



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UMA VISÃO CRÍTICA DA UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM
CURSO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO LEGAL DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº
11.343/06

Farley dos Reis Santos

Rio de Janeiro
2018

FARLEY DOS REIS SANTOS

UMA VISÃO CRÍTICA DA UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM
CURSO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO LEGAL DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº
11.343/06

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

UMA VISÃO CRÍTICA DA UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM
CURSO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO LEGAL DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº
11.343/06

Farley dos Reis Santos

Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro e Pós-graduado pela
Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro.

Resumo – o informativo nº 596 do Superior Tribunal de Justiça teve a intenção de conferir maior segurança jurídica frente a questão da possibilidade de os magistrados utilizarem inquéritos policiais e ações penais em curso para configurar a dedicação à atividade criminosos daqueles que são sentenciados pelo crime de tráfico de drogas. Com isso, evita-se a concessão de redução de pena com base na alegação defensiva de que o praticante deste delito não estava familiarizado com a atividade delitativa, ou seja, que não era um praticante de crimes assíduo ou habitual. No entanto, a compatibilidade deste entendimento com a evolução legislativa no tratamento do tema bem como com princípios do ordenamento jurídico brasileiro como a presunção de inocência é questionável, o que permite uma análise crítica desta decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Informativo nº 596 do Superior Tribunal de Justiça. Não Incidência da Causa de Redução de Pena do Artigo 33, parágrafo 4º da lei nº 11.343/06. Verbete sumular nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Sumário – Introdução. 1. O processo penal como um sistema de garantias ao acusado na aplicação da pena. 2. Análise da evolução do tratamento penal à questão das drogas e o enfoque nos aspectos da causa de redução de pena do Artigo 33, parágrafo 4º da lei nº 11.343/06. 3. Considerações sobre a compatibilidade do informativo nº 596 do STJ com o sistema normativo penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo oferecer uma visão crítica ao entendimento jurisprudencial do informativo 596 do Superior Tribunal de Justiça publicado em março de 2017. Tal orientação permite a utilização de inquéritos e ações penais em curso para afastar a incidência do privilégio contido no parágrafo 4º do Artigo 33 da lei nº 11.343/06.

Para justificar tal decisão, o Tribunal Superior, em questão, entende que o privilégio deve ser aplicado somente para aquele sujeito que entra em contato pela primeira vez com a prática do ilícito tipificado no Artigo 33 da lei nº 11.343/06.

Em outras palavras, é admissível a relativização da presunção de inocência se, no caso concreto, inquéritos policiais ou ações penais em curso demonstrarem que o acusado

desempenha de forma recorrente atividades criminosas ou, faz parte de alguma organização criminosa.

No entanto, há oportunidade para se apresentar uma visão crítica a tal posicionamento. Nesse sentido, procura-se demonstrar que toda relativização de princípio fundamental como a presunção de inocência deve ser feita com muita parcimônia.

Com isso, destaca-se que outras decisões também seguem a mesma perspectiva, ou seja, o presente caso, em análise, não é um caso pontal e exclusivo de relativização deste princípio. Ressalta-se que ao longo do desenvolvimento do trabalho, serão apresentados alguns exemplos de decisões que promovem essa relativização.

É basilar o entendimento que o Processo Penal é um sistema de garantias ao acusado para aplicação da pena, a ele, adequada. Nesse contexto, uma sequência de construções jurisprudenciais que relativizam uma garantia fundamental, como a presunção de inocência, antes do trânsito em julgado de uma condenação penal significa, de fato, atentar contra esse objetivo essencial do Processo Penal.

Outrossim, demonstra que preceitos como a liberdade individual, a preocupação do Estado Juiz não intervir, promovendo a persecução penal, além do necessário também são mitigados em detrimento de uma suposta garantia de criminalização. Em outras palavras, há um reforço penal jurisprudencial em atendimento ao clamor punitivo de boa parte da sociedade que, em última instância, afeta a política criminal como um todo e, por conseguinte, os preceitos da frágil democracia brasileira.

Para responder ao propósito da pesquisa de forma efetiva, será preciso apresentar, no primeiro capítulo, conceitos como a não antecipação dos efeitos da condenação penal e, por conseguinte, do princípio da Presunção de Inocência e, demonstrar de que forma, ele deve ser assegurado como uma garantia fundamental a ser defendida pelos aplicadores do Direito.

Posteriormente, o capítulo seguinte traz a comparação entre a incidência do benefício legal tipificado pela lei nº 13.343 de 2006 em seu Artigo 33, parágrafo 4º como reafirmação dos preceitos citados no capítulo anterior. Ademais, procura-se construir um pensamento que negar tal benesse, nessa perspectiva, é piorar a situação concreta do réu em virtude de processos penais e investigações policiais em curso.

O terceiro capítulo aborda possíveis reflexos da decisão, ora discutida, ao se pensá-la como parte integrante da política criminal brasileira. Em outras palavras, entendendo a construção jurisprudencial citada como uma parcela do sistema penal, cabe analisar, se há a possibilidade de essa permissão do uso de inquéritos e processos penais em curso para afastar

a incidência do benefício de o tráfico privilegiado gerar insegurança jurídica no tocante a resposta penal dada pelo juiz sentenciante.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, analisando as hipóteses apresentadas, questionando o entendimento formado e, ensejando um contraponto argumentativo a ele. Nesse sentido, utilizará acervo bibliográfico que consiste, basicamente, em legislação, doutrina e jurisprudência, informações e textos produzidos na rede mundial de computadores para ofertar o melhor entendimento ao tema proposto.

1. O PROCESSO PENAL COMO UM SISTEMA DE GARANTIAS AO ACUSADO NA APLICAÇÃO DA PENA

É crucial entender que o Processo Penal é um sistema de garantias ao acusado para aplicação da pena, a ele, adequada. Em outras palavras, processo é o caminho que deve ser percorrido e confeccionado, no caso concreto, pelos atores do processo penal para que, ao final, o réu obtenha a resposta judicial apropriada.

Na imputação da pena ou na absolvição da acusação anteriormente formulada, deve ser visualizado um sistema que reúne atos das partes, produção e apresentação de provas, a análise dessas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e, a presença de um juiz comprometido com a imparcialidade. Somente com a existência deste contexto básico é que pode se entender a compatibilidade do processo penal com os ideais norteadores do Estado Democrático de Direito.

Rui Cunha Martins¹, em sua obra *A hora dos Cadáveres adiados*, enuncia que o microcosmo do Estado de Direito é o processo judicial e, nesse sentido, apresenta a correspondência necessária que deve existir entre os processos e os preceitos democráticos, pois, segundo o autor², “o processo é ou deve ser expressão daquilo que o Estado de Direito é; assim sendo, ele deve-lhe correspondência. O que acontece com o Estado de Direito afeta sem remissão o processo”.

Nesse sentido, é elementar que se apresente a Presunção de Inocência como o princípio orientador do Processo Penal. O que pode ser facilmente visualizado ao se perceber que a imposição da pena, tem como objetivo óbvio, o cerceamento da liberdade de um indivíduo que viola a legislação penal, ou seja, que agride um bem tido como um dos mais

¹ MARTINS, RUI CUNHA. *A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p.2.

² Ibidem.

importantes de qualquer ordenamento jurídico e, por isso, merecedor da tutela do Direito Penal.

Se, mesmo nas violações mais graves ao Ordenamento Jurídico, há respeito pelas garantias fundamentais dos indivíduos, por conseguinte, entende-se que todo o ordenamento, nos casos mais brandos, não deve se afastar da proteção aos direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

Nessa perspectiva, é importante destacar os ensinamentos do Professor Aury Lopes Junior³, a respeito da relação necessária que deve existir entre assegurar o papel preponderante da Presunção de Inocência como norte e guia do Processo Penal e, a efetiva consecução dos ideais Democráticos, no conferido pelo Estado aos que, a ele, se submetem:

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

É fundamental para a legitimidade deste processamento destacado pelo ilustre professor que o réu seja tratado como presumidamente inocente. Com isso, procura-se afastar a sua concepção de persecução penal daquela verificada em períodos como a inquisição na Idade Média, época em que a dúvida era elemento de culpa e, o simples processamento já era, de fato, uma forma de pena ao acusado.

A dúvida em um processo penal liberal ou que resguarda os valores democráticos não pode ser encarada dessa forma. O *in dubio pro reo*, nesse sentido é uma consequência da presunção de inocência, pois, se há dúvida na análise das provas e, por conseguinte na formação do convencimento do magistrado, essa presunção se torna definitiva para absolver o acusado.

Outrossim, a presunção de inocência também se encontra expressamente consagrada no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴, tal artigo prescreve que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Tratado que foi percebido e vinculado ao nosso ordenamento jurídico com status de norma supralegal, ou seja, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal, conforme estipulado pelo STF⁵.

³ LOPES JUNIOR Aury. *Direito Processual Penal*. Bauru, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

⁴ CIDH. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343-SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Ressalta-se que tais enunciações são importantes para afastar qualquer estigma ou preconceção que possa ser vinculada à figura do réu. O que não deve ser feito pelas partes do processo penal e, tampouco pela coletividade em geral.

Para alcançar tal preservação, deve se evitar que um acusado seja visto como um condenado pelo meio social, pois, diminuir a percepção do povo no tocante às garantias inerentes ao processo penal é equivalente a enfraquecer neste mesmo povo a identificação com os direitos fundamentais, que devem ser amplamente assegurados em um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, para o bem-estar social e, para uma maior segurança jurídica, o Estado-Juiz deve ser transparente em suas ações. O que deve ser feito, demonstrando, sem obstáculos, que essas ações resguardam os direitos de todos, ou seja, que há um tratamento imparcial e despedido de preconceitos.

Por conseguinte, que a culpa não será imputada a qualquer um sem o devido processo, ou seja, não antes de a culpabilidade ter sido efetivamente provada, o que somente ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória penal.

Dessa forma, procura-se demonstrar que é evidentemente contrário ao entendimento emanado da Constituição Federal, a antecipação dos efeitos punitivos da sentença penal condenatória, pois, adotar esta perspectiva provoca necessário conflito com a presunção de inocência.

Com isso, para ilustrar tal juízo, tem-se o exemplo da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça que impede a adoção de inquéritos policiais ou processos, ainda sem trânsito em julgado, como forma de agravar a pena do réu em outro processo, ou seja, impede-se que a persecução penal em curso seja utilizada para gerar, em outro processo, os efeitos equivalentes ao da reincidência da condenação criminal.⁶

Relativizar, assim, qualquer aceção de direitos fundamentais deve ser encarado como uma medida drástica, em especial, em momentos de instabilidade institucional, uma vez que, são situações em que se torna mais necessária a função contra majoritária do Poder Judiciário.

Portanto, é necessário para o reforço do Estado Democrático de Direito que, haja respeito ao tratamento ao acusado em consonância com o princípio da presunção de inocência. O que ocorre, pois, em última instância, são os direitos e garantias fundamentais,

⁶ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 444*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=444&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

os instrumentos de defesa que impedem o exercício arbitrário e desmedido do poder punitivo do Estado.

2. ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO PENAL À QUESTÃO DAS DROGAS E O ENFOQUE NOS ASPECTOS DA CAUSA DE REDUÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º DA LEI Nº 11.343/06

A figura descrita no parágrafo 4º do Artigo 33 da lei nº 11.343 de 2006⁷ foi uma inovação legislativa, ou seja, a anterior legislação específica sobre drogas na seara penal, Lei nº 6.368 de 1976, não continha previsão no mesmo sentido e assim, cabe observar o aspecto evolutivo que se tem ao se comparar os dois diplomas legais neste quesito.

Por oportuno, ressalva-se que a edição da lei nº 6.368/76 se deu em um período de regime de exceção. O contexto político nacional é caracterizado pela ditadura instaurada pelo golpe militar em 1964, regime esse que somente foi superado em 1985.

Nesse sentido, o contexto repressivo não só brasileiro como internacional é um fator de grande influência para a elaboração de leis e outras espécies normativas em nosso país. A análise objetiva é crucial para a elaboração do tipo penal do artigo 12 da lei nº 6.368/76, ou seja, são as condutas neste dispositivo descritas que importam e não aquele que as comete.

Ademais, de forma diversa ao tratamento conferido pela atual legislação penal, a antiga “Lei de Drogas” conferia um tratamento proibicionista e repressivo ao usuário de drogas por exemplo em seu artigo 16. O que reforça o entendimento que a perspectiva da Lei estava de acordo com as ações repressivas do Estado à época.

Entretanto, no período pós ditadura, com a reabertura política, sobrepõe em nossa sociedade, um esforço por mais garantias, liberdade e respeito à dignidade e individualidade humana. Tais questões se tornam importantes pautas, o que também impacta na temática das drogas e, nesse sentido, observa-se uma postura mais racional e liberalizante com relação ao usuário.

A imagem deste usuário se altera. Ela deixa de ser associada de forma lógica a automática com a figura do criminoso para ser identificada com alguém que necessita de ajuda médica, educacional ou social. Neste ponto, percebe-se uma evolução não só legislativa como social.

⁷ Idem. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>.htm. Acesso em: 24 jun. 2018.

De igual sorte, a inovação trazida pela Lei nº 11.343/06⁸ com o parágrafo 4º do Artigo 33 também merece ser louvada, pois, além da figura do usuário, uma das espécies de cometimento do delito, em si, merece ser encarada de forma diversa pela sociedade e, por conseguinte, merece um tratamento mais brando do sistema punitivo.

Tal preocupação evidencia um tratamento mais específico sobre o tema por parte do legislador. Assim, mitiga-se a visão comum de interesse do Estado e da sociedade em reprimir aquele que adota uma conduta desviante e, adota-se uma postura mais interessada na realidade fática apresentada.

Em outras palavras, ao sairmos do tratamento geral conferido pelo Artigo 12 da Lei nº 6.368/76 para um tratamento ainda não ideal, mas que confere diferenciação entre o traficante habitual e aquele em recente contato com esta prática delitativa, reforçam-se preceitos como o da individualização da pena.

Ademais, essa inovação legislativa evidencia uma preocupação maior em lidar com o indivíduo do que com a conduta em si. A falta deixa de ser mais importante que a possibilidade de ressocializar o indivíduo. O que se demonstra com o fato de que, aquela conduta, que se amolda ao dispositivo em análise, recebe uma reposta penal mais branda por uma característica pessoal do acusado.

Em outras palavras, o fato de não ser habitualmente ou, densamente envolvido com esta prática delituosa determina que o acusado de traficar drogas receba uma pena menor do que aquele que já é um traficante com habitualidade.

Essa menor reprovabilidade demonstra uma crença maior na reinserção social daquele que está em seu primeiro contato com este delito. Mais que um simples favor do legislador, é uma verdadeira mudança de ótica e de como encarar a questão das drogas, apesar de singela, tal mudança está em consonância com o contexto à época de consolidação e de ampliação da pauta a respeito dos direitos fundamentais pós 1988.

O aspecto evolutivo se dá, nesse sentido, em se reconhecer que o Brasil, com a atual legislação de drogas, deixa de adotar o sistema proibicionista puro, para rumar em uma perspectiva despenalizadora com foco em alternativas ao encarceramento para o usuário e, repise-se, com tratamento mais focado em diminuir a incidência ou a força de reprimenda do direito penal em causas relacionadas às drogas.

⁸ Ibidem.

Nesse contexto, ressalta-se ensinamento da Professora Luciana Boiteux⁹ com relação ao abrandamento do modelo proibicionista conferido pela adoção desta outra perspectiva, ou seja, pela adoção do modelo despenalizador como modelo de controle de drogas:

O modelo despenalizador, também chamado proibicionista “moderado”, se fundamenta na concepção gradual de progressiva redução do controle penal sobre a posse e o uso de drogas, ou por sua substituição por controles administrativos, inicialmente em relação aos usuários, mantendo, no entanto, a política repressiva em relação a grande parte das condutas envolvendo o tráfico. Ele compreende tanto a redução das possibilidades de aplicação da pena de prisão, que são substituídas por alternativas não privativas de liberdade, como a retirada do caráter penal do uso e da posse de drogas ou sua submissão a um controle administrativo não-penal.

Contudo, ainda sobre a influência conferida pelas palavras da Professora Luciana Boiteux¹⁰, a vertente deste modelo adotada pelo Brasil não tem como objetivo imediato ou a curto prazo a descriminalização da circulação, do uso e da posse de drogas. Há uma vontade legislativa manifesta em possibilitar o desencarceramento do usuário e, neste passo, amenizar o caráter repressivo, com foco naquele indivíduo que se enquadra no tipo penal pela primeira vez.

Nesse sistema, entretanto, há uma manutenção dos tipos penais referentes à comercialização, posse, uso e circulação, porém, confere-se uma gama maior de possibilidade de respostas a estes atores sociais no caso concreto, ou seja, a atuação de instituições como a magistratura e o Ministério Público passam a ser cruciais para conferir o tratamento, no caso concreto, mais adequado aos parâmetros e escopos da lei.

É, nessa perspectiva, que o disposto no parágrafo 4º do Artigo 33 da Lei nº 11.343/06¹¹ deve ser analisado no tocante a sua aplicação. A ótica do magistrado e até do membro do Ministério Público deve se orientar por esta centralidade.

Ademais, analisar as diferenças existentes entre as modalidades do delito de tráfico de drogas, inclusive, foi objeto de recentes decisões de Tribunais Superiores. Cabe ressaltar, assim, a preponderância da tese de que o delito de tráfico de drogas, presentes os requisitos do dispositivo supracitado, não pode ser qualificado como um crime hediondo.

O que pode ser observado na Pet nº 11.796/DF¹² de Relatoria da Ministra Maria Thereza De Assis Moura presente no Informativo nº 595 do Superior Tribunal de Justiça e,

⁹ BOITEUX, Luciana. Modelos de Controle de Drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In: FIGUEIREDO, Regina; FEFFERMANN, Marisa; ADORNO Rubens (Org.). *Drogas & Sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo*. São Paulo, São Paulo: Instituto da Saúde, 2017, p. 188.

¹⁰ Ibidem., p. 189-190.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

ainda, tratamento semelhante é conferido no HC nº 118.533/MS¹³ de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado paradigma presente no Informativo nº 831 do Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos requisitos, é importante ponderar que: réu primário é aquele que não tem contra si condenação criminal pretérita transitada em julgado, destaca-se que é considerado primário aquele que a condenação criminal superou o prazo de cinco anos do artigo 64, I do CP¹⁴ também é considerado primário, nos dois casos, não se operam os efeitos da reincidência.

Os bons antecedentes do acusado se comprovam, por óbvio, pela análise de sua vida pregressa e, os fatores que determinam a reincidência, por si só, já afastam a incidência da causa de diminuição de pena. Contudo, para fulminar o requisito de bons antecedentes, deve haver um lapso temporal de cinco anos entre a nova prática delituosa e o cumprimento ou, a extinção da pena derivada da sentença condenatória penal transitada em julgado na forma do Artigo 64, I do CP¹⁵.

O requisito de não integrar organização criminosa demonstra a preocupação do legislador em conferir tratamento diverso àquele que não está de forma evidente e explícita associado com a comercialização de drogas ilícitas e toda a conjuntura de violência a ele inerente.

Com relação à dedicação à atividade criminosa, tal requisito é utilizado como justificativa para o Superior Tribunal de Justiça permitir o uso de inquérito policial e processo criminal em curso para afastar a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do Artigo 33 da lei 11.343/06.

A orientação jurisprudencial que serve de base para julgamentos dos demais casos semelhantes foi firmada no EREsp nº 1.431.091/SP¹⁶ de Relatoria do Min. Felix Fischer presente no informativo 596 do Superior Tribunal de Justiça.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Pet nº 11.796/DF*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=Pet&num_processo_classe=11796>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.533/MS*. Relatora: Ministra Cármen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+E+%28118533%2EENUME%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h3yckoe>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

¹⁴ Idem. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.431.091/SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1431091&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=rue>>. Acesso em: 01 set. 2017.

Cumpra salientar que, tal requisito tem como escopo direcionar o tratamento diferenciado e mais brando para aquele que não tem a personalidade voltada para praticar delitos. É um reforço do objetivo primordial desta inovação trazida pela atual lei de drogas, ou seja, conceder maior foco a possível reinserção social daquele que se depara com a prática do tráfico de entorpecentes pela primeira vez.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPATIBILIDADE DO INFORMATIVO 596 DO STJ COM O SISTEMA NORMATIVO PENAL

O informativo 596 do Superior Tribunal de Justiça¹⁷ estipulou a orientação jurisprudencial, permitindo, a utilização dos inquéritos e processos em cursos contra um réu como motivo suficiente para afastar a incidência do benefício de redução de pena previsto no artigo 33, parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06¹⁸.

Conforme já explicitado no capítulo anterior, tal entendimento se baseia no fato de que, para o STJ, processos criminais em curso ou, investigações são aptos a identificar aquele réu como um agente dedicado à atividade criminosa.

Cumpra salientar que, os requisitos para a concessão da causa de diminuição de pena, presentes no parágrafo do artigo supracitado da Lei de Drogas, são cumulativos. O que se extrai da percepção do próprio dispositivo legal para a concessão e da existência de jurisprudência consolidada sobre a exigência de todos os requisitos.

Dessa forma, a orientação firmada pelo Tribunal Superior, em questão, rechaça a possibilidade de um tratamento mais brando para as hipóteses em que há outros processos ou inquéritos contra o réu, uma vez que, basta a caracterização da dedicação à atividade criminosa para eliminar a hipótese de redução de pena.

Da leitura do informativo objeto do presente estudo, percebe-se que, os eminentes julgadores buscaram uma diferenciação entre a pessoa que tem seu primeiro contato com o aparelho punitivo estatal e, aquele que rotineiramente convive com a persecução penal.

A inteligência do citado informativo permitiu uma maior atividade do juiz na análise da situação concreta do réu. O que se deve ao fato de que o STJ não determinou e, sim, possibilitou a utilização dos inquéritos e processos penais como causa de afastamento da minorante.

¹⁷Idem. *Informativo de Jurisprudência nº 596*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0596.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 7.

Contudo, é importante lembrar que não se fez qualquer restrição com relação ao amadurecimento da causa para esta utilização. Em outras palavras, o comando jurisprudencial permite o uso de inquéritos e ações penais em curso ou, até mesmo, de inquéritos policiais de forma isolada como forma de caracterizar a dedicação do réu à atividade criminosa.

Com efeito, deve se destacar que no próprio processo em curso, a convicção do magistrado é formada conforme a apresentação das provas e evidências e, as suas confirmações em juízo após oportunizar o contraditório. É com a observância deste procedimento que a convicção do juiz se forma para condenar ou absolver o réu.

Assim, o que se observa é que tal permissão pode resultar na utilização de processos ainda em seu nascedouro e, ainda, de fases da persecução penal que sequer há garantia ao acusado de contraditar as informações de forma efetiva.

A orientação jurisprudencial ora estudada também afastou a incidência da súmula nº 444 do próprio STJ¹⁹ ao caso. A justificativa para tanto é que o entendimento sumulado se presta a evitar que inquéritos policiais e processos criminais em curso não podem ser utilizados para agravar a situação do réu na primeira fase de dosimetria da pena aplicada em processo penal.

Nesse contexto, o entendimento esposado pelo informativo em estudo não é encarado como uma forma de agravar a situação do réu. Em contrapartida, presta-se a afastar que o réu de um processo por tráfico de entorpecentes obtenha uma benesse legal. Em outras palavras, não se destina a agravar a situação do réu, apenas impede a percepção de um benefício o que seriam situações distintas.

De igual sorte, na opinião dos eminentes julgadores, tal permissão não se traduz em lesão a princípios orientadores e imperativos de nosso sistema jurídico como o princípio da presunção de inocência. Neste ponto, é importante destacar que é consolidado o entendimento que não há proteção absoluta a direitos fundamentais e que princípios podem ser relativizados.

Dessa forma, um abrandamento do princípio da presunção de inocência não seria medida excessiva, uma vez que existem outros fatos sendo apurados contra o mesmo agente por outras autoridades policiais ou judiciais.

No entanto, tal orientação se mostra capaz de gerar interpretações dispares nos casos concretos apresentados ao Poder Judiciário. Ademais, dada a indisponibilidade do bem tutelado pela presunção de inocência, tal possibilidade de divergência, no tocante a

¹⁹BRASIL. op. cit., nota 6.

interpretações dos magistrados, reveste-se de um caráter preocupante e dissonante com o sistema acusatório do processo penal brasileiro.

Analisando a correspondência do sistema acusatório para o processo penal com a Constituição Federal, o professor Geraldo Prado²⁰ profere importante orientação sobre o papel da jurisdição:

A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento.

A tendência do processo penal acusatório é evitar o decisionismo judicial e, nesse sentido, transmitir uma percepção de um sistema judicial mais coeso e uniforme ao jurisdicionado. Aquele que se vê diante de uma acusação penal não pode sofrer desde o início do processo a incidência da força punitiva do Estado. Com menor razão, a fase preliminar, em tese, administrativa do inquérito deve ter a amplitude de incutir qualquer gravame, por si só, na condição do acusado.

Tal fato é evidenciado, pois, há a atribuição de relativo valor a fase de inquérito policial, procedimento esse, que é eminentemente inquisitorial. Em outras palavras, a prova para a caracterização da dedicação à atividade criminosa do réu pode derivar de um procedimento sem a observância do efetivo contraditório e sem a garantia que a ampla defesa tenha sido exercitada.

Uma fase tida como preliminar à ação penal e que, pode ser a base para uma denúncia ou queixa. Com a apresentação da acusação ao juiz e eventual recebimento, forma-se um processo penal que, ao fim, pode determinar a absolvição daquele acusado.

Ressalta-se que o próprio Código de Processo Penal²¹ em seu artigo 12 corrobora o fato de que o inquérito pode ser utilizado como base para a denúncia e, por conseguinte, nestes casos, as peças que o compõem devem acompanhar a denúncia do Ministério Público ou a queixa do particular.

²⁰PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.74.

²¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.

O indiciamento é o ato, no inquérito policial, de atribuição daquele fato típico investigado a uma pessoa, em outras palavras, é a manifestação de convencimento do delegado de polícia a respeito dos indícios de autoria e materialidade do delito.

Nessa perspectiva, tal ato constitui, como já afirmado, a primeira análise, ainda em âmbito administrativo, dos fatos ocorridos em uma prática delituosa. Assim, carga valorativa atribuída a ele com a recente exposição feita no Informativo nº 596 do STJ²² pode denunciar a necessidade de observação do contraditório e da ampla defesa como garantias a serem observadas obrigatoriamente na fase de inquérito policial, pois a sua condução, por si só, já pode resultar em uma pena mais grave ao acusado em outro processo.

Outra justificativa do citado informativo se verifica na obediência ao comando constitucional emanado do Artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal²³. Tal dispositivo constitucional determina uma reprimenda maior aos delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes definidos como hediondos.

Dessa forma, a interpretação mais restritiva da incidência do benefício se justificaria. Entretanto, tal comando também não pode assumir um caráter absoluto e deve ser sopesado com as condições apresentadas e principalmente com os direitos e garantias fundamentais que tal orientação constitucional pode colidir.

Importante lembrar que a redução de pena em destaque não se destina a aplicação em toda e qualquer hipótese do ilícito penal de tráfico de entorpecentes. O tratamento diferenciado devia ser conferido àquele que se depara inicialmente com esta prática delitativa e que, de fato, tem sua situação empiorada pela existência de outro processo ou inquérito policial, ainda que, a acusação nesses seja diversa do delito ora examinado.

Portanto, a realidade do caso concreto é o indicativo para a mensuração do grau de envolvimento daquele que é indicado como praticante da conduta descrita como ilícita pela Lei de Drogas. A ampliação dessa perspectiva, para permitir que a simples existência de processos penais em curso e, ainda, de inquéritos policiais seja suficiente para afastar uma causa de redução de pena pode ter a sua harmonia com o sistema judicial penal questionada e, nesse sentido, a colisão com o princípio da presunção de inocência pode ser suficiente para afastar esse permissivo jurisprudencial ora estudado.

²²Idem, op. cit., nota 2.

²³Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 dez. 2017.

CONCLUSÃO

Importante destacar que, o processo penal não tem como fim primordial a aplicação da pena ou conferir uma resposta punitiva àquele que se desviou das normas estabelecidas e protegida pela legislação penal.

O objetivo maior deste conjunto de atos é conferir limitações à atuação do Estado em sua função judiciária. Em outras palavras, o processo penal existe para impor limites a atuação do magistrado e, por conseguinte, para assegurar tratamento adequado àquele que se encontra na situação de acusado e investigado.

Dessa forma, os direitos e garantias inerentes à liberdade e à dignidade da pessoa humana devem ser observados com maior cuidado e importância. É por isso que se fala em se garantir a ampla defesa do acusado e, também, que ele seja tratado como inocente ao longo de todo o processo.

A presunção de inocência não pode ser tratada como uma benesse, ou seja, como algo disponível e maleável de acordo com o subjetivismo extraído da análise de cada caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

É sabido, também, que tal princípio não é absoluto. Entretanto, a repetição de tal entendimento jurisprudencial para relativizar a possibilidade de o acusado se defender na persecução penal pode evidenciar um grau de afastamento do processo penal pátrio com os ditames do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é possível entender como criticável o entendimento jurisprudencial que admite a possibilidade de utilização de inquéritos policiais e processos penais em curso para impedir a incidência da redução de pena prevista para o denominado tráfico privilegiado de drogas ilícitas.

Conforme já explicitado, tal permissão tem o objetivo de configurar a dedicação à atividade criminosa daquele indivíduo que figura como réu em um processo envolvendo tráfico de entorpecentes.

Contudo, a consequência fática é a operação de efeitos em um processo em fase de sentença de procedimentos em fase de investigação policial e processos penais sem que, nesses, a culpa do acusado esteja efetivamente comprovada para piorar a situação deste réu.

A comprovação da dedicação do indivíduo ao cometimento de delitos é um dos requisitos legais que, se ausente qualquer requisito desses, impede a concessão da redução de pena na condenação por tráfico de drogas.

Com efeito, a compatibilidade deste entendimento com a evolução da legislação penal para o tema é questionável. Por fim, deve ser destacado que em tempos como os atuais, em que o clamor pelo punitivismo se apresenta de forma exacerbada, há uma evidente necessidade de o Poder Judiciário assegurar direitos e garantias fundamentais de todos.

Nesse contexto, a função contramajoritária do Estado Juiz deve ser enaltecida e, com isso, deve se conferir aos direitos fundamentais a categoria de elementos para o contrapeso dos anseios de uma maioria.

Em outras palavras, um determinado contexto ou realidade social pode formar um clamor social de ocasião com o intuito de conferir um tratamento mais rigoroso a uma determinada conduta. Cabe ao Poder Judiciário perceber as nuances desta situação e assegurar os elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito e, dessa forma, também instrui a população, diferenciando a defesa dos direitos fundamentais do fomento à impunidade.

Portanto, é fundamental que se desenvolva um olhar crítico sobre o tema com a adoção de uma visão mais cautelosa com o objetivo de assegurar a prevalência do tratamento de presumidamente inocente daquele que não sofreu nenhuma condenação penal. Dessa forma, evita-se que a presunção de inocência, princípio basilar de nossa democracia, sofra nova relativização.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana. Modelos de Controle de Drogas :mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo. In: FIGUEIREDO, Regina; FEFFERMANN, Marisa; ADORNO Rubens (Org.). *Drogas & Sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo*. São Paulo, São Paulo: Instituto da Saúde, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 dez. 2017.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>.htm. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1.431.091/SP*. Relator: Ministro Felix Fischer. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1431091&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acesso em: 01 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n° 596*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0596.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Pet n° 11.796/DF*. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=Pet&num_processo_classe=11796>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 444*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=444&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 118.533/MS*. Relatora: Ministra Cármen Lucia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+E+%28118533%28ENUME%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h3yckoe> >. Acesso em: 16 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 466.343-SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

CIDH. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 03 mai. 2018

LOPES JUNIOR Aury. *Direito Processual Penal*. Bauru, São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.