

**PARECER - Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)**

Ref. **Indicação nº 59/2017**



Autor: : O Projeto de Lei nº 7024/2017 do Deputado Federal Wadih Damous

**MATÉRIA:** O Projeto de Lei nº 7024/2017 do Deputado Federal Wadih Damous estabelece que são nulas as sentenças condenatórias fundamentadas exclusivamente no depoimento de policiais.

**EMENTA:** Acrescenta parágrafo único ao art. 58 da Lei 11.343, de 23 de agosto 2006, que prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. O Projeto de Lei estabelece que são nulas as sentenças condenatórias fundamentadas exclusivamente no depoimento de policiais. Milhares de altas condenações por tráfico. Súmula 70 do TJRJ: *"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."* Continuados erros judiciários. Projeto de lei urgente e necessário que merece a aprovação do Instituto dos Advogados Brasileiros.

AT

O projeto de lei nº 7024, de 2017, do Deputado Federal Wadih Damous, acrescenta ao artigo 58 da Lei Brasileira de Drogas ( Lei nº 11343/2006) o seguinte parágrafo único:



**“Art. 58.....**

***Parágrafo único. Serão nulas as sentenças condenatórias***

***fundamentadas exclusivamente no depoimento de policiais.”***

A proposta objetiva desativar uma bomba relógio jurídica que, se não for evitada, poderá ser detonada nas cadeias do Rio de Janeiro e de outras cidades brasileiras: condenações a penas altíssimas por tráfico de drogas somente com depoimentos de policiais. Geralmente, as declarações são de policiais militares, que, apesar de não gozarem da confiança de grande parte da população, na Justiça, suas palavras possuem a presunção de verdade e a importância do exercício da legitimidade do cargo. O depoimento do policial tem mais valor que o de outra pessoa. Mais grave e temerário é que as prisões e as declarações são realizadas, como é público e notório, sob um sistema adotado há décadas, por exemplo, pelo Estado do Rio de Janeiro de metas e gratificações para prisões por tráfico de drogas. A bonificação chegou a ser chamada de “gratificação faroeste”, com propagandas de página inteira nos grandes jornais, pagas pelo governo estadual, com vergonhosas fotos de presos e mortos. No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça chegou a decretar a súmula 70: ***“O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”*** A combinação da versão de policiais militares, autorizada pela Justiça e até sumulada, com a Lei 11343/2006, vem levando milhares de jovens, negros e pobres, às já superlotadas cadeias brasileiras a penas de 5 a 15 anos de reclusão em regime inicialmente fechado. O projeto ataca o nó górdio da questão quando busca inserir a regra na lei de drogas, legislação onde mais



ocorrem esses continuados erros judiciários. Propõe inserir um parágrafo único do seguinte artigo 58 da Lei 11343/2006: ***“Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.”***



Faz-se necessária uma breve contextualização histórica: até o século XIX, as drogas, tornadas ilícitas no século XX, eram produzidas, transportadas, importadas, exportadas e comercializadas por países como políticas de Estado. Por questões de balança comercial, por exemplo, a Inglaterra impôs a venda de ópio à China através das guerras de 1839-40 e 1856-60. A criminalização internacional do ópio, de seus derivados, além da cocaína e da maconha, ocorreu em convenções internacionais da Liga das Nações em 1912, 1925 e 1931 e, depois, já na Organização das Nações Unidas em 1961, 1971 e 1988. A história das drogas confunde-se com a história de políticas imperialistas de países que sempre agiram como polícia do mundo, principalmente os Estados Unidos da América.

Toda essa mobilização internacional foi historicamente construída para coibir o tráfico internacional de drogas. Os países signatários se comprometeram nesse combate, através de convenções, tratados e o compromisso de criar legislações nacionais.

Através da Constituição Federal, de compromissos internacionais e da Lei 11343/2006, foi construído no Brasil um sistema jurídico que elencou o tráfico de drogas como o mais grave dos crimes, com penas altíssimas e efeitos devastadores aos condenados. Com tal magnitude, seus objetivos deveriam ser atacar a lavagem de bilhões de capital no sistema financeiro e imobiliário nacional e internacional, apreensões de quilos e toneladas de drogas tornadas ilícitas e de armas e munições. Por isso, a Constituição Federal no inciso XLIII do artigo 5º equipara a crimes hediondos o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, além de



considerá-lo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. O inciso LI do mesmo dispositivo estabelece que é o único crime a aceitar a extradição de brasileiro naturalizado. Atribuído ao primeiro órgão da segurança pública, a polícia federal, no inciso II do primeiro parágrafo do artigo 144, como destino o de prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. No artigo 243, da mesma forma somente que a exploração do trabalho escravo, expropria e destina à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário, propriedades onde forem encontradas plantas psicotrópicas, assim como o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Todo esse sistema não foi construído para prender usuários, pequenos intermediários e escravos desse mercado como traficantes de droga. Na contramão desse sistema jurídico, os tribunais brasileiros, especificamente o do Rio de Janeiro, com a súmula 70, baseados apenas em depoimentos de policiais, vêm prendendo, recebendo denúncias e condenando com penas altíssimas, jovens, negros e pobres, primários e de bons antecedentes, que estavam sozinhos, desarmados e com pequena quantidade de drogas tornadas ilícitas.

Para demonstrar essa teratológica combinação jurídica, vamos começar pela Lei 11343/2006, especificamente por seus núcleos verbais, verdadeiros "curingas" nas mãos do poder punitivo. A controvérsia central acontece na interpretação dos artigos 28 e 33 da Lei Brasileira de Drogas, que vai diferenciar o usuário do traficante. Enquanto em relação ao consumo não existe mais a pena privativa de liberdade, para o traficante, a pena é de 5 a 15 anos em regime inicialmente fechado.





O artigo 28 elenca cinco verbos, assim descritos: “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo”. O artigo 33, por sua vez, menciona dezoito verbos, sendo que incluídos os mesmos cinco núcleos do artigo 28: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, **adquirir**, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar**, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas” (negrito nosso).

Com os mesmos cinco núcleos do artigo 28 somadas a mais treze do artigo 33, qualquer usuário portando pequena quantidade de drogas pode ser condenado às altíssimas penas de 5 a 15 anos por tráfico de drogas. Trata-se na realidade de um festival de verbos fazendo do crime uma verdadeira indefinição, ferindo frontalmente o princípio de reserva legal, garantia do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, prevista no artigo 1º do Código Penal: *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

Os crimes dos artigos 28 e 33 da Lei 11343/2006 são classificados como de perigo abstrato, onde o perigo não precisa ser provado, ao contrário dos crimes de perigo concreto, em que o perigo necessita ser demonstrado. A lei contenta-se com a simples prática da ação por pressupor que a mesma seja perigosa à saúde pública. São considerados crimes vagos, que não possuem uma vítima determinada, sendo esta a coletividade, ou seja, tratam-se de vítimas difusas. Entende-se, também, que são crimes consensuais, onde consumidor e vendedor não gerariam lesão a outra pessoa, nem qualquer sentimento de vitimização, pois estariam em pleno acordo de vontade. Afinal, quem é a vítima destes crimes, o comprador ou o vendedor?

Sob o ângulo da prova, tais crimes são consensuais, pois nem o comprador ou vendedor querem o socorro da polícia, não existe depoimento de vítima e raramente surge uma testemunha.



Nestes casos de tráfico, a polícia judiciária deveria, no mínimo, apresentar os compradores, mas isso só ocorre excepcionalmente. Em casos reiterados envolvendo drogas, a polícia prende em flagrante por tráfico um vendedor sem comprador. Os fatos narrados são quase sempre os mesmos: a polícia vai atender a uma denúncia anônima, diz ter visto alguém comprando, que normalmente consegue se evadir e, sob a alegação de que o foco da ação era no vendedor, prende somente o suposto traficante. Assim, milhares de pessoas são condenadas como traficantes, sem a prova do comprador, sozinhas, desarmadas e com pequena quantidade. O que vale é a versão da polícia e não as provas do fato. A função da polícia é buscar a prova. A versão da polícia sem a prova do fato é o nada. E ninguém pode se defender do nada. Por isso, cabe à acusação apresentar a prova do fato e não uma mera versão sem prova.

Para tornar a seletividade penal de negros e pobres legal, mesmo inconstitucional, está inserido na Lei 11343/2006 o § 2º do artigo 28, que diferencia o usuário do traficante não pelo fato, mas pelas circunstâncias sociais e pessoais, bem como pelo local da prisão e os antecedentes do agente. Um dispositivo claramente discriminatório e conflitante com a Constituição Federal que reconhece a desigualdade social no Brasil no artigo 3º da Carta Política, quando estabelece no inciso III como objetivos fundamentais da República: ***“III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”***. Tal dispositivo também entra em conflito com a garantia constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, a própria Constituição Federal reconhece a desigualdade social que o § 2º do artigo 28 da Lei 11343/2006 utiliza para

A blue ink signature is located in the bottom right corner of the page.



marginalizar alguém por tráfico de drogas, pelas circunstâncias sociais e pessoais, assim como pelo local e antecedentes. A inconstitucionalidade deste parágrafo é evidente por violação ao princípio da isonomia e um dos objetivos da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna: ***"promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação"***.

Para tornar a situação ainda mais grave, não existe precedente em julgamentos no Brasil, mesmo com a lei vigorando há 11 anos, que faça um balizamento de quantidade da droga para diferenciar o usuário do traficante. Mesmo com a lei estabelecendo que a materialidade do crime é demonstrada pela natureza e quantidade da substância apreendida, milhares de pessoas são condenadas com pequenas quantidades, já que nenhum tribunal brasileiro enfrentou a questão da prova material do crime de consumo ou tráfico de drogas. A única exceção é o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 635.659, onde o Ministro do STF recomenda a adoção do critério seguido em Portugal, que não considera tráfico o porte de até 25 gramas de *Cannabis*. Em relação ao cultivo de maconha, o limite proposto no voto é de seis plantas fêmeas. Pois, como se trata de uma planta dioica, o tetrahydrocannabinol (THC), psicotrópico proscrito, só existe na flor da planta fêmea.

Buscando dar um tom de legalidade a essas prisões por tráfico de drogas sem prova, em seu I Encontro, os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no dia 4 de agosto de 2003, por unanimidade, transformaram em súmula da Jurisprudência Predominante nº 1/2002 ( Processo 2002.203.00001) o enunciado nº 2: ***"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."***



A blue ink signature is located in the bottom right corner of the page.



Assim, os fatos não importam, o que vale é a versão dos policiais militares, que basta para a condenar uma pessoa por tráfico de drogas. Quer dizer, se o policial declarar ter visto alguém vender, entregar ou fornecer, sem a detenção do comprador e com pequena quantidade de drogas, isso é suficiente para uma condenação de 5 a 15 anos de reclusão em regime fechado.

Trata-se de uma aberração jurídica altamente temerária, pois todos nós estamos passíveis de sofrer uma condenação criminal altíssima. Basta o policial forjar uma pequena quantidade de droga e dizer que viu o suposto autor entregar a substância para um comprador, que não está no processo.

Em 2017, deve-se registrar, a polícia civil do Rio de Janeiro apurou que 96 policiais militares do Batalhão da PM de São Gonçalo, para alcançarem metas de prisões de traficantes estabelecidas por seus superiores, não prendiam os comerciantes varejistas, na realidade seus "sócios", mas sim, usuários como traficantes. Eram, na realidade, coautores, na venda do varejo e comércio de armas. A arrecadação nas "bocas de fumo" de São Gonçalo pelo Batalhão chegava a um milhão de reais por mês. Essas pessoas, primárias e de bons antecedentes, que estavam sozinhas, desarmadas e com pequenas quantidades de drogas ilícitas, foram condenadas a penas de 5 a 15 anos de reclusão em regime fechado. Os depoimentos destes policiais, autorizados pela súmula 70, condenaram milhares de usuários de drogas como traficantes, em verdadeiros erros judiciários coletivos.

Cabe destacar parte da matéria publicada pelo portal IG em 23 de setembro de 2014: "De acordo com levantamento do Instituto 'Sou da Paz' com dados do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária e do Núcleo de Estudos da



Violência da Universidade de São Paulo (USP), mais de 67,7% dos encarcerados por tráfico de maconha nas prisões do País foram flagrados com posse de menos de 100 gramas da droga, sendo que 14% deles com quantidade inferior a 10 gramas – algo em torno de dez cigarros. Aliado aos dados dos encarcerados também por tráfico de cocaína – 77,6% com menos de 100 gramas –, 62,17% dos traficantes presos no País exerciam atividade remunerada na ocasião do flagrante, 94,3% não pertenciam a organizações criminosas e 97% nem sequer portava algum tipo de arma. Ou seja, eram ou microtraficantes ou usuários.”

A polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário brasileiros atuam no varejo. O Instituto de Segurança Pública - ISP, em trabalho intitulado “Panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro 2010 - 2016”, registrou que, em 400 ocorrências, aproximadamente 60 toneladas de maconha foram apreendidas, enquanto, em 80 mil ocorrências, 16 toneladas. Em relação à cocaína, 4 toneladas foram apreendidas em 280 ocorrências, enquanto a mesma quantidade foi apreendida em 55 mil ocorrências. Aqui está a prova de que todo o nosso sistema penal punitivo é forte com os fracos e fraco com os fortes.

Enquanto milhares de pobres estão presos com pequena quantidade, o país assiste em cadeia nacional a apreensões, sem qualquer conclusão, de toneladas de cocaína em helicópteros e aviões de luxo em fazendas de milionários e poderosos.

O projeto ataca essas decisões condenatórias apenas com os depoimentos de policiais, sendo que a súmula 70 do Tribunal do Rio de Janeiro é o maior corolário dessas aberrações jurídicas. Uma súmula inconstitucional, que cria uma norma processual penal sobre provas para amordaçar os juízes. Fere o princípio da livre convicção das provas. Viola o



Handwritten signature in blue ink at the bottom right corner of the page.

princípio da verdade real tão caro ao processo penal. O TJRJ legislou em matéria de competência exclusiva da União. Criou uma norma sobre prova para condenações.



Se a ilegalidade da súmula 70, editada em 4 de agosto de 2003, já era evidente, com a entrada em vigor da Lei nº 11690, de 9 de julho de 2008, e sua nova redação, ficou patente. A súmula 70 viola o novo artigo 155 do Código de Processo Penal e todo o sistema, agora ainda mais claramente com a nova redação: ***“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.”***

Outro aspecto importante a ser destacado é a diferença entre condutor e testemunha. Se a lei diferencia e na mesma não existem palavras inúteis, cabe ao julgador, em regra, considerar o policial um condutor. Excepcionalmente e diante de evidente prova material, o julgador poderia considerar o condutor como testemunha. Mas não se deveria fazer da exceção uma regra e criar uma súmula dando outro significado às palavras da lei.

A súmula 70 ataca o alicerce processual penal de que a prova cabe a quem alega. Transformou o condutor, interessado na legalização judicial da prisão que realizou, em testemunha, simulando condenações sem prova. Rasgou claramente o artigo 156 do Código de Processo Penal e inverteu o ônus da prova. Isso faz com que a defesa passe a ter de provar que o depoimento do policial é falso. A prova cabe a quem alega, pois não podemos ficar constantemente provando fatos da vida ordinária e cotidiana que vivemos. Se a autoridade atribui a alguém um crime de tráfico de drogas, algo excepcional, ela precisa apresentar as provas. Qualquer pessoa, para se defender, precisa conhecer as provas do fato, já que ninguém



pode se defender do nada. Se a verdade se reduz à palavra do policial, vivemos claramente num estado de polícia, num estado de exceção. A função do policial é buscar a prova e, como já foi dito, a versão do policial sem provas é o nada. Os depoimentos de policiais podem levar qualquer pessoa a 15 anos de cadeia. A súmula 70 é uma aberração ao Estado Democrático de Direito, uma espécie de reedição do Estado Policial do Decreto-Lei 898, de 29 de setembro de 1969. Com esta súmula 70, vivemos a ditadura da polícia, onde todos estamos passíveis de uma condenação por tráfico de drogas apenas com depoimentos de policiais.



Se a situação de uma pessoa acusada de tráfico de drogas é terrível, ainda pode ficar pior se estiver acompanhada. A associação para o tráfico de drogas é o único crime no qual uma quadrilha é formada por apenas duas pessoas, assim definida no artigo 35 da Lei 11343/2006:

***“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:***

***Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.”***

A pena do crime de tráfico de drogas é de 5 a 15 anos de prisão. A jurisprudência predominante no Brasil considera autônomos os delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sendo possível a condenação em dois crimes pelo mesmo fato, em concurso material. Este entendimento faz com que, na prática, jovens que acabaram de sair da adolescência sejam condenados a penas de 8 a 25 anos de reclusão, pois as penas dos dois crimes são somadas.



Essas condenações absurdas destroem as vidas de milhares de jovens e de suas famílias. Trata-se de uma interpretação teratológica que desconsidera o princípio da absorção, regra segundo a qual a pena maior absorve a menor, o crime-fim absorve o crime-meio. Em outras palavras, a associação de duas pessoas ou mais é o meio para realizar o tráfico de drogas, o crime-fim. Portanto, deveriam ser condenadas apenas pelo crime maior de tráfico de drogas, e não terem as penas de associação ao tráfico ( 3 a 10 anos de reclusão) com o crime de tráfico ( 5 a 15 anos de reclusão) acumuladas.

Tal interpretação viola frontalmente o § 4º do artigo 33 da Lei 11343/2006, que estabelece a redução da pena por tráfico de drogas de um sexto a dois terços se o agente for primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Essas condenações ilegais por associação em tráfico de drogas objetivam eliminar a minorante estabelecida na lei, criando penas altíssimas inexistentes na legislação.

O projeto de lei é urgente e necessário, merecendo ser aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros.

**Rio de Janeiro, 04 de janeiro de 2018**

**ANDRÉ BARROS**

**(Membro da Comissão de Direito Penal do IAB)**