da prisão.

Na verdade, a cobrança não é só para fazer o pedido, mas obter a liberdade.

Por isso, pressionados pelo próprio réu ou por seus familiares, muitos advogados fazem reiterados pedidos de liberdade para o seu cliente, um atrás do outro, para o mesmo juiz, sem saber que tal ato pode até mesmo prejudicar o seu cliente.

Imaginemos a hipótese de um processo oriundo de uma prisão em flagrante.

Após a autuação do flagrante pela Autoridade Policial, a pessoa que foi presa é encaminhada à audiência de custódia, oportunidade em que essa prisão deverá ser analisada e, dessa análise, a aplicação da medida adequada, seja o

relaxamento, a liberdade provisória (com ou sem medidas cautelares diversas da prisão) ou a decretação da prisão preventiva.

Desse modo, é possível fazer dois pedidos durante a audiência de custódia.

Um deles é o de relaxamento da prisão, caso exista alguma nulidade da prisão, como um flagrante forjado. O outro, caso a prisão tenha sido legal, é o de concessão de liberdade provisória.

Na hipótese de os pedidos feitos na audiência de custódia serem negados (e a prisão preventiva tenha sido decretada), há possibilidade de esperar a distribuição dos autos para o Juízo competente e realizar novo pedido, mas dessa vez de revogação da prisão e não de liberdade provisória.

Se o pedido for novamente negado, não tem motivo para reiterar pouco tempo depois o pedido para o mesmo juiz, salvo se tiver algum fato novo que efetivamente mude o convencimento dele.

Na minha visão, fazer pedido em cima de pedido, para o mesmo julgador, é apenas atrasar o andamento processual. Será a mesma pessoa que analisará o seu pedido e a probabilidade dela mudar o pensamento em tão pouco tempo é praticamente zero. Sem falar que, dependendo do Juízo que tramitar, cada pedido de liberdade significará nova vista dos autos ao Ministério Público e, consequentemente, mais demora na tramitação dos autos.

Tenho a teoria de que, se já pediu e foi negado, é melhor adiantar ao máximo o andamento do processo e obter a designação da audiência o quanto antes. Até porque será na audiência que as coisas desenrolam e é possível uma melhor análise por parte do julgador.

Antes da designação da audiência, quanto mais pedido fizer, mais tempo demorará para designar a audiência e mais impaciente ficará o seu cliente. Busque adiantar ao máximo a designação da audiência, isso dará uma certa

tranquilidade ao cliente e possibilitará que você trabalhe com mais calma e melhor a liberdade dele.

Mas, caso mesmo assim queira pedir mais uma vez, tente ao menos esperar para requerer a liberdade na petição defesa prévia. Ou então, o que acho mais prudente, espere a designação da audiência. Após uma data estipulada para o ato não é preciso pressa. Sem falar que toda pessoa que responde a um processo criminal e está presa gosta de saber a data da audiência.

Se por acaso entende necessário levar a discussão para o Tribunal de Justiça, já que obteve duas decisões desfavoráveis (uma na audiência de custódia e outra no Juízo competente), impetre um habeas corpus e tente a liberdade por meio deste remédio constitucional.

Só que é preciso ter em mente que o habeas corpus é uma medida importantíssima para o jogo processual. E, sim, todo processo é um jogo.

Se for impetrado (apressadamente) e a ordem for denegada, é um ponto negativo para futuro pedido de liberdade no Juízo de piso, pois acaba dando a ele mais um argumento para manter a prisão.

O raciocínio é mais ou menos o seguinte: “Se o Tribunal não soltou, eu é que não solto!”.

Como disse, o processo é um jogo e não é possível tomar atitudes apressadas, na pressão e sem calcular os riscos da jogada.

Cada passo e cada atitude a ser tomada exige muita cautela, sob risco de se prejudicar mais a frente.

## MOMENTO DO INTERROGATÓRIO

Uma das grandes diferenças entre o rito ordinário do Código de Processo Penal e o da Lei de Tóxicos é o momento da realização do interrogatório do réu.

Segundo o que consta na Lei específica, o interrogatório, ao contrário do que estabelece o CPP, será o primeiro ato a ser realizado.

Assim, segundo o artigo 57 da Lei de Drogas, o primeiro a ser ouvido na audiência é o réu; enquanto que o CPP, em seu artigo quatrocentos, estabelece que o réu é o último a ser ouvido, depois da vítima e das testemunhas.

Ou seja, pela Lei de Tóxicos a ordem é: interrogatório e testemunhas; e pelo CPP é: vítima, testemunhas e interrogatório.

Em uma simples análise é possível depreender que essa ordem do rito na Lei 11.343/2006 (ouvindo-se primeiro o réu) se deu pelo fato de que a legislação específica surgiu no ano de 2006.

Por consequência, ela seguia o procedimento adotado à época pelo Código de Processo Penal, em que uma das primeiras providências adotadas no processo era interrogar o réu, porém, com uma visão reformulada, mais moderna.

Só que pouco tempo após a entrada em vigor da Lei de Drogas, surgiu a Lei 11.719/2008 que alterou o Código de Processo Penal e os ritos.

Dentre essas mudanças surgiu, então, a audiência de instrução, debates e julgamento, rito em que o réu encerra a fase de oitivas, enquanto que a Lei de Tóxicos manteve o seu procedimento, tornando-se, dessa forma, diferente do rito ordinário.

Percebe-se, então, que a legislação que surgiu para acompanhar e aprimorar o CPP passou, com a mudança desse Código, a tratar de forma diferente a instrução criminal, o que foi, inclusive, motivo de grandes críticas.

A primeira dessas críticas é sobre a manutenção do rito “invertido” da Lei de drogas, ou seja, se mesmo com a mudança do CPP ainda seria adotado o modelo em que o réu era o primeiro a ser ouvido, justamente por ser contrário ao que estabelecido no rito ordinário.

Além do mais, essa crítica leva em consideração o prejuízo causado ao réu com a realização do interrogatório como primeiro ato da audiência, visto que, inegavelmente, ouvindo-o ao final, após a oitiva das testemunhas, seria possível garantir de forma mais concreta os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Inclusive, temos aqueles que sustentam que o rito da Lei 11.343/06 é inconstitucional, justamente por ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Só que mesmo diante de todas essas críticas, o entendimento que prevalecia jurisprudencialmente era no sentido de que, pelo princípio da especialidade, a Lei Especial prevalece sobre a Geral.

Assim o rito da Lei 11.343/06 prevalecia, fazendo com que o interrogatório efetivamente fosse o primeiro ato a ser realizado na audiência.

Uma das poucas exceções para adotar o rito ordinário em processos de crime de tráfico de drogas era quando em um mesmo processo se apurava a prática de crimes do rito ordinário e do rito especial, como por exemplo a acusação da prática do crime de tráfico de drogas e roubo, por exemplo, na mesma ação penal.

Nesse caso, o entendimento era de que, havendo crimes de ritos diferentes, o ideal era adotar o rito que fosse mais benéfico ao réu, isto é, o rito ordinário estabelecido no CPP.

Após muita discussão, o STF pôs uma pá de cal sobre o tema, determinando no julgamento do Habeas Corpus número 124.900/AM que o interrogatório,

independentemente do que contido nas legislações especiais, deve sempre ser o último ato a ser realizado na audiência.

Na verdade, ao analisar esse habeas corpus, é possível verificar que ele tratou da hipótese de um procedimento processual penal militar, mas o seu julgamento estendeu os efeitos a todos os procedimentos regidos por legislação especial, como é o caso do tráfico de drogas.

Segundo o referido julgado, o rito do Código de Processo Penal é mais benéfico ao acusado e, por essa razão, deve ser aplicado em todas as hipóteses, até mesmo no caso de ritos contidos em lei especial.

É possível extrair da decisão o seguinte:

a norma inscrita no artigo 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

Apesar de se tratar do julgamento de um *habeas corpus*, a referida decisão é aplicável a todos os demais casos, inclusive sendo causa de nulidade do ato a inobservância do que decidido, isto é, da realização do interrogatório por último. A exceção dessa nulidade seriam os casos em que a instrução processual já teria acabado até a publicação da ata daquele julgamento, ou seja, em 10/03/2016.

Portanto, em se tratando de tráfico de drogas ou outro crime cujo rito esteja estabelecido em legislação especial, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato da instrução e passou a ser o último, sob pena de nulidade.

Entendido qual o momento da realização do interrogatório, vamos falar um pouco sobre como se comportar durante o interrogatório.

De acordo com o artigo 185, § 5º, do CPP, é direito do réu se entrevistar de forma prévia e reservada com o seu defensor antes de ser interrogado.

Como já vimos que o interrogatório será o último ato, no momento da entrevista prévia e reservada, todas as testemunhas já terão sido ouvidas e você já sabe quais são as provas produzidas contra ou a favor do seu cliente.

Então, após a oitiva de todas as testemunhas e antes da realização do interrogatório, é importante que você peça para conversar com o seu cliente, antes dele ser ouvido pelo juiz, conforme garante o Código de Processo Penal.

Novamente, caso esse direito seja negado, você deverá requerer que o seu pedido e a negativa sejam constados na ata da audiência para você, posteriormente, buscar a anulação do ato.

Sendo garantido esse direito, você, ao se entrevistar com seu cliente, deverá expor a ele tudo aquilo que deve ser levado em consideração para garantir o sucesso da tese defensiva.

Aqui, eu pressuponho que você já tenha conversado com o seu cliente antes da audiência e explicado pra ele o processo e o que pode vir a acontecer. Sem conversar com o cliente antes da audiência, qualquer inovação que você proponha nas teses defensivas poderá ser catastrófica.

Já tendo conversado com ele antes da audiência, será no momento da entrevista prévia e reservada que você deverá reforçar ao seu cliente se ele manterá eventual negativa de autoria ou se, caso ele realmente tenha praticado o crime, seria melhor ele assumir a prática delitiva, confessando o crime. É nessa hora que você deve explicar, tecnicamente, como estão as provas dos autos e se as provas estão favoráveis ou não.

Mas não se esqueça, o réu geralmente é leigo no assunto e por isso você deverá ser o mais direto possível, evitando o juridiquês, aqueles termos jurídicos complicados e que aqueles que não atuam na área não sabem o significado.

Agora que você já se entrevistou com o seu cliente, como agir durante o interrogatório?

A palavra será passada para o advogado de defesa somente após o Ministério Público, que é o autor da ação, ter realizado as suas perguntas. Mas isso não significa que você deva ficar inerte durante as perguntas da promotoria.

É importante que fique sempre atento para as perguntas que são realizadas, as respostas que são dadas pelo seu cliente e o que efetivamente vai constar no termo de interrogatório.

Muitas vezes, na hora de registrar a resposta do réu, ainda mais quando a audiência não for gravada por meio audiovisual, aquilo que será escrito não necessariamente será exatamente o que o réu disse. Por isso, é preciso ficar atento e sempre requerer que conste no termo as exatas palavras do réu ou informações que não alterem aquilo que foi afirmado.

Quando tiver com a palavra e for realizar as perguntas, é sempre interessante destacar as qualidades pessoais e profissionais do seu cliente, além de fazer perguntas que sejam destinadas a comprovar a sua tese defensiva.

Se, por exemplo, o objetivo for a desclassificação do tráfico para o consumo pessoal, é importante perguntar ao cliente se ele é usuário de drogas, a quantidade de drogas que costuma consumir, a frequência do consumo, como conseguiu dinheiro para comprar as drogas, dentre outras que ajudem a comprovar a sua tese.

Mas tenha cuidado ao formular as perguntas, para não perguntar aquilo que possa prejudicar o réu. Além do mais, faça apenas perguntas que você saiba quais serão as respostas, para não correr o risco de ser surpreendido com uma

resposta não prevista, que seja completamente desfavorável ao seu cliente e venha a derrubar a sua tese defensiva.

Esteja sempre atento ao que acontece na audiência, fazendo anotações dos depoimentos e das provas produzidas. Assim, você conseguirá elementos para extrair do seu cliente tudo aquilo que precisa para o sucesso da causa.

## DICAS PARA UMA BOA AUDIÊNCIA CRIMINAL

Quem não teve medo ao realizar a sua primeira audiência (criminal ou não) que atire a primeira pedra.

Por isso, hoje, trago a você 10 dicas para se sair tão bem que nem vai parecer que você é inexperiente no assunto.

### **Dica n.º 1: analise o processo**

Pode parecer óbvio, mas não é o que vejo na prática.

Muitos ainda se aventuram a fazer uma audiência sem ter analisado o processo antes.

Chegam minutos antes do ato começar e fazem uma rápida análise do que consta no caderno processual.

Uma boa análise do processo é fundamental para saber qual é a acusação feita contra o seu cliente, bem como verificar o que foi produzido nos autos até então, quais foram os depoimentos prestados perante a Autoridade Policial, evitando surpresas durante o ato.

O interessante é fazer essa análise com calma, previamente, de modo a conhecer os autos, possibilitando o cumprimento das demais etapas.

### **Dica n.º 2: converse previamente com o cliente**

Além de uma detida análise do processo, é importante, agora que já sabe o que pesa contra o réu, conversar com o seu cliente.

Em que pese seja permitido legalmente a entrevista do advogado com o cliente antes do seu interrogatório, entendo ser necessário que haja uma conversa anterior ao ato (seja em uma reunião ou numa ida ao presídio).

Com essa conversa você poderá explicar para ele o que se passa, saber dele a sua versão para os fatos, verificar uma possível confissão e traçar o melhor caminho a ser seguido.

Inclusive, é com essa conversa prévia que você vai passar para o seu cliente quais as teses que poderão ser utilizadas e, na hora da entrevista prévia e reservada, consiga traçar com ele o melhor caminho para o interrogatório.

Não adianta saber tudo sobre o processo se na hora da audiência você e o réu não falarem a mesma língua.

### **Dica n.º 3: seja sincero com o cliente**

Essa é uma das questões mais importantes, ser sincero com o cliente.

Você, como defesa técnica, tem que passar para o réu todas as acusações feitas contra ele, bem como explicar a consequência dos atos.

Assim, será mais provável que ele, sabendo das consequências, seja sincero com você, expondo a verdade dos fatos.

O cliente precisa confiar no advogado.

O grande problema é que muitos advogados preferem falar aquilo que o cliente quer ouvir e não o que deve ser realmente dito, com medo de perder o cliente.

É nesse momento que você deverá expor para ele as circunstâncias do caso e o que será realizado.

### **Dica n.º 4: conheça o juiz e o promotor**

É fundamental que você busque saber um pouco mais sobre o juiz e o promotor que participarão da audiência.

Com isso, você sabe qual é o posicionamento que eles costumam adotar, possibilitando que você se antecipe aos seus argumentos e trace melhor as teses e estratégias a serem adotadas.

Aqui, você consegue antever se o juiz e/ou o promotor são linha dura, quais teses costumam embarcar e quais tem o hábito de rejeitar, dentre outras questões.

#### **Dica n.º 5: estude as teses**

Conhecendo o magistrado e o membro do ministério público, você pode definir quais serão as suas teses, qual o caminho você seguirá processualmente.

Se você sabe que eles adotam determinado posicionamento, desfavorável ao seu cliente, estude melhor aquilo que você defenderá, buscando precedentes confiáveis e robustos na jurisprudência, principalmente do STJ e STF, para que você tenha argumentos para "bater de frente" com eles.

#### **Dica n.º 6: trace estratégia(s)**

Tendo analisado bem o processo, descoberta a versão do réu sobre os fatos, conhecido o juiz e o promotor que participarão da audiência e estudado as teses que utilizará é possível traçar estratégia(s) processuais mais adequadas ao caso.

Confissão, negativa de autoria, desclassificação, prescrição, perguntas que realizará às testemunhas e ao réu, dentre outras questões importantes.

#### **Dica n.º 7: saiba quais são as testemunhas arroladas**

Saber previamente quais são as testemunhas arroladas pelo Ministério Público e o teor dos eventuais depoimentos prestados na fase investigativa te ajudará na hora de fazer as perguntas durante os depoimentos.

Com isso, evitará ser surpreendido no decorrer do ato, com fatos que não imaginou pudessem vir à tona.

### **Dica n.º 8: saiba previamente quais as perguntas fazer nos depoimentos**

Conhecendo o processo, a versão do réu, o posicionamento costumeiro do juiz e do promotor e sabendo quais são as testemunhas arroladas (e o que elas já declararam na fase investigativa), é possível formular quais as perguntas serão feitas durante os depoimentos, visando alcançar seus objetivos.

Não adianta nada ter boas teses e estratégias se não souber extrair das testemunhas aquilo que é favorável ao seu cliente. E, para isso, precisa ter perguntas previamente formuladas.

Inclusive, se você conhecer bem o processo e tudo aquilo que já foi produzido, seja em outras audiências ou na fase policial, poderá explorar eventuais contradições e esquecimentos da testemunha.

Mas você deve ter muito cuidado para não perguntar aquilo que vá prejudicar o seu cliente, ou seja fazer perguntas que sejam um verdadeiro tiro no pé.

Saiba, também medir o valor da prova para a sua tese, se ela está favorável ou contrária.

Geralmente, processos de tráfico de drogas possuem como testemunhas de acusação os policiais que participaram da prisão ou da investigação do réu.

Por isso, diante das inúmeras ocorrências semelhantes e do longo prazo entre a prisão e a audiência, é pouco provável que os policiais tenham muitas lembranças do que aconteceu, principalmente para reconhecimento do réu.

Geralmente, as declarações serão genéricas e não conseguirão individualizar as condutas.

E é essa a falha que você deve explorar, buscando das testemunhas, caso perceba que ela não se recorda bem dos fatos, o reconhecimento do réu, bem como a explicação de quais atos foram efetivamente praticados por ele.

Importante você saber, também, que é muito comum o juiz ou o promotor, logo no início do depoimento, ler as declarações que foram prestadas pela testemunha na fase policial.

Só que esse ato é passível de gerar nulidade, pois vicia o depoimento da testemunha.

É preciso tentar extrair o máximo possível da memória espontânea da testemunha, de modo que eventual leitura do que ela declarou perante a Autoridade Policial deve ser realizado, se é que deve, né?!, após todas as tentativas de fazer com que ela lembre espontaneamente dos fatos.

Portanto, caso esteja diante de uma situação em que logo no início do depoimento o juiz ou o promotor vai ler o teor das declarações anteriormente prestadas pela testemunha, se insurja, pela ordem, e requeira que tal ato seja feito apenas ao final do depoimento, fazendo constar no termo eventual negativa por parte do magistrado em respeitar essa regra.

#### **Dica n.º 9: seja firme, mas não grosseiro, ninguém ali é seu inimigo**

Esse é um ponto muito delicado e não compreendido por todos. Ser firme não é o mesmo de ser agressivo, mal educado.

Muitos pensam que precisam "brigar" com o promotor, discutir com o juiz ou gritar com as testemunhas (quase sempre policiais).

Mas não é bem por aí.

O papel do advogado é defender os interesses do cliente, possibilitando uma correta aplicação da lei.

Mas isso não significa que precise agredir (verbalmente) juiz, promotor e testemunhas.

Obviamente, precisa ser firme o suficiente para sustentar seus argumentos e assegurar suas prerrogativas, mas isso não é o mesmo que "comprar briga".

Todos estão ali trabalhando e fazendo o seu papel (bem ou mal) e uma atitude grosseira, sinceramente, na minha visão, prejudicará mais o seu cliente do que contribuirá com a situação dele.

Por isso é importante saber quem participará da audiência (juiz, promotor e testemunhas), pois dá para se preparar com relação aos seus posicionamentos.

Temos que lembrar da "teoria dos jogos" e verificar qual é o papel que devemos cumprir no jogo para que o objetivo seja alcançado.

De qualquer forma, não é com violência ou agressividade que isso ocorrerá.

#### **Dica n.º 10: vá preparado para os debates finais orais**

Por fim, é importante ir preparado para fazer os debates finais orais.

Apesar de nem sempre (quase nunca, na verdade) serem feitos de forma oral, a regra do CPP, no artigo 403, e da Lei de Drogas, no artigo 57, é que os memoriais finais sejam feitas oralmente, em forma de debate.

Portanto, se prepare para falar suas teses, argumentos e requerimentos oralmente ao final da audiência.

Mas, se cumpriu direitinho todas as etapas anteriores, tenho certeza que não terá dificuldades nessa etapa.

O grande problema é que muitos, habituados às alegações finais por memoriais escritos, vão completamente despreparados para a audiência e se surpreendem quando o magistrado determina a abertura da fase dos debates finais orais, fato que prejudica completamente o cliente, haja vista não saber o que dizer.

Como veremos em outra aula mais a frente, as alegações finais representam o momento ideal para lançar todas as suas teses defensivas, tudo aquilo que pode ser usado em favor do seu cliente e que, eventualmente, sequer foram apresentadas anteriormente.

Por isso, se não estiver preparado para fazer os debates finais orais e, em decorrência disso, deixar de sustentar as teses devidas, prejudicará gravemente o seu cliente e demonstrará total despreparo.

## **INIMPUTABILIDADE E SEMI IMPUTABILIDADE - ARTS. 45 E 46 - INCAPACIDADE TOTAL DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO (INIMPUTABILIDADE) X INCAPACIDADE PARCIAL (REDUÇÃO DA PENA)**

Outro tema de muita relevância para a prática penal é a inimputabilidade e a semi imputabilidade, dos artigos 45 e 46 da lei de drogas.

Enquanto em uma temos a incapacidade total de entender o caráter ilícito, com o reconhecimento da inimputabilidade, na outra temos a incapacidade parcial, com a redução da pena.

Vejamos o que diz o artigo 45, sobre a inimputabilidade:

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.

Desse modo, o artigo 45, caput, prevê três hipóteses de inimputabilidade.

- quando o réu, em razão de dependência, era, ao tempo da ação ou da omissão criminosa, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento.
- se o réu, por estar sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito, era, ao tempo da ação ou omissão criminosa, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal

entendimento. Existe caso fortuito, por exemplo, quando a pessoa ingere accidentalmente uma substância entorpecente.

- quando o réu, por estar sob o efeito de droga, proveniente de força maior, era, ao tempo da ação ou omissão criminosa, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com tal entendimento.

Ocorre força maior, por exemplo, quando a pessoa é forçada mediante violência ou grave ameaça a ingerir a substância entorpecente.

A inimputabilidade, portanto, pressupõe que o agente não tenha capacidade de entendimento ou autodeterminação no momento da prática do ilícito penal.

Nas três hipóteses, comprovada pericialmente a inimputabilidade, o réu ficará isento de pena, qualquer que tenha sido o crime por ele cometido — da própria Lei de Drogas ou não.

Ainda nos termos do artigo 45, caput, o juiz deverá absolver o réu e, se for ele dependente, submetê-lo a tratamento médico. Em tal caso, temos a chamada absolvição imprópria.

Para que seja possível a aplicação da pena, o agente deveria possuir, ao tempo da ação ou da omissão, a capacidade de entender e de querer. Sem a capacidade de entendimento e de autodeterminação não há como censurar alguém que cometeu um delito, sendo que ele estará isento de pena por ausência de imputabilidade.

Assim, será considerado inimputável a pessoa que não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, capacidade de entender ou de querer. Mas, no caso da lei de drogas, essa inimputabilidade deve ser em razão de dependência ou de uso de droga decorrente de caso fortuito ou força maior.

Nesses últimos casos, o do caso fortuito ou força maior, podemos citar como exemplo o da pessoa que procura um médico para resolver um problema de

saúde e o médico ministra uma grande dose de morfina, fazendo com que fique em uma situação de inimputabilidade.

Como já disse, se o réu for absolvido pelo reconhecimento pericial da inimputabilidade em razão de dependência de drogas, o juiz pode determinar, na sentença, seja o réu encaminhado para o tratamento médico adequado e devido, nos termos do artigo 45, parágrafo único.

Nesse caso, há sentença absolutória imprópria em que, nada obstante o reconhecimento da inimputabilidade e consequente isenção de pena, poderá ser determinado na sentença tratamento médico. O tratamento médico somente poderá ser determinado quando o agente for dependente do uso de drogas.

Na hipótese de reconhecimento do caso fortuito ou da força maior como causa da inimputabilidade pela ingestão de droga, não poderá ser imposto tratamento médico obrigatório, uma vez que ao autor do fato estaria sendo imposta uma sanção mesmo tendo ele agido sem culpa, por ter agido em caso fortuito ou força maior. Nesse caso, não deve ser aplicada medida de segurança.

O tratamento médico poderá ser em regime de internação ou ambulatorial, dependendo de análise pericial e do próprio juízo à vista do caso concreto, levando-se em consideração a periculosidade do sujeito.

A atual lei é omissa e não diz qual o prazo do tratamento médico. Por isso, deverão ser aplicados subsidiariamente os dispositivos pertinentes do Código Penal, com fundamento no artigo seu 12.

Assim, o tratamento será fixado pelo prazo mínimo de um a três anos, durando enquanto não for constatada por perícia médica o fim da dependência. Dessa forma, do mesmo modo que ocorre com a medida de segurança, o prazo final do tratamento médico é indeterminado e terá duração até o momento em que a dependência do indivíduo esteja sob controle.

O interessante é que, quando a norma diz “poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado”, não está facultando ao Magistrado o tratamento médico, ou não, do dependente. Trata-se de um poder-dever, ou seja, constatada a inimputabilidade em razão da dependência do uso de drogas, o tratamento médico é obrigatório, cabendo ao Juiz na sentença determinar sua realização em regime de internação ou de tratamento ambulatorial, dependendo da análise pericial e do caso concreto.

A natureza jurídica da sentença que reconhece a inimputabilidade, nos termos do artigo 45, é absolutória, haja vista que a imputabilidade é um dos elementos da culpabilidade. Sem a imputabilidade do agente, ao tempo da ação ou da omissão, a culpabilidade é afastada e a solução é a absolvição. No caso de imposição de tratamento médico, como já visto, a sentença será absolutória imprópria.

Quanto a semi-imputabilidade, segundo o artigo 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.

Percebemos, então, que o artigo 46 da Lei de drogas trata dos semi-imputáveis, assim considerando quem:

- em razão de dependência, estava, ao tempo da ação ou omissão criminosa, parcialmente privado de sua capacidade de entendimento ou autodeterminação;
- por estar sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito, estava, ao tempo da ação criminosa, parcialmente privado de sua capacidade de entendimento ou autodeterminação; e

- por estar sob o efeito de droga, proveniente de força maior, estava, ao tempo da ação criminosa, parcialmente privado de sua capacidade de entendimento ou autodeterminação.

Então, segundo a lei, os semi-imputáveis não são isentos de pena e, portanto, devem ser condenados. Haverá, no caso, uma redução de um a dois terços na pena.

E mais, se por acaso o réu for dependente de drogas, também deverá ser submetido a tratamento, que será realizado no local do cumprimento de pena, nos termos do artigo 47.

Vale ressaltar que semi-imputável é aquela pessoa que está entre a imputabilidade e a inimputabilidade, sendo chamados, também, de fronteiriços. O sujeito é imputável, mas, por ter a capacidade de entendimento ou de autodeterminação reduzida, a pena será reduzida.

Embora a norma empregue a expressão “as penas podem ser reduzidas”, não se trata de faculdade do Juiz, mas de direito subjetivo do acusado, que 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.

Por fim, temos que falar sobre o exame de dependência, que deve ser determinado pelo juiz, desde que o réu se declare dependente ou quando houver indícios nesse sentido.

Vale mencionar que a instauração desse incidente não suspende o andamento da ação penal, mas, se houver dois ou mais réus, e o exame de dependência for determinado apenas em relação a um, o juiz desmembrará o processo, de modo a não atrapalhar o andamento processual com relação aos demais.

Como nós já vimos, segundo o artigo 56, § 2º, da Lei de drogas, o juiz, ao receber a denúncia, deve marcar a audiência de instrução e julgamento em um

prazo de trinta dias, ou de noventa dias, caso tenha determinado a realização do exame de dependência.

Mas para que isso ocorra é necessário que a realização do exame já tenha sido determinada pelo juiz antes dessa decisão. Só que o mais comum é que o réu venha a se declarar dependente de drogas na própria audiência, ao ser interrogado.

Caso assim ocorra, o juiz deve fazer a audiência e determinar a realização do exame, mas deverá designar nova audiência em continuação, dentro do prazo de noventa dias, para que, após a realização do laudo, seja encerrada a instrução, passando-se para os debates finais e a sentença.

Com a determinação do exame, as partes poderão apresentar quesitos e, dependendo das conclusões dos peritos, poderá ser o réu considerado imputável, inimputável ou semi-imputável.

Mas o que é esse exame de dependência?

Trata-se de um incidente para a verificação da dependência de drogas pelo acusado, podendo acarretar na sua absolvição e imposição de tratamento médico, em decorrência da inimputabilidade; ou diminuição da pena, pela semi-imputabilidade, nos termos dos artigos 45 e 46 da Lei de Drogas.

Esse exame deverá ser realizado antes da audiência de instrução e julgamento prevista no artigo 57. Via de regra, caberá à Defesa do réu, na defesa preliminar, alegar a dependência do uso de drogas e requerer a realização do exame.

Todavia, isso não significa que seja o único momento para alegar a dependência. Como já dito, é comum que essa declaração seja feita durante o interrogatório do réu, sendo que o próprio magistrado pode verificar que determinar a realização do exame.

## **DOSIMETRIA DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP E DO ART. 42 DA LEI 11.343/06 - SISTEMA TRIFÁSICO, PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL; IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO DA PERSONALIDADE**

O primeiro ponto, então, é saber o que é essa tal de dosimetria da pena e, assim, entender o que vem a ser o sistema trifásico.

Dosimetria é o cálculo feito pelo para definir qual a pena será imposta a uma pessoa em decorrência da prática de um crime.

Cada crime tem a sua pena e o Código Penal, na sua parte especial, apenas estabelece um quantitativo mínimo e máximo de pena, além de situações que implicam na diminuição ou no aumento dessa sanção.

O tráfico de drogas, por exemplo, do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, possui uma pena que pode ser de 05 a 15 anos de reclusão, sendo esse o limite do juiz.

Além do mais, o Código Penal nos traz circunstâncias atenuantes (como a confissão) e agravantes (como a reincidência), além de causas de diminuição e de aumento de pena, os quais podem interferir no total final da pena a ser aplicada.

Ainda de acordo com o Código Penal, em seu artigo 68, a dosimetria será realizada por meio de um sistema trifásico, ou seja, dividida em três partes:

1. na 1<sup>a</sup> fase, a fixação da pena-base (utilizando-se os critérios do artigo 59 do Código Penal);
2. na 2<sup>a</sup> fase, o magistrado deve levar em consideração a existências de circunstâncias atenuantes (contidas no artigo 65 do Código Penal) e agravantes (artigos 61 e 62, ambos do Código Penal); e
3. na 3<sup>a</sup> fase, as eventuais causas de diminuição e de aumento de pena.

Vamos passar, então, a uma breve análise de cada uma das três fases da dosimetria.

A primeira fase, como dito, é o momento da fixação da pena base, em que o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal.

Diz o artigo 59 que:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Temos, então, oito circunstâncias que devem ser observadas para a fixação da pena base, valendo a pena repetir quais são:

1. culpabilidade,
2. antecedentes,
3. conduta social,
4. personalidade do agente,
5. motivos,
6. circunstâncias do crime,
7. consequências do crime e
8. comportamento da vítima

Como **culpabilidade** nós temos a reprovação social a quem comete o crime.

Nos **antecedentes**, o Juiz deve levar em consideração o comportamento anterior do acusado, mas não a reincidência, que, como vimos, é uma circunstância agravante e será apreciada na segunda fase de fixação da pena.

Serão considerados antecedentes os processos já julgados definitivamente, mas que não importem reincidência.

Por **conduta social**, temos as relações do acusado com o meio social, família, amigos, trabalho dentre outras.

**Personalidade do agente** é uma circunstância que não está ao alcance do magistrado averiguar, por não deter conhecimentos psicológicos ou psiquiátricos para detectar se a personalidade de alguém é voltada para o crime.

Devemos lembrar que o direito penal pune o fato e não a pessoa que praticou o fato. Portanto, a negativação da personalidade do agente, por ser ela supostamente voltada para o crime, busca punir apenas o indivíduo e não fato por ele praticado.

Portanto, qualquer negativação relacionada à personalidade deve ser questionada e revista pelos Tribunais.

Os **motivos** se resumem a tudo aquilo que move o agente para a prática do crime.

Em alguns casos, os motivos, devido a sua importância, já são descritos como qualificadoras ou agravantes, como no caso da futilidade e da torpeza.

Do mesmo modo, também podem configurar atenuantes ou causas de diminuição de pena, como o motivo de relevante valor social ou moral.

Todavia, os motivos não poderão ensejar o aumento ou a diminuição da pena por mais de uma vez, ou seja, se ele for considerado como qualificadora, como causa de aumento ou como causa de diminuição de pena, como agravante ou como atenuante, não poderá levar ao aumento ou à diminuição da pena-base como circunstância judicial, para não caracterizar bis in idem.

**As circunstâncias** são as informações acessórias que não integram a figura típica punida, mas podem levar ao aumento ou à diminuição da pena base.

São generalidades que não podem constar especificamente na lei.

Dizem respeito, por exemplo, à duração do tempo do delito, como indicativo de maior sofrimento da vítima; o local onde ele foi cometido, como demonstração de maior periculosidade do agente, dentre outros.

As **consequências** dizem respeito ao maior ou menor dano causado posteriormente pelo delito, mesmo que indiretamente, como no caso do estupro, que costuma deixar enormes sequelas psicológicas na vítima.

Por fim, temos o **comportamento da vítima**. Essa é uma questão tormentosa, pois busca transferir para a vítima alguma forma de responsabilidade, mesmo que indireta, pelo evento criminoso, mesmo que não tivesse essa intenção. Essa, na realidade, seria uma circunstância benéfica ao réu. Mas como aferir isso sem responsabilizar a vítima pelo crime em que ela foi vitimada?

Esses, então, são os 8 critérios que o juiz deve levar em conta para fixar a pena base.

Assim, na primeira fase da dosimetria, o magistrado, analisando as circunstâncias anteriores, deverá estabelecer a pena-base a ser aplicada.

Interessante que se a circunstância judicial já for autonomamente uma causa de aumento ou diminuição de pena, bem como agravante ou atenuante genérica, não poderá ser levada em consideração quando da fixação da pena-base. Será apreciada na segunda ou na terceira fase da fixação da pena, dependendo de sua natureza jurídica, observado o critério trifásico do artigo 68 do Código Penal.

Ressalte-se que a lei não estabelece um critério para definir qual a proporção entre o aumento da pena e a quantidade de circunstâncias negativadas, ficando tal critério ao arbítrio do magistrado, o qual deverá se atentar pela razoabilidade.

Há quem entenda que o aumento deverá seguir uma ordem proporcional à quantidade de circunstâncias que forem negativadas, ou seja, se temos o total de 08 (oito) circunstâncias, cada negativação corresponderá ao aumento da pena base na fração de 1/8 (um oitavo).

Assim como há entendimento de que o aumento da pena base deve ser proporcional ao motivo que levou à negativação da circunstância, de modo que a gravidade das razões para negar a circunstância é tamanha que impede o aumento da pena base em apenas 1/8 (um oitavo).

Acredito que ambos possuem razão, mas entendo que o mais correto, visando trazer segurança jurídica é estabelecer critérios para a dosimetria da pena, para frear eventual arbitrariedade do magistrado.

De qualquer modo, mesmo que não siga o parâmetro de 1/8 por circunstância negativada, o juiz deve sempre fundamentar devidamente os motivos que o levaram a tomar tal atitude.

E esse é o primeiro ponto a ser observado em uma sentença criminal, a ausência de fundamentação para a negativação de determinada circunstância judicial.

Não podemos esquecer do crime de tráfico de drogas, que é o foco do nosso estudo, visto possuir rito próprio, contido na Lei 11.343/06.

Nesse caso, a dosimetria também deverá levar em consideração o artigo 42 da Lei 11.343/06, o qual estabelece que

O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

O artigo 42 determina expressamente que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal,

a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Presente qualquer destas circunstâncias, elas preponderarão sobre as descritas no artigo 59 do Código Penal, observando que a personalidade e a conduta social já estavam lá previstas.

Assim, no confronto entre os antecedentes criminais do acusado e a natureza ou quantidade da droga apreendida, estas duas últimas terão maior peso quando da dosagem da pena-base.

Do mesmo modo, a maior quantidade de droga e/ou seu alto poder viciante são circunstâncias aptas a elevar a pena-base acima do mínimo legal, mesmo que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal sejam favoráveis ao acusado.

Assim, no caso de tráfico de drogas, teríamos 10 circunstâncias a serem levadas em consideração, ou seja, além das oito circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, temos ainda a natureza e quantidade estabelecidas no artigo 42 da Lei de drogas.

E isso faz com que o aumento da pena base, que era calculado na fração de um oitavo, seja aplicada na fração de um décimo, proporcional ao número de circunstâncias a serem apreciadas.

Analisada a primeira fase, vamos passar para a segunda fase.

Fixada a pena-base, superando a primeira fase da dosimetria, entramos na segunda fase, cujo objetivo é analisar as circunstâncias atenuantes e agravantes.

As atenuantes estão descritas no artigo 65 do Código Penal, sendo mais comuns a menoridade penal (menor de 21 anos) e a confissão espontânea; as

agravantes estão nos artigos 61 e 62 do Código Penal e as mais comuns são a reincidência e os crimes cometidos contra crianças ou maiores de 60 anos.

Se existir alguma circunstância agravante, a mesma deve ser aplicada posteriormente ao reconhecimento da atenuante.

Deve ser ressaltado que a confissão espontânea e a menoridade penal, por exemplo, devem ser compensadas com a agravante da reincidência, o que, inclusive, já foi decidido pelo STJ, no Recurso Especial Repetitivo 1.341.370 do Mato Grosso, segundo o qual:

é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Isso é uma forma de aperfeiçoar as determinações do artigo 67 do Código Penal.

Importante ressaltar, ainda, o entendimento do STJ, segundo o qual as atenuantes e agravantes devem ser aplicadas na fração de 1/6, tanto para diminuir quanto para aumentar a pena, não deixando ao arbítrio do magistrado a escolha do quantum da diminuição.

Vejamos, por exemplo, a decisão proferida no AgRg no HC 373.429/RJ:

Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de um sexto a dois terços. Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de um sexto.

Ademais, como mencionado no segundo módulo, as atenuantes não têm o condão de levar a pena abaixo do mínimo legal. Por essa razão, caso a pena-

base, na primeira fase, tenha sido fixada no mínimo legal, não há possibilidade de reconhecer eventuais circunstâncias atenuantes, evitando a redução da pena abaixo do mínimo legal, consoante dispõe a Súmula 231 do STJ.

Quanto a terceira fase, fixada a pena base, sopesadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, é chegada a hora das causas especiais de diminuição ou de aumento de pena, para finalizar a dosimetria com a terceira fase.

No caso do tráfico de drogas, temos, conforme estudado no terceiro módulo, as causas de diminuição do artigo 33, § 4º (do tráfico privilegiado), e da colaboração premiada (do artigo 41), além das sete causas de aumento do artigo 40.

Lembrando que as causas de diminuição e de aumento podem levar a pena final a ser aplicada em patamar abaixo do mínimo e superior ao máximo abstratamente fixados na lei, ou seja, abaixo de 5 anos e acima de 15, no caso de tráfico de drogas.

#### **14) Perdimento dos bens – Art. 60 e ss - Bens utilizados para a prática do crime, restituição (?)**

O perdimento de bens é algo corriqueiro em processos de tráfico de drogas.

Nesse sentido, em se tratando de bem, móvel ou imóvel, ou de valores, sejam produtos do crime, ou que constituam proveito auferido com sua prática, o juiz poderá decretar a apreensão desses bens ou outras medidas assecuratórias, na forma dos artigos 125 a 144 do CPP, conforme estabelece o artigo 60 da Lei de drogas.

Caso seja decretada a apreensão, o juiz possibilitará ao acusado que, no prazo de cinco dias, comprove ou requeira sejam produzidas provas sobre a origem ilícita do bem. E, com a comprovação da origem lícita, o juiz determinará a sua liberação, conforme se verifica do artigo 60 e seus parágrafos..

Inclusive, o artigo 61 possibilita que, havendo interesse público ou social, o juiz pode autorizar o uso dos bens apreendidos por órgãos ou entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na reinserção de usuários ou na repressão ao tráfico.

Com a prolação da sentença, o juiz decretará a perda dos bens ou valores (que sejam produtos ou proveitos do tráfico), nos termos do artigo 91, inciso II, alínea "b", do Código Penal.

O interessante é que os bens utilizados para o tráfico também poderão ser apreendidos e perdidos. É o que diz o artigo 62, *caput*, da lei de drogas, que estabelece que os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, bem como os maquinários, instrumentos, utensílios e objetos de qualquer natureza, que forem utilizados para a prática dos crimes definidos na Lei, serão apreendidos e ficarão sob custódia da autoridade policial, exceto as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.

Nesse caso, do mesmo modo como os ocorre com os demais bens móveis e imóveis, havendo interesse público poderá o juiz autorizar o uso do bem apreendido para a prevenção e repressão de delitos, e, tratando-se de veículo, deverá a autoridade de trânsito expedir certificado provisório de registro e licenciamento em favor da autoridade policial ou do órgão a que tenha sido deferido o uso.

Preciso destacar que a Lei permite, ainda, a alienação cautelar de bens apreendidos, durante o tramitar da ação, e mediante leilão, caso a providência se mostre necessária em razão do risco de deterioração.

Mas a perda efetiva do produto, bem ou valor apreendido somente será declarada pelo juiz quando da sentença, nos termos do artigo 63.

Obviamente, e é o que mais ocorre, os bens de terceiros de boa-fé estão assegurados, não podendo, desde comprovado se tratar de um terceiro de boa-fé, decretar o perdimento do bem.

É preciso deixar claro para você que, apesar de o dispositivo do artigo 62, ter redação genérica, dando a entender que a perda ocorrerá qualquer que seja o crime praticado, a interpretação da doutrina e da jurisprudência acabou sendo no sentido de que a perda fica limitada aos bens que estejam direta e intencionalmente ligados à prática do crime de tráfico.

Desse modo, não se decreta a perda de um carro, apenas porque o dono tinha uma pequena quantia de droga em seu interior para uso próprio. Por outro lado, se alguém usa seu carro para traficar, ou seu avião ou lancha para o mesmo fim, a perda será decretada.

Além do mais, como vimos no módulo dois, relacionado ao crime de tráfico de drogas, é possível a desapropriação de terras utilizadas para o cultivo de culturas ilegais, conforme artigo 243 da Constituição Federal, que prevê a desapropriação, sem indenização, de terras onde forem localizadas culturas ilegais de substância entorpecente e o confisco de bens apreendidos em decorrência do tráfico.

Por fim, caso atue em algum processo que tem bens apreendidos, lembre-se que o seu pedido de restituição será feito em um auto apartado ao processo principal, denominado auto de restituição e você deverá juntar com o requerimento de restituição todos os documentos que comprovem a legalidade do bem, ou se tratar de terceiro de boa-fé.

## MEMORIAIS FINAIS - O QUE ALEGAR E REQUEREU

Antes de falar especificamente sobre o conteúdo deles, é preciso te dizer que eles podem ser orais ou escritos. Inclusive, a regra é de que eles serão realizados oralmente, ao final da audiência, pelo prazo de 20 minutos, podendo ser prorrogado por mais 10.

Essa determinação está no artigo 57 da Lei de Drogas, segundo o qual:

Na audiência de instrução e julgamento, 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 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Portanto, o correto é que você já vá preparado para, se necessário, fazer suas alegações finais orais, após a audiência, para evitar ser surpreendido. A exceção é a apresentação dos memoriais de forma escrita.

A Lei de Drogas não traz expressamente a possibilidade da apresentação dos memoriais finais escritos, mas isso é aplicado por analogia do artigo 403, parágrafo 3º, do CPP, segundo o qual o juiz poderá conceder o prazo de cinco dias para as alegações finais, dependendo da complexidade do caso ou do número de réus.

Mas, independentemente, de serem orais ou escritos, é nesse momento que você deve trazer todas as suas teses defensivas, tanto materiais quanto processuais.

Isso exige uma detalhada análise do processo e da documentação juntada aos autos. Você deve verificar, por exemplo, a existência do laudo pericial de exame químico para comprovar a materialidade delitiva, devendo olhar não só a existência dele, mas o seu conteúdo.

Ou seja, se nele consta as substâncias que foram analisadas, qual o resultado da análise, se consta o princípio ativo da substância e se essa é uma substância que está relacionada na Portaria da Anvisa.

Além do mais, qualquer nulidade existente, vícios processuais, ou outras questões prejudiciais não alegadas e reconhecidas anteriormente deverão constar na sua petição.

Mas é claro que o assunto principal aqui é o mérito da causa, a autoria delitiva.

Enquanto a materialidade é comprovada por meio documental, a autoria exige outras provas, principalmente a testemunhal. Portanto, após uma minuciosa análise das provas testemunhais produzidas em Juízo, você deverá extrair aquilo que será benéfico para a sua tese defensiva.

Como já disse em outras aulas, a sua tese defensiva já deve ser trabalhada desde o início da sua atuação nos autos, para chegar no momento das alegações finais e você ter elementos para sustentar essa tese.

Veja o que as testemunhas disseram na audiência, compares os depoimentos e veja se existe alguma contradição entre eles. E mais, veja o que as testemunhas também disseram perante a Autoridade Policial e extraia as contradições existentes.

É muito comum, diante do lapso temporal entre a prisão e a audiência, que as testemunhas policiais não se lembrem muito bem dos fatos, principalmente pelo grande número de ocorrências parecidas que participaram. Use isso a seu favor, porque as provas produzidas perante a Autoridade Policial e não corroboradas em Juízo não podem servir para embasar uma condenação.

Ou seja, se, por exemplo, as testemunhas de acusação, na audiência, não se lembrarem dos fatos e não souberem especificar as condutas e identificar o réu, o juiz não poderá usar os elementos produzidos no inquérito policial para a

condenação, pois não foram corroborados em Juízo, sob o contraditório e a ampla defesa.

Inclusive, é isso que estabelece o artigo 155 do CPP, segundo o qual:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

E a Constituição também diz isso, quando, em seu artigo 5º, inciso LV, estabelece que

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Outra questão muito importante nas alegações finais, quando estamos diante de réu reincidente e que tenha confessado ou seja menor de 21 anos, é requerer que a agravante seja compensada com a atenuante. Isso faz com que a pena não seja nem agravada e nem atenuada, ficando no zero a zero.

Muitas coisas podem ser ditas em alegações finais, principalmente se forem realizadas de forma escrita. Em resumo, podemos ter como teses defensivas, a serem trabalhadas conforme as provas dos autos:

- a nulidade das provas em decorrência da violação de domicílio sem mandado de busca e apreensão;
- a prescrição;
- a negativa de autoria;
- a confissão;
- a desclassificação para o crime de consumo pessoal de drogas;
- a absorção de um crime pelo outro, como no caso do crime de artigo 34 pelo do 33;

- o reconhecimento de atenuantes, como confissão ou menoridade penal;
- a compensação entre as atenuantes da confissão e da menoridade com a agravante da reincidência;
- a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º;
- a fixação de regime inicial mais benéfico; e
- a possibilidade de recorrer em liberdade.

Se as alegações forem orais, é importantíssimo que você já tenha estudado todo o processo antes e as provas que já tiverem sido produzidas até o momento da audiência.

Quanto às provas que forem produzidas durante a audiência, faça anotações e complemente aquilo que você já preparou antes para fazer as suas alegações.

Não se esqueça, as alegações finais são a cereja do bolo, é o momento em que você deve gastar toda a sua energia para enxergar uma agulha no palheiro e encontrar a solução dos seus problemas.