



## Gina Muniz: Quem é o réu: o tráfico ou o traficante?

No Brasil, não precisa ter uma bola de cristal para saber que uma pessoa presa em suposto estado de flagrância portando/vendendo/guardando (ou "praticando" outra conduta do extenso rol do artigo 33 da Lei de Drogas) responderá ao processo presa e, ao final, será condenada.



Mas calma: e o princípio da presunção de inocência admite

prisão preventiva obrigatória?! E o processo penal não serve justamente para apurar a formação da culpa para além de qualquer dúvida razoável?!

Qual a resposta às perguntas acima lançadas? Depende! Existem duas espécies de processo penal no Brasil: um, fruto da Constituição, dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, das leis e de vários estudos doutrinários; e outro, ditado pelo populismo penal e empregado pela imensa maioria das autoridades responsáveis pela persecução penal.

O populismo penal atinge seu apogeu quando o objeto do processo é o crime de tráfico! Os incautos acreditam que a cruzada antidroga pode ser vencida com o encarceramento em massa.

Vamos narrar um "retrato falado" de como se procede comumente a persecução penal por crime de tráfico. Primeiramente, uma pessoa é detida em suposto estado de flagrância porque com ela, ou perto dela, ou perto da casa dela, foi encontrada qualquer quantidade de droga (às vezes, até plantada por um "kit flagrante").

Os policiais responsáveis pela abordagem, mesmo sem autorização judicial para tanto, se avocam no direito de ingressar na casa do autuado (mesmo que fique bem longe do lugar da apreensão), bem como de vasculhar seu celular para conferir o que mais pode ser extraído em seu desfavor. Nesse ponto, salutar a decisão da 6ª Turma do STJ, nos autos do HC 611.918, ao concluir que a venda de drogas, ainda que em frente da casa do acusado, não autoriza invasão domiciliar. Ressalta-se ainda que os Tribunais Superiores vem também traçando limites para que os policiais acessem os celulares dos autuados: os agentes policiais precisam de prévia autorização judicial para "vasculhar" diretamente o aparelho celular (STJ, AREsp 1.573.424), não sendo lícito exigir que a pessoa apreendida lhe forneça a senha de acesso (STJ, RHC 101.119). Vigora, entretanto, o entendimento de que se o telefone tocar durante a abordagem, os próprios policiais podem atender a ligação e colher elementos informativos (STJ, HC 446.102).



Findo o ato de detenção, o autuado é encaminhado à delegacia de polícia. Na lavratura do auto de prisão em flagrante, os agentes responsáveis pela prisão são ouvidos e, em que pese vigore — ao menos, em tese — a incomunicabilidade entre os depoentes, os policiais prestam exatamente o mesmo depoimento: as frases são as mesmas, não muda nem a pontuação. Trata-se de algo bizarro, já que sabemos que ainda que duas pessoas vivenciem uma mesma experiência, cada uma tem sua forma própria de expressar o ocorrido. Posteriormente, o autuado é ouvido, em regra, sem a presença de um defensor técnico.

Finda a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso passa por uma perícia onde raramente é detectada qualquer lesão. Diga-se de passagem, todavia, que atos de tortura não precisam deixar sinais aparentes. Ato contínuo, o preso "ileso" é encaminhado para audiência de custódia.

Como é cediço, constitucional e convencionalmente, a audiência de custódia consiste no direito que todo preso tem, sem demora, de ser entrevistado por um juiz, objetivando que: 1) se verifique a eventual ocorrência de maus tratos e (ou) tortura; 2) se analise a (i)legalidade / (des) necessidade de sua prisão.

Na prática, entretanto, vigora um verdadeiro estado de negação sobre a possibilidade de violência policial. Qualquer alegação de ilegalidade na prisão, é rechaçada sob o famigerado mantra de ausência de prejuízo, e assim restam convalidadas as prisões ilegais. Ultrapassada essa etapa, parte-se para a análise da concessão ou denegação de liberdade provisória.

Teoricamente, a prisão preventiva só pode ser decretada se, além de preenchidos os requisitos legais, tiver finalidade cautelar exclusivamente endoprocessual e ainda em caráter subsidiário às demais medidas cautelares. Entretanto, em se tratando de autuados por tráfico, vigora, na práxis penal, uma inconstitucional prisão preventiva obrigatória sob o pretexto de proteção da ordem pública. Destarte, a audiência de custódia deixa de ser um filtro moderador apto a evitar prisões desnecessárias.

Quando indagados acerca da decisão de prisão, alguns juízes respondem, orgulhosamente: "*Tenho entendimento firmado no sentido de não conceder liberdade provisória em caso de tráfico!*"

Sim, mas o convencimento do magistrado, conforme as diretrizes constitucionais, deve ser motivado e não arbitrário! É bem verdade que a defesa pode valer do constitucional "remédio heroico". Acontece que os membros dos tribunais também entendem que um suposto flagrante por tráfico, independente das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, autoriza uma segregação cautelar. Afinal, adotamos o Direito Penal do fato ou do Direito Penal do autor? E assim, caminhamos para abarrotar ainda mais o precário sistema carcerário brasileiro, já declarado um "estado de coisas inconstitucional" pelo STF (ADPF 347), com pessoas presumidamente inocentes.

A saga condenatória continua com o oferecimento da denúncia, cujo sustentáculo são os elementos informativos colhidos no inquérito policial. Nesse momento, mais uma temeridade, em regra, acontece: se duas ou mais pessoas foram presas na mesma operação policial, automaticamente serão incursas, para além do artigo 33 da Lei 11.343/06, também nas penas do artigo 35 do mesmo diploma legal, ainda que não se tenha nenhum indício de vinculação entre elas.



Todavia, a configuração do artigo 35 da Lei 11.343/06 pressupõe a reunião de pessoas com o intuito de cometer os delitos capitulados nos artigos 33 e 34 do mesmo diploma legal, sendo imprescindível para a comprovação da materialidade, o *animus* associativo de forma estável e duradoura com o objetivo de praticar os delitos retromencionados. E isso precisa ser explicitado na peça acusatória.

Apresentada a denúncia, o juiz profere despacho e os autos seguem para a fase de defesa preliminar, oportunidade para a defesa técnica trazer suas primeiras considerações. Destarte, é a hora de arrolar testemunhas, que, se diga desde já, serão desacreditadas quando de sua oportuna inquirição, pelo simples fato de terem sido arroladas pela defesa. Também é o momento de invocar teses sobre inépcia da peça exordial ou possibilidade de absolvição sumária.

A bem da verdade, independente dos argumentos apresentados pela defesa técnica, a denúncia é recebida sem grandes questionamentos pelo magistrado. Em havendo imputação também pelo artigo 35 da Lei de Drogas, a situação se torna ainda mais caótica, uma vez que o juiz não considera inepta a denúncia que não individualizou a conduta de cada um dos acusados, tampouco estranha a ausência de qualquer indício de vínculo entre os supostos associados para a prática de tráfico.

Segue-se para a audiência de debates, instrução e julgamento. Este ato, que deveria ser o momento ideal para coleta de provas, não passa de uma cerimônia protocolar. Explica-se: o juiz que vai presidir o ato já se encontra contaminado, vez que, a essa altura, já manteve decisão de prisão preventiva, autorizou interceptação telefônica, indeferiu pedido de absolvição sumária, recebeu a peça acusatória, dentre outras possibilidades.

A teoria da dissonância cognitiva [\[1\]](#) explica que, quando um magistrado age com iniciativa acusatória e probatória, sua postura ativa contamina, muitas vezes involuntariamente, suas posteriores decisões no curso do processo. Destarte, resta malucada a imparcialidade do magistrado. Isso explica a importância do juiz de garantias e também as razões da resistência à sua implementação.

A audiência instrutória inicia-se com a leitura da denúncia para todos. Ato contínuo, passa-se à oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, quais sejam: em regra, os dois policiais que efetuaram outrora a prisão em flagrante. Antes mesmo de começarem uma narrativa espontânea a respeito dos fatos, já tendo inclusive ouvido a leitura da denúncia, o promotor de Justiça ler o depoimento já prestado pela testemunha em sede policial. Esse mecanismo é uma burla à correta produção de prova: ora, se a testemunha não pode ter acesso a apontamentos escritos, como pode tomar conhecimento de seu anterior depoimento, colhido, inclusive, sem o crivo do contraditório?! Aqui, mais uma vez, enfatiza-se a necessidade de implementação do juiz de garantias! Posteriormente, o outro policial é ouvido, nos mesmos moldes que o anterior, e o promotor sequer estranha o depoimento "control c" "control v" colhido lá na sede policial. A defesa faz questionamentos logo depois da acusação (eis que — apenas em tese — fala por último no processo penal), mas qualquer argumento construído pela defesa por ocasião de sua abordagem, é prontamente desconstruído pelo juiz, que age com o intuito claro (embora as vezes, até inconsciente) de corroborar a tese da acusação.



Diga-mais: fruto de uma concepção equivocadamente transferida do Direito Administrativo para o Direito Penal, as autoridades judiciais conferem presunção de fé pública às palavras dos policiais. Para finalizar, sem obediência às regras impostas no artigo 226 do CPP, os policiais reconhecem, ali mesmo na sala da audiência e durante seus depoimentos, o réu. A defesa até contesta a prova, mas vem o falacioso argumento de convalidação pela ausência de prejuízo, mesmo após a decisão emblemática da 6ª Turma do STJ, nos autos do HC 598.886, no qual concluiu-se que o artigo 226, inciso II, do CPP, não é mera recomendação do legislador, mas sim uma norma procedimental com força cogente.

Posteriormente, passa-se para a oitiva das desacreditadas testemunhas arroladas pela defesa. Há uma pressão por parte do promotor e do juiz para que demonstrem interesse na absolvição do acusado. Em outro norte, se a defesa não apresenta testemunha, aquelas mesmas autoridades questionam o porquê de o réu não "conseguir" nenhuma pessoa para depor no processo.

Depois, é a vez da oitiva do mais desacreditados de todos: o réu! A presunção de inocência fica adstrita aos textos constitucional e convencional. Na sala de audiência, vigora uma escancarada presunção de culpabilidade e o réu, em que pese seja teoricamente um sujeito de direitos, sofre coação, ainda que por mensagens subliminares, para confessar o crime que já restou "provado" desde a prisão em flagrante. Ademais, o réu é recuado com argumentos de autoridade: "Alguém está mentindo: é o senhor ou o delegado de polícia?".

Nas sábias palavras de Marcelo Semer: "*Enfim, o direito à não incriminação é desta forma reduzido à presunção de inidoneidade, porque, se o réu não tem a obrigação de dizer a verdade, não se pode nele confiar*" [2].

Finda a instrução e após apresentada as alegações finais das partes, o resultado do processo — nada surpreendente — é uma condenação. A bem da verdade, essa sentença já era mentalmente planejada pelo magistrado desde o início da persecução penal.

Mas o que é ruim, pode ainda piorar: não bastasse a sentença condenatória, existe ainda uma enorme resistência ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Quando se trata de acusado que preenche nitidamente todos os requisitos, a alternativa punitiva é conceder a causa de diminuição no patamar mínimo, para evitar, pelo menos, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Mais uma vez, salutar a decisão da 6ª Turma do STJ, nos autos do HC coletivo 596.603, ao determinar que é vedada a fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena aos condenados por tráfico privilegiado.

Uma vez prolatada a sentença, a defesa dispõe de um sistema recursal para impugnar as decisões que entender impertinentes. Resta, todavia, conseguir o provimento desses recursos, haja vista que a imensa maioria da comunidade jurídica acredita piamente que a melhor forma de combater o tráfico é tratar com recrudescimento os ditos traficantes. E a função contramajoritária do magistrado? Não passa de mais uma constitucional (e utópica) construção doutrinária.



A crença de que o tráfico é responsável por grandes mazelas do mundo contemporâneo não pode autorizar a substituição de um Estado Democrático de Direito por um Estado Totalitário Penal, cujo raio de ação dirige-se para as consequências do crime e não para o combate das causas que levam à delinquência.

Não podemos admitir que a guerra às drogas sirva de gazua para se punir arbitrariamente qualquer pessoa que tenha seu nome envolvido a uma suposta traficância. Uma condenação só é legítima se precedida por devido processo legal substancial. Afinal, quem é o réu: o tráfico ou o traficante?

Outrossim, os que atuam na defesa dos réus são estigmatizados como pessoas que atrapalham a eficácia do sistema punitivo. Há um equívoco em se interpretar como bandeira da impunidade a busca pelo respeito às normas legais, constitucionais e convencionais que regulam o sistema penal. Destarte, a luta da defesa é árdua, mas não podemos nos inibir, afinal, como bem pondera Geraldo Prado: "*A Justiça frequentemente começa com os advogados*" [\[3\]](#) e defensores públicos!

[\[1\]](#) LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 71-74.

[\[2\]](#) SEMER, Marcelo. **Sentenciado o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p.206.

[\[3\]](#) PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.92

#### **Date Created**

22/12/2020