

Guilherme Roedel: O ANPP no tráfico privilegiado

O pacote "anticrime" inovou no ordenamento jurídico pátrio ao permitir o acordo de não persecução penal para crimes com pena mínima inferior a quatro anos, desde que cometido sem violência ou grave ameaça, colocando em xeque o obsoleto princípio da obrigatoriedade da ação penal. Para aferição do limite de pena mínima, o parágrafo 1º do artigo 28-A do CPP determina que se considere eventual causa



Poucos são os delitos com penas mínimas iguais ou

superiores a quatro anos em que a violência ou a grave ameaça não sejam elementares do tipo penal. Nesses crimes, caso incida alguma causa de diminuição de pena, o acordo pode se tornar viável.

Nos 12 anos de atuação como promotor criminal nunca me deparei com a maior parte deles, como os crimes de *desastre ferroviário, sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo, epidemia, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, e constituição de milícia privada*.

É bem verdade que nos dias atuais os crimes de *epidemia* e de *constituição de milícia privada* assombram a vida em sociedade. Mas, considerando que o primeiro tem pena mínima de dez anos e é classificado como hediondo se resultar em morte, e que as milícias, em regra, atuam mediante intimidação por violência ou grave ameaça, é improvável o acordo.

Portanto, dos delitos praticados sem violência ou grave ameaça cujas penas mínimas são iguais ou superiores a quatro anos, o mais provável é o promotor lidar com algum crime relacionado à pedofilia, como o *registro, armazenamento e comércio de cena de sexo ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente*; a *posse, porte, transporte ou guarda de arma de uso proibido* e o *comércio ilegal de arma de fogo*; crimes de *falsificação ou adulteração de produtos alimentícios ou destinados a fins terapêuticos ou medicinais*; e, especialmente, com delitos relacionados à Lei de Drogas, como o *tráfico* e o seu *financiamento*.



O Código Penal estabelece causas de diminuição de penas genéricas, previstas na Parte Geral, capazes de reduzir penas de um sexto a dois terços, aplicáveis em tese a qualquer delito. É o caso da *tentativa*, do *arrependimento posterior*, do *erro de proibição evitável*, do *sacrifício razoável no estado de necessidade*, da *semi-imputabilidade*, da *embriaguez fortuita*, e da *participação de menor importância*.

Há também as causas especiais de diminuição de pena, previstas na parte especial e nas leis extravagantes. Na Lei de Drogas, há a redução de pena para o chamado tráfico privilegiado e para *semi-imputabilidade* causada por dependência. Não há causas especiais de diminuição no Estatuto do Desarmamento, nem para os delitos relacionados à pedofilia ou para adulteração de produtos alimentícios e medicinais.

As redutoras genéricas de *tentativa*, *arrependimento posterior*, *embriaguez fortuita* e *estado de necessidade* dificilmente se verificarão nos crimes mencionados. A maior parte das condutas tipificadas em tais delitos são *unissubsistentes*, de forma que a possibilidade de se deparar com a forma tentada é pequena.

A *semi-imputabilidade*, devidamente comprovada em incidente de sanidade mental concluído antes da propositura da ação penal, poderá ser considerada para fins de propositura do acordo. Embora possível, improvável se concluir pela *participação de menor importância* com base apenas nos elementos informativos do inquérito policial, sem instrução processual penal.

Apesar de ser difícil imaginar hipótese de *erro de proibição* nos crimes relacionados à *pedofilia*, é bem plausível a sua ocorrência quando tratamos de Leis Penais em Branco. Sinteticamente, age em *erro de proibição* aquele que realiza conduta proibida por desconhecer a norma proibitiva, por conhecê-la mal ou por não compreender seu verdadeiro âmbito de incidência. Quando o erro é evitável, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

Tanto a Lei de Armas quanto a Lei de Drogas exigem, para definição das condutas que tipificam, complemento normativo heterogêneo, ou seja, ambas as legislações dependem de complementação por ato normativo regulador oriundo do Poder Executivo.

Afinal, não é o Estatuto do Desarmamento que define quais calibres são de uso permitido ou de uso restrito e quais armas são proibidas. Não é a Lei de Drogas, mas a Anvisa que lista as dezenas de substâncias químicas proibidas e classificadas como drogas para fins penais.

A dificuldade de conhecimento e compreensão adequados das normas proibitivas relacionadas às armas de fogo é notória e foi acentuada pela sucessão de atos normativos de duvidosa constitucionalidade, publicados num vai e vem de normas infralegais que confundem até mesmo especialistas.

Embora razoável admitir o *erro de proibição* quanto a diversos aspectos da Lei de Armas, fato é que a posse ou porte de arma proibida e o comércio ilegal de arma de fogo foram classificados como hediondos pelo mesmo pacote "anticrime" e, embora não exista vedação expressa no CPP para acordo em crime hediondo, a Resolução 181 do CNMP proíbe.



Nesse cenário, a principal hipótese de aferição de causa de diminuição de pena para viabilidade do acordo de não persecução penal se insere no contexto da violenta guerra às drogas.

O constituinte de 1988 internalizou a política de guerra às drogas, capitaneada internacionalmente pelos Estados Unidos, e estabeleceu que *"a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e os definidos como hediondos"*.

A evolução legislativa e jurisprudencial sobre o tema, marcada pela construção no imaginário da sociedade e dos atores do sistema de Justiça criminal da figura do traficante como um ser violento e perigoso, etiquetou o comércio de determinadas substâncias entorpecentes como crime hediondo.

Vedação de liberdade provisória, regime integralmente fechado, impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos são algumas das regras legais que por décadas enviaram milhares de jovens para longas temporadas em prisões, por terem vendido um baseado ou um papelote de cocaína para alguém que voluntariamente se interessou por alterar seu estado mental com uso da substância tornada ilícita por ato do Poder Executivo.

O etiquetamento do tráfico de algumas drogas como hediondo levou o STJ a editar, em 2014, a Súmula 512, que ressaltava a natureza hedionda mesmo em caso de tráfico privilegiado. Na prática, ser classificado como hediondo implicava, até pouco tempo atrás, o início do cumprimento da pena no regime fechado e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ocorre que em 2016, no HC 118.153, o STF decidiu que o chamado tráfico privilegiado não tem natureza hedionda. O STJ, então, no julgamento do Tema 600, estabeleceu que o *"tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada não é crime equiparado a hediondo"*.

Assim, enquanto o comércio ilegal de armas de fogo é crime hediondo e não admite, em tese, o acordo, a modalidade privilegiada do tráfico pode ser objeto do ANPP.

A nosso juízo, a decisão do Supremo de afastar a hediondez do tráfico privilegiado foi acertada e não parece haver qualquer razão lógica para querer equiparar o comércio ilegal de drogas com o comércio ilegal de armas, classificando ambos como hediondo.

Há inúmeros fatores que diferenciam drogas de armas de fogo: a origem, a história, os objetivos do uso, as consequências para quem usa e para terceiros, a legislação e os interesses econômicos envolvidos. A razão de se proibir uma coisa não tem absolutamente nenhuma relação com a proibição da outra.



Diferentemente de algumas drogas — cujo porte, comércio e fabricação são completamente proibidos —, a fabricação, o comércio, o porte e a posse de arma de fogo são legalizados. Certo é que há milhões de cidadãos brasileiros que podem, legalmente, comprar, possuir e portar armas de fogo. A regulamentação proíbe o comércio aberto e controla a aquisição de armas de fogo. Fato é que é possível comprar armas de fogo legalmente, o que não ocorre com maconha e cocaína, por exemplo. É sabido também que se compra com certa tranquilidade tanto drogas como armas de fogo no comércio clandestino.

A maioria dos problemas advindos da arma de fogo tem relação direta com matéria criminal porque o seu emprego gera, ressalvadas competições esportivas, grave ameaça, ferimento e morte que prejudicam gravemente terceira pessoa (e, também, seus entes próximos, uma vez que qualquer ato violento tende a gerar grave ruptura no tecido social). Por outro lado, o uso, ou melhor, o abuso da droga gera prejuízo direto especialmente para quem a utiliza — as consequências para terceiros existem: normalmente, os familiares e pessoas próximas que se encarregam de cuidar do viciado; as mulheres vítimas de violência por parceiros violentos entorpecidos; e os milhares de acidentes automobilísticos causados por condutores embriagados são os principais exemplos.

As drogas não matam diretamente terceira pessoa, mas somente, em alguns casos, o próprio viciado. Ela age no organismo de quem voluntariamente a usa. Em contrapartida, a arma age diretamente no organismo do outro, que sucumbe ao uso do objeto.

Mata-se com a arma de fogo, ela é o instrumento. E se ela não existisse, matar-se-ia com outros instrumentos, como acontece na minoria dos casos. O problema da arma de fogo é que ela facilita e agiliza a matança e outros crimes violentos, ou seja, o poder de ataque dela é infinitamente superior do que de uma arma branca e o fato de seu uso ser restrito em boa parte do mundo repousa sobretudo na sua capacidade letal.

Muitas vezes, mata-se com a arma por causa da droga, e não com a droga por causa da arma. Mata-se com a arma por causa da arma também. Mata-se com a arma de fogo por ciúmes, machismo, racismo e até por achismo. As duas proibições não se dão pelo número de mortes decorrentes, mas por interesses político-econômicos diversos, absolutamente incomparáveis, alguns inconfessáveis.

Portanto, enquanto proibido pela Resolução do CNMP o ANPP para o comércio de armas de fogo, não há vedação normativa *in abstracto* para acordo no tráfico privilegiado, desde que haja confissão e o sujeito, primário e de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

A confissão não é comum no tráfico, ressalvada a habitual hipótese de mulheres presas em flagrante no transporte de drogas para o interior de estabelecimentos prisionais. Confessar o uso não é confessar o tráfico.



A dedicação às atividades criminosas pode ser satisfatoriamente demonstrada pela juntada de registros de ocorrências policiais, certidões de antecedentes infracionais, inquéritos e processos em andamento, não havendo necessidade de condenação anterior para justificar a não oferta do acordo.

O STJ tem decidido que quantidade de droga e ausência de atividade lícita por parte do suspeito não são argumentos idôneos capazes de, só por si, afastar a aplicação da redutora.

Investigações bem-feitas, portanto, deixando de lado as entradas em domicílio após denúncia anônima e as denúncias sustentadas com base apenas em depoimentos policiais, serão muito bem-vindas.

O argumento que sustenta a tese de que o traficante do aglomerado necessariamente integra organização criminosa porque dependeria de autorização do dono do morro para praticar o comércio, além de revelar odioso preconceito de classe e reforçar a criminalização da pobreza, é falso: quantas mortes nas favelas ocorrem exatamente porque alguém vende droga onde não lhe é permitido?

Presunções não previstas em lei, despidas de mínimo suporte probatório, não obedecem aos mais básicos princípios constitucionais do processo penal, que impõe o ônus da prova da acusação ao Ministério Público, haja vista a regra probatória decorrente da presunção de inocência.

Há quem argumente que a minorante do parágrafo 4º é critério de aplicação de pena, não sendo possível afirmar a sua ocorrência no momento do oferecimento da denúncia, o que inviabilizaria o acordo. Não faz sentido.

É do Ministério Público o ônus de comprovar que o sujeito se dedica ao crime ou integra organização criminosa, não podendo se admitir, em Direito Penal e em prejuízo do acusado, presunções não previstas na lei, tampouco excesso de acusação que inviabilize benefício legal, que poderá ser objeto de *emendatio* no recebimento da denúncia. Aliás, o inciso II do §2º do artigo 28-A é expresso no sentido de que o acordo não será possível "*se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual*".

Infelizmente, com a *devida vênia*, parece que o principal obstáculo para promotores firmarem acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado decorre da ausência de reflexão sobre o bem jurídico efetivamente tutelado nos crimes relacionados às drogas e especialmente sobre o principal motivo pelo qual o comércio de algumas drogas pode se tornar extremamente violento: a própria criminalização!

Date Created

10/06/2020