

Memorial sobre o Projeto de Lei nº 3.786/21.

Exmo. Sr. Senador-Relator,

Em atenção ao disposto no artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal, artigo 104, inciso VI, da Lei Complementar nº 734/93, e artigo 2º, inciso VI da Resolução nº 1.333/2021-PGJ, de 19 de maio de 2021, os integrantes do Núcleo de Apoio ao Júri do Ministério Público do Estado de São Paulo, apresentam, a V. Exa., análise referente ao Projeto de Lei 3.786/21, com o intuito de contribuir para o aprimoramento legislativo em comento.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 3.786/21, de autoria do Senador Jayme Campos, a modificar os “*artigos 33, 35, 55, 56, 57 e 62-A* da Lei de Drogas – Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, para aperfeiçoar a legislação”. De forma sintética, o aludido projeto cria a figura típica do “narcocídio”, (com a inserção do §4º no artigo 33, e §2º no artigo 35), a alteração da redação do tipo referente ao “tráfico privilegiado” (§4º do artigo 33) e modificações no rito procedimental e no instituto de perdimento dos valores e bens em favor da União.

Em meio à fase de discussão do aludido projeto com a sociedade civil e entidades de classes, no dia 15 de junho de 2023, por iniciativa do Deputado Estadual Max Ross, realizou-se Audiência Pública no plenário da Assembleia Legislativa do Mato Grosso, com a participação de autoridades das mais variadas matizes judiciais para debate e aperfeiçoamento da proposta legislativa em questão.

Nesse interregno, o presente memorial tem o escopo de ilustrar as preocupações apresentadas na referida audiência pública, bem como detalhar as sugestões mencionadas por ocasião da participação oral deste colegiado.

A análise se dividirá em duas partes centrais: a primeira, refere-se aos dois pontos de divergência com a redação apresentada no Projeto de Lei, mais precisamente a figura típica do “narcocídio” e da redação alusiva ao “tráfico privilegiado”; a segunda, sugestões de alterações de dispositivos legais em vigência que se relacionam diretamente com o fortalecimento do combate ao narcotráfico, valendo-se da pertinência temática da proposta em análise.

Por fim, com a devida vênia, apresenta-se, em anexo, proposta de redação alternativa ao Projeto de Lei 3.786/21.

PARTE I – DA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI EM SI.

Não há dúvidas de que, atualmente, o tráfico ilícito de entorpecentes é a maior chaga da Justiça Penal brasileira, dada a sua incidência por meio da atuação da criminalidade organizada e a capilaridade existente em cada cidade deste país.

Aliás, bem vaticinou o constituinte originário quando, nos idos de 1988, por mandado de criminalização expresso, equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes aos crimes hediondos, ao lado de outras duas figuras delitivas então em evidência naquela quadra da história: terrorismo e tortura¹. Era clara e evidente a preocupação do constituinte originário em relação à essa modalidade delitiva, pois o cenário da América Latina, com os famosos cartéis do narcotráfico, já despertava a atenção da comunidade internacional e dos órgãos de segurança pública.

No entanto, o que se observou ao longo do tempo foi o arrefecimento do arcabouço normativo e jurisprudencial no enfrentamento ao narcotráfico, em que pese a sua difusão nos quatro cantos dos Estados, nas esquinas de cada cidade, com toda articulada conferida por facções criminosas com tentáculos internacionais.

A construção legislativa e jurisprudencial dissociou-se completamente da realidade cotidiana, presa em preceitos ideológicos vazios, como o aforismo de que a

¹ Artigo 5º, inciso XLIII da CF: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

“guerra contra as drogas” fora perdida, ou pragmáticos, como a busca incessante de esvaziamento carcerário.

Com o devido respeito às posições contrárias, dentro dessa concepção utópica delineada, olvidou-se de que o crime é fenômeno social tão antigo quanto a construção das primeiras civilizações. É a anomalia social instalada no seio da sociedade como fruto dos “pecados capitais” da humanidade. Por mais fatalista que seja o raciocínio, o crime jamais acabará dentro de uma sociedade, pois, antes, o indivíduo teria que atingir a perfeição divina, algo inatingível pela própria condição humana.

O Direito Penal nunca esteve e nunca estará em “guerra” com qualquer crime ou criminoso. Ao Direito Penal cumpre apenas o dever de garantir as condições mínimas de convivência humana, prevenindo in abstracto as condutas criminosas e punindo seus cometimentos in concreto. Esse é o compromisso assumido por todos por ocasião do contrato social que rege a todos.

Neste sentido, define Geraldo Ataliba (1998, p.184)²: *“O direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que tem certeza de que o Direito é objetivamente um e que os outros comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão”*.

Portanto, quando se argumenta que o Estado “perdeu a guerra contra as drogas” ou se está diante de uma afirmação ingênua – de quem pouco conhece da realidade – ou se está diante de uma afirmação capiciosa – de quem usa a nobreza da retórica para esconder seus intentos malévolos.

De outro lado, o argumento de abrandamento do combate as drogas como meio de diminuir a população carcerária também não guarda qualquer lógica com a realidade.

² ATALIBA, Geraldo. República e constituição . 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Dentro de uma mera premissa econômica de custo/benefício, não é preciso entender a matemática para compreender que quanto menor a efetividade da resposta estatal, maior o interesse de “ganho fácil” pela criminalidade. Em outras palavras, quanto maior o “incentivo” da não punição, menor o risco do “negócio”, maior a vantagem em sua realização. Ou seja, acreditar que não punir seria a solução para conter o avanço da criminalidade é o mesmo que fechar os olhos para a realidade com a crença de que “o que os olhos não veem, o coração não sente”.

Toda essa dinâmica já foi bem compreendida pelas facções criminosas que se valem da falta de efetividade punitiva para alargar suas frentes e suas trincheiras com “mão de obra” das mais variadas matizes.

Conforme dados da Global Peace Index – GPI, o Brasil ocupa a 130ª posição no ranking de país mais seguro, do total de 163³. É considerado o 8º país mais violento do mundo e o primeiro em números absolutos, com mais de 47 mil homicídios por ano, com média de 130 mortes diárias⁴. Se não bastasse, é a principal rota de tráfico da América Latina⁵.

O embate entre as transformações da realidade e da necessidade de segurança pode ser visto diariamente na seara penal, notadamente nos conflitos hodiernos, onde a “certa inocência dos Tícios e Caios de antanho” foi substituída por organizações criminosas amplamente estruturadas, que se impõem como “Estado Paralelo”, com seus próprios códigos de conduta a subjugar cidadãos que estejam inseridos nas comunidades em que exercem suas forças.

Nessa seara, destacam-se os famigerados julgamentos sumários realizados por organizações criminosas, nos denominados “Tribunais do Crime”, onde pessoas são sequestradas, mantidas em cativeiro, julgadas, de acordo com o código de condutas dos faccionários, e executadas. Este roteiro criminoso tem se tornado cada vez mais frequente na lida forense, repetindo-se em cada ação realizada pelas organizações criminosas, que busca, pelo medo e obediência, impor-se diante da coletividade o respeito ao seu “estatuto de condutas”.

³ [Global Peace Index | UNESCO](#). Acesso em 12/06/2023.

⁴ [Sobre o UNODC](#). Acesso em 12/06/2023. [Brasil, a principal rota do tráfico de cocaína na América Latina | Brasil | EL PAÍS Brasil \(elpais.com\)](#). Acesso em

⁵ [Brasil, a principal rota do tráfico de cocaína na América Latina | Brasil | EL PAÍS Brasil \(elpais.com\)](#). Acesso em 12/06/2023.

Desta forma, é evidente que os homicídios relacionados à atuação da criminalidade organizada são fatos graves a serem enfrentados, não apenas como contenção do terror das facções criminosas, mas também como meio de sobrevivência do próprio Estado constituído.

Contudo, a forma como esse enfrentamento deve ser realizado requer a necessária estratégia a fim de que não se fragilize ainda mais todo arcabouço normativo existente e disponível para os operadores de direito. Não é qualquer solução que se denota adequada, assim como não é qualquer medicação a ser ministrada que combaterá o mal que adoce o corpo. É preciso compreender o todo, de forma sistemática, para que se alcance a providência certa a ser adotada.

Nas próximas linhas, serão delineadas as inconveniências de dois pontos do projeto de lei (a tipificação proposta do “narcocídio” na Lei nº 11.343/06 e a alteração da redação do §4º do artigo 33 do mesmo diploma legal) dentro de uma percepção sistêmica da garantia constitucional do Júri e das respectivas implicações práticas, com sugestões de aprimoramento da referida proposta com propostas alternativas.

1. A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA ALTERNATIVA À CRIAÇÃO TÍPICA DO “NARCOCÍDIO”.

Conforme se verifica no aludido Projeto de Lei, propõe-se a inclusão do §5º no artigo 33 e §2º no artigo 35, da Lei 11.343/06, nos seguintes termos:

“Art. 33.....

..... § 5º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, se ocorre emprego de violência, seja na cobrança de usuários ou colaboradores que venham a se tornar devedores, seja na disputa ou defesa de territórios contra rivais ou forças policiais, ou em qualquer outro objetivo que vise garantir o êxito ou o proveito do tráfico, que resulte:

I – lesão corporal grave:

Pena – reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa de 700 (setecentos) a 1.800 (mil e oitocentos) dias-multa;

II – morte:

As mortes decorrentes do tráfico de drogas se relacionam diretamente com a atuação das organizações criminosas, que atuam tanto no varejo (diretamente ou por “franquiados” nas “lojinhas” das esquinas das cidades) ou no atacado (com o fluxo de disseminação entre cidades, Estados e países).

Há dois escopos fundamentais dessas organizações criminosas - econômico e de poder – que se interrelacionam entre si: quanto maior o lucro, maior a capacidade de estruturação; quanto maior a capacidade de estruturação, maior a condição de exercício do poder; quanto maior a condição de exercício do poder, maior a capacidade de gerar mais lucro. Essa é a lógica do crime organizado.

Nesse sentido, as “mortes decorrentes do tráfico de drogas” não diferem dos homicídios que envolvem a atuação de outras organizações criminosas, como do “jogo do bicho”, das “milícias”, dos “garimpeiros”, das “máfias” que atuam em contratos de prestação de serviços públicos, do tráfico de armas, do tráfico de pessoas, entre outros. Todas estão relacionadas a lucro e poder. Não há fator de discrimine a diferenciá-las entre si e, por conseguinte, a justificar a criação de inúmeros tipos específicos e satélites a orbitarem em torno do bem jurídico que as comunicam: a vida.

Pelo contrário, eventual pretensão nesse sentido estaria a burlar o sistema normativo que, como garantia constitucional e em seu núcleo imutável, estabeleceu o Tribunal do Júri como competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d).

A argumentação de que as mortes se dariam como “instrumento de proteção e garantia à atividade”, bem como para “garantir o pagamento da droga comercializada” são aspectos que pertencem justamente ao elemento subjetivo do crime – o dolo de matar – que a própria Lei Penal, em tais circunstâncias, qualifica como motivo torpe (artigo 121, §2º, inciso I do CP). Não há como se estabelecer, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, duas condutas objetivas idênticas, com o mesmo dolo (vontade de matar), que se diferenciem tão somente por uma espécie de “dolo específico” e que não estejam sob a mesma objetividade jurídica: a tutela da vida.

Aliás, nesse interregno, por experiência prática, observa-se que a motivação de mortes relacionadas ao tráfico de drogas nunca se demonstra expressa no contexto probatório. Há, em quase a totalidade dos casos, a existência de “cortina de fumaça” a criar o falso enredo do móvel do crime, quase sempre relacionado a eventual crime sexual cometido pela vítima (os denominados “jack”), de envolvimento amoroso com pessoas comprometidas (os ditos “talaricos”), ou desavenças diversas, a “justificar” o ato homicida. Desta forma, dada a majoração de pena do “narcocídio” em relação ao homicídio em si, há sérios riscos de que o tipo proposto se torne “letra morta” ou de pequena incidência prática no cotidiano forense.

De outro lado, também não se deve confundir a figura do latrocínio com a hipótese de “narcocídio”.

O latrocínio é espécie de “crime agravado pelo resultado”. Isto é, há sempre o crime de roubo em curso, cuja violência e grave ameaça são a ele elementar (figura típica básica), e que, dentro do mesmo nexos causal, agrava-se pela ocorrência – dolosa ou culposa – da morte ou de lesão corporal de natureza grave. Logo, roubo e latrocínio estão dentro de uma mesma linha causal potencial. Todavia, em relação ao aventado “narcocídio”, a violência, grave ameaça e morte não são elementares do tipo básico do tráfico ilícito de entorpecentes. São eventos completamente distintos e que não estão dentro de uma mesma linha causal potencial. Logo, não há como se utilizar da existência do primeiro (latrocínio) para justificar cientificamente a possibilidade existencial do segundo (“narcocídio”), pois são figuras típicas completamente distintas.

O terceiro ponto de argumentação reside na hipótese de que o Tribunal do Júri não estaria preparado para o julgamento de crimes desse gênero.

De fato, quando o Código de Processo Penal foi criado, a realidade cruenta das organizações criminosas não existia nos idos da década de 30. No entanto, com o devido respeito aos entendimentos contrários, o microsistema normativo do Tribunal do Júri parece ser o mais adequado para o enfrentamento desse flagelo social.

Conforme disposto no artigo 155 do CPP, o juiz togado – dentro de suas competências criminais – “*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*”. Vigora, assim, o Princípio da Livre Convicção Motivada. Ou seja, o juiz tem o dever de motivar a sua decisão a partir da prova judicial colhida! Não há como fundamentar sua convicção exclusivamente em elementos colhidos na investigação. Toma-se, por exemplo, a situação em que determinada pessoa foi acusada de crime com uma única testemunha presencial. Se esta prova não for repetida judicialmente, o juiz não poderá condenar o criminoso pela vedação expressa do artigo 155 do CPP.

De outro lado, no Tribunal do Júri, vigora o Princípio da Íntima Convicção. Isto é, conforme disposto no artigo 472 do CPP, os jurados examinarão a “causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os *ditames da justiça*”. Em outras palavras, os jurados não têm o dever de motivar suas decisões, decidem apenas de acordo com suas “*consciências*” e “*os ditames da justiça*”.

Se não bastasse, por garantia constitucional, é assegurado aos jurados o “sigilo das votações” (artigo 5º, inciso XXXVIII, b), que ocorre por maioria simples (artigo 489 do CPP) e de forma colegiada. Não há como o criminoso ter conhecimento do voto em si, quanto mais de sua motivação. E mais: no mesmo sistema de proteção constitucional, as decisões colegiadas do Júri possuem maior estabilidade jurisdicional do que as proferidas nas Varas Criminais, dada a “soberania dos *veredictos*” (artigo 5º, inciso XXXVIII, c) e a dinâmica processual estabelecida no artigo 593 do CPP.

Ora, se a motivação não pode ser perscrutada, os jurados são livres para apreciar quando determinada testemunha está a faltar com a verdade, a sentir quando a não repetição de testemunho anterior se deu por medo ou por qualquer situação estranha à verdade dos fatos; e, com “suas consciências” julgar, de forma sigilosa, de acordo com “os ditames da Justiça”. E seus decisórios somente serão desconstituídos excepcionalmente, quando manifestamente contrários à prova dos autos.

Indaga-se de forma retórica: em qual cenário eventual ameaça ou constrangimento terá maior potencial lesivo? Quando o testemunho judicial for imprescindível para eventual condenação ou quando for prescindível diante de outros elementos probatórios analisados intimamente pelo julgador? Ou, de outro lado, se eventual ameaça ou constrangimento recair sobre o julgador, será mais fácil agir contra uma pessoa determinada (juiz togado) ou contra 25 jurados, que compõe a sessão de julgamento sem que se saiba de antemão quais serão os sete sorteados para composição do Conselho de Sentença?

Nesse sentido, é possível concluir que o Tribunal do Juri se coloca como o mais adequado e eficiente para julgamento de crimes de homicídios relacionados ao tráfico de drogas.

Porém, é possível avançar!

A preocupação exarada no Projeto de Lei em comento é importante, pois se refere a dado de realidade que precisa ser devidamente apreciado pelo legislador a fim de conferir a necessária resposta penal a ele. Neste sentido, apresenta-se duas sugestões para aprimoramento do projeto em questão: a primeira referente aos homicídios decorrentes de atuação de criminalidade organizada e a segunda com fulcro na proteção dos envolvidos em processos dessa natureza.

Inicialmente, para se alcançar os patamares de pena estabelecidos no projeto de lei, aproveita-se a oportunidade para necessária atualização legislativa no preceito secundário da norma do artigo 121 (notadamente em decorrência da modificação do limite temporal de pena estabelecido no artigo 75 do CP). Em seguida, sugere-se a criação do §8º ao mencionado artigo a fim de que seja criada causa de aumento de pena especial em crimes desta natureza.

Assim, o tipo penal ficaria da seguinte forma:

Art. 121. Matar alguém:

Pena -reclusão, de oito a vinte anos .
(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:
(...)

Pena -reclusão, de dezesseis a quarenta anos .
(...)

§8º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime for cometido em contexto de criminalidade organizada, ainda que por um único agente.

A forma proposta guarda algumas utilidades praticadas:

I) Ao invés de se colocar penas mínimas e máximas aos crimes de homicídio ocorridos em contexto de criminalidade organizada, valeu-se de frações de pena a serem acrescidas; com isso, previne-se discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da compatibilidade deste tipo com as qualificadoras do §2º, que sempre se fazem presentes em crimes desta envergadura.

II) Não se simplificou a construção normativa com apenas mais um acréscimo de qualificadora, pois o fato denota gravidade especial a merecer tratamento específico e a propiciar maior ensejo punitivo.

III) Utilizou-se a expressão “contexto” para que a exegese não se restrinja apenas à existência de concurso de crimes, mas à análise probatória que denote a existência de indícios claros de que a morte ocorreu nas circunstâncias mencionadas (mesma técnica legislativa utilizada para configuração de “violência doméstica”).

IV) Não se limitou a causa de aumento de pena à violência imposta pelo tráfico ilícito de drogas, mas a qualquer cenário que envolver a incidência de criminalidade organizada a fim de conferir a maior proteção à vida em delitos dessa natureza. Vide, por exemplo, a facção Primeiro Comando da Capital: embora sua atividade econômica seja essencialmente relacionada ao narcotráfico, há outros espectros de atuação ilícita como tráfico de armas, contrabando de cigarros, máfia de transportes públicos entre outros.

Em relação à segunda sugestão, referente à proteção dos atores processuais envolvidos em crimes desta espécie, analisa-se o artigo 344 do CP (coaçoão no curso do processo):

~~Art. 344~~ “Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena -reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual”.

Observa-se que a pena para o crime de coação no curso do processo sempre estava aquém da necessária e efetiva repreensão penal. Isto porque a conduta se aproxima do tipo objetivo do roubo – uso de violência ou grave ameaça – e se difere apenas quanto às suas finalidades pretendidas (enquanto naquele é vantagem processual, neste a vantagem é patrimonial). Logo, parece adequada a equiparação de desvalor entre as condutas a ensejar a mesma punição no tipo básico.

Ademais, a única diferenciação de coação no curso do processo que se realiza atualmente é em relação aos processos que envolvem “crime contra a dignidade sexual”. Porém, é preciso diferenciar a coação no curso do processo de também em relação aos processos de mortes decorrentes de atuação de criminalidade organizada, dado o maior risco a envolver os sujeitos passivos do delito.

Assim, sugere-se a seguinte modificação:

Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena -reclusão, de quatro a dez anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual.

§2º As penas aplicam-se em dobro se o processo envolver crime hediondo ou a ele equiparado.

2. DA ALTERAÇÃO DE REDAÇÃO DO “TRÁFICO PRIVILEGIADO”.

O “tráfico privilegiado” tornou-se a panaceia para configuração de punições ínfimas, meramente simbólicas, e que não contribuíram para o devido enfrentamento ao narcotráfico. Sob a concepção irreal de “pequeno” e “grande” traficante, buscou-se conferir igualdade material na resposta estatal. Porém, nos dois tráficos – pequeno (varejo) ou grande (atacado) – há a mesma “mão invisível” das organizações criminosas, destinatárias do lucro e que exercem seu poder para controlar a mercancia ilícita sem concorrências. Com isso, sob a falácia do “tráfico privilegiado”, inúmeros criminosos são mantidos em meio aberto, com penas irrisórias, a continuarem em suas lidas delitivas.

A fim de combater essa anomalia, o Projeto de Lei em comento estabelece o seguinte:

“Art. 33.....

.....
§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa e seja pequena a quantidade da droga.

Elogiável a pretensão exarada no texto do projeto de lei ao restringir a incidência da norma às pequenas quantidades de droga. Porém, ao não definir o que seria “pequena quantidade de droga”, estaria mantida a margem de imprecisão normativa e, com isso, as mais diversas hipóteses de interpretação jurisprudencial, a depender da inclinação ideológica do julgador.

Nesse sentido, a sugestão é no sentido de se realizar pequena alteração na redação atual do artigo 33, §4º e a criação do §5º, com o escopo de definir o que seja “atividade criminosa”, pois não há um conceito jurídico a este respeito. Para tanto, “atividade criminosa” seria conceituada como toda realização de ato cujo potencial lesivo não se restrinja única e exclusivamente a uma única conduta, a ensejar um risco

Em razão da sugestão de acréscimo do §8º no artigo 121 do Código Penal, dada a relevância e gravidade da aludida causa de aumento especial de pena, torna-se imperiosa a sua inclusão para caracterização de hediondez.

Assim, sugere-se o seguinte:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio ou em contexto de criminalidade organizada, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX);

Desta forma, ainda que se esteja diante de homicídio simples, estará preservado o caráter hediondo da conduta.

4. DA DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA EM SE TRATANDO DE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DELITIVA EM CRIMES PERMANENTES.

Certamente uma das principais preocupações da Justiça Penal atualmente reside nas reiteradas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores que anularam diversos processos de tráfico ilícito de entorpecentes, sob a tese de “ausência de justa causa” para abordagem ao traficante ou ingresso à sua residência, mesmo com autorização.

O ponto inicial para a construção dessa orientação jurisprudencial se deu pelo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Especial nº 603.616, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que se consignou o Tema de Repercussão Geral nº 280 nos seguintes termos: “*A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados*”.

Pelo referido julgado, seria possível a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial, ainda que durante a noite, se as fundadas razões fossem justificadas posteriormente pela consolidação da situação concreta de flagrante delito.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, em reiterados julgados, inverteu a lógica construída pelo Supremo Tribunal Federal e passou a entender que a “justa causa” deve ser demonstrada por si só, e não posteriormente com a consolidação da situação de flagrante caracterizada. Assim, mesmo que a hipótese de abordagem se confirmasse com a apreensão de drogas não seria suficiente para a caracterização do crime, a impor a necessidade de prévia expedição de mandado de busca, mesmo se tratando de infração penal de natureza permanente.

De forma exemplificativa, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há “justa causa” mesmo havendo apreensão de drogas, a existência de denúncia anônima, apreensão de drogas em local conhecido como “ponto de tráfico”, autorização dos próprios familiares para ingresso na residência, perseguição a veículo em fuga, fuga com mochila nas costas contendo drogas, dispensa de arma de fogo antes do ingresso no imóvel, fuga para o interior da residência, encontro fortuito de drogas ou armas por ocasião de cumprimento de prisão, entre outros⁶.

Este entendimento jurisprudencial tem inviabilizado o trabalho de prevenção e repressão policial ao tráfico ilícito de entorpecentes, a contribuir para a consolidação de nefasto cenário de impunidade penal.

⁶ STJ - REsp: 1871856 SE 2020/0030697-7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 23/06/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2020; STJ - RHC: 126092 SP 2020/0096758-5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 23/06/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2020; STJ - HC: 611918 SP 2020/0233445-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 14/09/2020; STJ - HC: 561360 SP 2020/0033987-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 02/04/2020; STJ - HC: 668062 RS 2021/0154830-6, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 21/09/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2021; STJ - HC: 609982 RS 2020/0224783-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020; STJ - HC: 696084 SP 2021/0308390-9, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 07/12/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2021; HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021). (STJ - HC: 680663 RS 2021/0221824-7, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 14/12/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2021; STJ - HC: 663055 MT 2021/0128850-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/03/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2022.

Nesse sentido, dada a natureza permanente do tráfico ilícito de entorpecentes, deve se ter por justificado o ingresso forçado em imóvel com a apreensão do objeto material do delito, pois estaria provada a hipótese de abordagem elencada como “justa razão” pela autoridade policial.

Nestes termos, sugere-se as seguintes alterações:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio, salvo na hipótese do artigo 303 deste Código.

(...)

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

§1º Em se tratando de infração permanente, é permitida a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões devidamente justificadas posteriormente que indiquem a ocorrência de flagrante delito.

§2º Presume-se a justificacãodas fundadas razões a apreensão de objetos relacionados à prática de crimes durante a realização da diligência que caracterizou a prisão em flagrante delito.

5. DA CORREÇÃO DA REDAÇÃO DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

A Lei 13.964/19 conferiu nova redação ao artigo 112 da Lei de Execução Penal nos seguintes termos:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.”

Em que pese a clareza normativa, notadamente em relação aos incisos V e VII, do artigo 112 da LEP, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de suposta lacuna normativa (trazida pela expressão “*na prática*” do inciso VII) a restringir a necessidade de cumprimento de 60% da pena apenas ao reincidente específico em crime hediondo.

Com isso, no julgamento do Tema Repetitivo nº 1.084, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “*é reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido*

crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito *de natureza semelhante*”.

Desta forma, por exemplo, alguém que seja condenado anteriormente por crime de roubo e reincidente em tráfico de drogas, cumprirá tão somente 40% da pena em regime mais rigoroso.

Com a devida vênia, esse entendimento não faz o menor sentido, pois o legislador não fez qualquer diferenciação a este respeito. Pelo contrário, a redação conferida pela Lei 13.964/19 apenas repetiu a mesma disciplina estabelecida anteriormente pela Lei 11.464/07, que normatizou o §2º do artigo 2º da Lei 8072/90, ou seja, diferenciando primários e reincidentes de forma geral, sem estabelecer fator de discrimine em razão da qualidade da reincidência em si (genérica e específica).

Aliás, nem mesmo houve alteração nos patamares de cumprimento de pena de primários e reincidentes em crimes hediondos, pois aqueles continuam a cumprir 2/5 (que corresponde a 40% da pena) e os últimos a 3/5 (que corresponde a 60% da pena). Houve apenas diferenciação e aumento de fração para primários (50%, alínea “a”) e reincidentes (70%) se o cometimento do crime hediondo ou equiparado resultasse em morte da vítima; hipótese que, de forma clara e expressa, o legislador optou por elencar modalidade criminosa específica para acarretar maior restrição penal.

Naquele exemplo acima citado, se estivesse em vigor a redação anterior do §2, do artigo 2º da lei 8072/90, o roubo reincidente em crime de tráfico ilícito de drogas cumpriria 3/5 (ou 60%) da pena em regime mais gravoso, e não apenas 2/5 (40%) como passou a entender o Superior Tribunal de Justiça com o advento da nova redação do artigo 112 da LEP.

Portanto, a fim de corrigir a referida situação, sugere-se a seguinte alteração legislativa:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for
a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

~~60%~~ (sessenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for reincidente;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Por tais razões, apresenta-se as propostas acima a fim de que o Ministério Público continue a inovar e a se aprimorar a consecução de atividade jurisdicional mais efetiva de tutela à vida.

E, desde já, coloca-se à disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários e se aproveita a oportunidade para renovar votos de estima e consideração.

Aluisio Antonio Maciel Neto
Promotor de Justiça MPSP

ROGERIO LEAO
ZAGALLO:148173958
18
Rogério Leão Zagallo
Promotor de Justiça MPSP

Assinado de forma digital por
ROGERIO LEAO
ZAGALLO:14817395818
Dados: 2023.06.14 08:28:59 -03'00'

Juliana Mendonça Gentil Tocunduva
Promotora de Justiça MPSP

THIAGO ALCOCER Assinado de forma digital por
THIAGO ALCOCER
MARIN:282897808 MARIN:28289780877
77 Dados: 2023.06.14 08:41:42
-03'00'

Thiago Alcocer Marin
Promotor de Justiça MPSP

FLAVIA FLORES Assinado de forma digital
por FLAVIA FLORES
RIGOLO:31108651810 RIGOLO:31108651810
651810 Dados: 2023.06.14
08:45:41 -03'00'

Flávia Flores Rigolo
Promotora de Justiça MPSP

LUCIANA DE FATIMA CARBONE Assinado de forma digital por LUCIANA DE FATIMA
RODRIGUES CARBONE RODRIGUES ABRAMOVITCH:00365539996
ABRAMOVITCH:00365539996 Dados: 2023.06.14 09:41:52 -03'00'

Luciana de Fátima Carboni Rodrigues
Abramovitch
Promotora de Justiça MPSP

LUIZ CARLOS Assinado de forma digital por LUIZ
ORMELEZE:15186943819 CARLOS ORMELEZE:15186943819
Dados: 2023.06.14 08:18:57 -03'00'

Luiz Carlos Ormeleze
Promotor de Justiça MPSP

Felipe Bragantini de Lima
Promotor de Justiça MPSP

RODRIGO ALVES Assinado de forma digital por
RODRIGO ALVES
GONCALVES:343635 GONCALVES:34363593865
93865 Dados: 2023.06.14 13:17:12 -03'00'

Rodrigo Alves Gonçalves
Promotora de Justiça MPSP

LUIS FELIPE DELAMAIN Assinado de forma digital por
LUIS FELIPE DELAMAIN
BURATTO:2232595889 BURATTO:22325958892
2 Dados: 2023.06.14 09:25:25
-03'00'

Luís Felipe Delamain Buratto
Promotor de Justiça MPSP

ANEXO: MINUTA ALTERADA DE PROJETO DE LEI.

PROJETO DE LEI Nº 3786, DE 2021

Modifica os artigos 33, 55, 56, 57 e 62-A da Lei de Drogas – Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006; os artigos 121 e 344 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), os artigos 283 e 303 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e o artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), para aperfeiçoar a legislação.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, passa a vigor com as seguintes alterações:

“Art. 33.....

.....

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não esteja caracterizada atividade criminosa, integre organização criminosa ou envolva de qualquer forma crianças ou adolescentes.

§5º Para fins de aplicação do parágrafo anterior, considera-se atividade criminosa quando a conduta praticada tiver potencial lesivo que não se restrinja a única e imediata prática delitiva, podendo se prolongar no tempo em razão da disponibilidade de quantidade ou de diversidade de substâncias entorpecentes em poder do agente

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

§ 2º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar até 5 (cinco) testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 3º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 do Código de Processo Penal.

§ 4º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

.....” (NR)

“Art. 56. Não sendo o réu absolvido sumariamente, nos termos do art. 397 do Código de Processo Penal, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e

juízo, ordenará a intimação pessoal do acusado, do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

.....” (NR)

“Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após a inquirição das testemunhas e o interrogatório do acusado, 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.

Parágrafo único - A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no artigo 400 do Código de Processo Penal.

.....” (NR)

“Art. 62-A. O depósito, em dinheiro, de valores referentes ao produto da alienação ou a numerários apreendidos ou que tenham sido convertidos deve ser efetuado na Caixa Econômica Federal, se da justiça federal, ou no banco do convênio do respectivo tribunal de justiça, se da justiça estadual, por meio de documento de arrecadação destinado a essa finalidade.

§ 1º Os depósitos a que se refere o caput deste artigo devem ser transferidos, pela Caixa Econômica Federal, para a conta única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, ou pela instituição do convênio do tribunal de justiça à quem este indicar, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas,

contado do momento da realização do depósito, onde ficarão à disposição do Funad ou órgão estadual equivalente.

§ 2º Na hipótese de absolvição do acusado em decisão judicial, o valor do depósito será devolvido a ele pela instituição bancária no prazo de até 3 (três) dias úteis, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995.

§ 3º Na hipótese de decretação do seu perdimento em favor da União, ou em favor do Estado, conforme se tratar de processo da justiça federal ou estadual, o valor do depósito será transformado em pagamento definitivo, respeitados os direitos de eventuais lesados e de terceiros de boa-fé.
.....” (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 121. Matar alguém:

Pena -reclusão, de oito a vinte anos .
.....” (NR)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Pena -reclusão, de dezesseis a quarenta anos .
.....” (NR)

§8º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime for cometido em contexto de criminalidade organizada, ainda que por um único agente.

.....” (NR)

Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que

funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:
Pena -reclusão, de quatro a dez anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
§1º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual.
§2º As penas aplicam-se em dobro se o processo envolver crime hediondo ou a ele equiparado.
.....” (NR)

Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.
§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.
§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio, salvo na hipótese do artigo 303 deste Código.
.....” (NR)

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.
§1º Em se tratando de infração permanente, é permitida a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas e devidamente justificadas posteriormente que indiquem a ocorrência de flagrante delito.
§2º Presume-se a justificação das fundadas razões a apreensão de objetos relacionados à prática de crimes durante a realização da diligência que caracterizou a prisão em flagrante delito.

